

ROBISON TRAMONTINA, IRENICE TRESSOLDI, IZABELLE EPIFÂNIO (ORG.)

PENSANDO A JUSTIÇA COM

ARISTÓTELES

Martha
Nussbaum

John Rawls


UNOESC
Fazendo parte da sua vida

editora
unoesc

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

© 2020 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P418	Pensando a justiça com Aristóteles, Martha Nussbaum, John Rawls / organizadores Robison Tramontina, Irenice Tressoldi, Izabelle Epifânio. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. 430 p. ISBN: 978-65-86158-40-3 I. Justiça (Filosofia). I. Tramontina, Robison, (org.). II. Tressoldi, Irenice, (org.). III. Epifânio, Izabelle, (org.). Dóris 340.10981
------	--

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campus
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marceli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
---------------------------	---

TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A PUNIÇÃO EM JOHN RAWLS: UM CONCEITO ENTRE A PREVENÇÃO E A RESSOCIALIZAÇÃO	13
Alécio Coliome Júnior	

A LICENÇA-PATERNIDADE COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA OPORTUNIZAR O (RE)INGRESSO DAS MULHERES MÃES NO MERCADO DE TRABALHO	35
Ana Claudia Rockemback, Natálie Vailatti	

A JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA TEORIA DE JOHN RAWLS: A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE SUA CONCRETIZAÇÃO	57
Ana Paula André da Mata	

DIREITO À MORADIA: POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	81
Anny Caroline Sloboda Anese	

O DIREITO À MORADIA E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA A PARTIR DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS	101
Bernardo Duarte	

JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS DIANTE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS	127
Ariane Caroline Vieira	

CRÍTICAS À ABORDAGEM UTILITARISTA DA JUSTIÇA NA GESTÃO PÚBLICA DA COVID-19	147
Benedito Antonio da Costa	

O MODELO DE CONTRATO SOCIAL IDEALIZADO POR JOHN RAWLS E O VÍCIO DE CONSENTIMENTO	169
Herôdoto Souza Fontenele Júnior	

A RAZÃO PÚBLICA DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS COMO MEIO DE CONFERIR LEGITIMIDADE SOCIAL ÀS DECISÕES PROFERIDAS POR TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	189
Irenice Tressoldi	

COTAS DE GÊNERO E EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA COMO INSTRUMENTOS DE REPRESENTATIVIDADE FEMININA QUALIFICADA A LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	215
Izabelle Epifânio	

TEORIA DA JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA SOB O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM	239
Ana Claudia Rockemback, Natálie Vailatti	

PERCEPÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE E DA IGUALDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: MELHORAMENTOS DESDE A SUA DENOMINAÇÃO ÀS LEIS EM EVOLUÇÃO	259
Márcia Cristina de Paula Silva	

A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E O PAPEL DO CUIDADO NA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA	281
Vladimir Andrei Ferreira Lima	

TEORIA DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES

FELICIDADE NA PERSPECTIVA ARISTOTÉLICA: UMA ASSOCIAÇÃO À PSICOLOGIA POSITIVA E AO DIREITO	311
Gil Nogueira Gil	

**PRINCÍPIO DA EQUIDADE: APLICABILIDADE NAS DECISÕES
JUDICIAIS COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR A
JUSTIÇA SOCIAL.....335**
Jônatas Peixoto Lopes

QUESTÕES TEÓRICAS E JURÍDICAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**AS DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA RELAÇÃO
ENTRE SEUS REQUISITOS ESSENCIAIS E O GRAU DE
INTERVENÇÃO ESTATAL NA BUSCA PELA JUSTIÇA SOCIAL.....353**
Ane Michelina Dalbosco Battirola

**UMA ANÁLISE DA DEFESA REALIZADA POR MICHAEL J. SANDEL
SOBRE JUSTIÇA COMO VIRTUDE E DO DESENVOLVIMENTO DE
UMA TEORIA DE JUSTIÇA COMUNITARISTA.....393**
Elen Santos Alves da Silva

**JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA: A HERMENÊUTICA CRÍTICA A
FAVOR DA TUTELA ADEQUADA DOS DIREITOS 417**
Fernanda Lissa Fujiwara Homma, Viviane Lemes da Rosa



APRESENTAÇÃO

Um dos debates mais instigantes e importantes do atual cenário jurídico e filosófico é o da justiça. Seja como virtude individual ou institucional, seja como fundamento ou finalidade da ordem social ou normativa o tema da justiça é incontornável. Sendo assim, essa premissa norteou as investigações realizadas no Grupo de Estudos e Pesquisa (GEP) “Teorias da Justiça e Direitos Fundamentais” e no Componente Curricular “Filosofia da Justiça” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD-Unoesc)

No Componente Curricular “Filosofia da Justiça” ministrado, no primeiro semestre de 2020, em Chapecó (SC) e Cuiabá (MT),¹ optou-se pela exposição e discussão de três grandes arcabouços teóricos sobre a justiça: Aristóteles, John Rawls e Martha Nussbaum. A eleição dessas propostas filosóficas amparam-se nas seguintes razões: a) são marcos instituintes e estruturadores de paradigmas sobre o tema analisado; b) geraram/geram uma literatura secundária gigantesca e c) constituem-se como constructos conceituais com forte potencial para compreender e explicar a realidade social e política.

Os textos aqui reunidos são a expressão de um esforço investigativo empreendido pelos discentes do PPGD-Unoesc durante o período acima mencionado. Todos os artigos apresentados, em estágios distintos, são *work in progress* e apresentam, como toda produção acadêmica-científica séria, alcances e limites. A publicação deles serve como um exercício de socialização

¹ A Unoesc firmou parceria com a Faipe, sediada em Cuiabá (MT), para oferecer Mestrado Interinstitucional.



do conhecimento e de abertura às críticas sinceras e bem fundamentadas da comunidade filosófica e jurídica. Para fins didáticos, os dezoito textos aqui apresentados foram divididos em quatro blocos unificados pelo autor de referência ou pela temática de fundo.

O primeiro bloco de textos trata da Teoria da Justiça de John Rawls e suas interlocuções. Ele está composto por dez (10) artigos sobre a proposta rawlsiana: i) Alécio Colione Junior analisa o conceito de punição apresentado por Rawls; ii) a licença à paternidade como ação afirmativa justificada no princípio da diferença rawlsiano é perscrutado por Ana Claudia Rockemback e Natálie Vailatti; iii) Ana Paula André da Mata aborda a mediação como política pública para concretizar a ideia central da “Justiça como equidade”; iv) o direito à moradia e as políticas públicas habitacionais são examinadas por Anny Caroline Sloboda Anese e Bernardo Duarte; v) a aplicabilidade da teoria de Rawls no contexto atual é questionada Ariane Caroline Vieira; vi) a gestão pública da covid-19 a partir da teoria utilitarista e do arranjo rawlsiano é analisada por Benedito Antonio da Costa; vii) Herôdoto Souza Fontenele Júnior escrutina a noção de contrato social e o papel do consentimento nela na teoria de Rawls; viii) a razão pública compreendida como um meio para conferir legitimidade social às decisões proferidas por tribunais constitucionais é tema avaliado por Irenice Tressoldi; ix) a participação feminina na política por meio das cotas de gênero e a educação para cidadania como mecanismos aptos a efetivar a reparação das desigualdades históricas sofridas pelas mulheres quanto à sub-representação nos espaços públicos de poder é explorada por Izabelle Epifânio.

O bloco seguinte tematiza a Teoria da Justiça de Martha Nussbaum. São três (3) textos sobre a referida proposta: i) Ana Claudia Rockemback e Natálie Vailatti analisam a violência



obstétrica sob o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum. Sob essa perspectiva, procuram identificar às violações às capacidades dentre aquelas enumeradas pela filósofa em casos de violência obstétrica, especificando-as; ii) a dignidade e a igualdade das Pessoas com Deficiência à luz do enfoque das capacidades são estudadas por Márcia Cristina de Paula Silva; iii) o papel do cuidado nas relações humanas é investigado por Vladimir Andrei Ferreira Lima. De acordo com o autor, o cuidado, embora não conste na lista de capacidades enumeradas por Martha Nussbaum, deveria ser elencado como capacidade primária, pertencente ao conjunto de direitos fundamentais, tendo em vista a centralidade dele na prática social.

A Teoria da Justiça de Aristóteles é ponto de partida e discussões do terceiro bloco de artigos. Está constituído por dois (2) artigos: i) Gil Nogueira Gil estuda a associação entre a abordagem da felicidade na filosofia de Aristóteles e a conecta com os estudos atuais relacionados à psicologia positiva e aos direitos fundamentais; ii) o princípio da equidade como instrumento de realização da justiça é o tema perscrutado por Jônatas Peixoto Lopes.

O quarto bloco apresenta e analisa questões teóricas e jurídicas relevantes associados ou relacionadas aos Direitos Fundamentais, tais como mínimo existencial, justiça comunitarista e a hermenêutica crítica. Respectivamente: i) Ane Michelina Dalbosco Battirola trata das dimensões do mínimo existencial e traça uma relação entre seus requisitos essenciais e o grau de intervenção estatal na busca pela justiça social. Aponta que a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo social básico, casos em que o Poder Público não pode se mostrar inerte e omissivo; ii) a Teoria da Justiça de Michael Sandel na sua versão comunitarista é apresentada e esquadrinhada por



Elen Santos Alves da Silva; iii) a hermenêutica crítica como base conceitual e analítica da jurisdição é apreciada por Fernanda Lissa Fujiwara Homma e Viviane Lemes da Rosa.

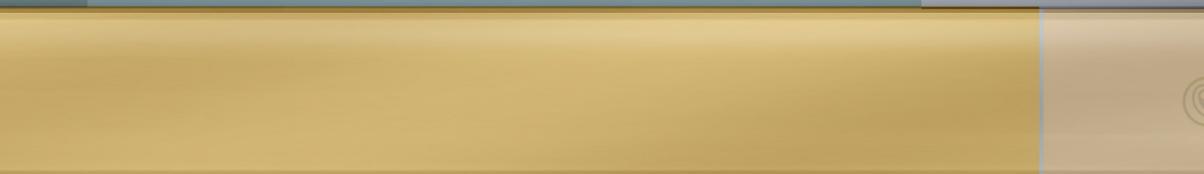
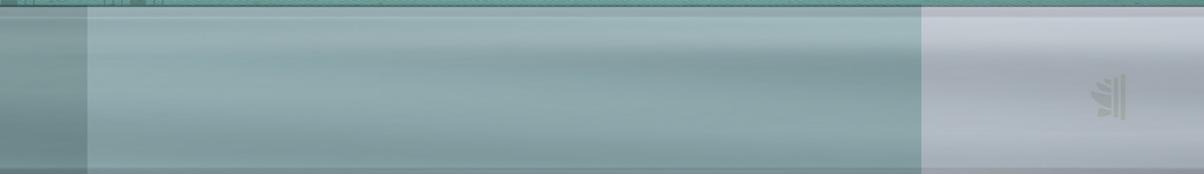
A pluralidade das abordagens, a diversidade temática e os esforços desprendidos pelos autores e autoras constituem-se como razões suficientes para uma leitura atenta desta coletânea. Os responsáveis pela organização deste Ebook esperam que ele inspire e instigue a tod@s a trilhar o caminho do conhecimento e da ciência.

Robison Tramontina
Irenice Tressoldi
Izabele Epifânio

Chapecó, primavera de 2020.



TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS



A PUNIÇÃO EM JOHN RAWLS: UM CONCEITO ENTRE A PREVENÇÃO E A RESSOCIALIZAÇÃO

Alécio Colione Júnior¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca realizar uma análise acerca do instituto da punição de John Rawls, especialmente dos ditames narrados na obra *Uma Teoria da Justiça* e do *paper two concepts of rules*, o qual parece-nos ser lastreado na questão da punição. De igual forma, como ocorre com outros filósofos, nasce uma questão essencial, de como seria possível ao aparelho estatal causar danos intencionais aos cidadãos como forma de punição pela prática de determinados atos?

Assim, deve-se debater no presente texto como tese central a seguinte questão, seria justa a aplicação de uma sanção a um determinado cidadão pela prática de um ato criminoso?

Tem-se como objetivo central questionar como pode o dano intencional causado pelo Estado ao cidadão, sendo algo errado, ser acolhido como correto dentro da sociedade, observando-se a questão sob um prisma da punição penal.

Deste modo, verifica-se uma tese rawlsiana que distribui o direito de punição em duas correntes, a retributiva e a consequencialista, e tais conceitos de regras propostos por Rawls podem também ser constatados em uma discussão geral da sua

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Previdenciário, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Projuris; Professor Universitário na Universidade do Estado de Mato Grosso e na Faculdade do Pantanal; Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso; aleciocolionejr@gmail.com

Teoria da Justiça feita por Michael J. Sandels, especialmente pela mostra da teoria evoluída do contratualismo empregado por Rawls.

Vale ressaltar que o principal foco em debate se ressaí pela justificativa da punição, especialmente pelo critério retributivo e consequencialista e sua efetividade ou não, passando por um conceito utilitário das penas, e retomando a ideia central de Rawls.

O estudo do tema é de extrema importância às cadeiras de Direito Penal e Filosofia Jurídica, eis que Rawls, ainda que em curtos trechos de suas obras, questiona a possibilidade de punição pelo Estado, e como isso seria legítimo e aceito socialmente, uma vez que se trata de um mal previsto na lei.

É de suma importância ressaltar, que no presente trabalho será empregado o método dialético, com base em revisão bibliográfica, ao final evidenciando-se o resultado se há justificativa para a punição, e se a tese de Rawls abrange toda essa justificativa.

1 UMA TEORIA DA JUSTIÇA

Analisando a obra uma teoria da justiça de John Rawls, pode-se observar inicialmente que ele pensa a justiça em um critério de equidade, iniciando sua obra elencando o papel efetivo da justiça na sociedade e afirmando: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” (RAWLS, 2000)

Pois bem, de uma forma sucinta, já que não é objeto do presente debater a teoria da justiça de Rawls como um todo, passamos a evolução desse conceito para nossa proposta, para a teoria Rawlsiana, as leis e as instituições estatais, por mais eficientes que possam vir a ser consideradas devem servir para seu critério de

serem justas, em regra, negando a justiça que alguns percam suas liberdades em detrimento de outros (RAWLS, 2000).

Por assim dizer, em regra, a uma sociedade justa, no conceito de Rawls não se poderia permitir injustiças contra seus cidadãos, devendo ser observado um critério, definido pelo mesmo como a posição original.

Pois bem, para explicitar a posição original, primeiro precisamos entender um conceito de véu da ignorância, esboçado por John Rawls, segundo o qual, determinadas pessoas para a definição das regras iniciais da sociedade, devem fazê-lo sem conhecimento específico de quem serão na sociedade, dos bens que irão possuir, ou da posição na qual se encontrarão em referido seio social, de forma a proceder-se uma criação de regras gerais justas a todos, de forma igualitária.

Como forma de compreensão, Rawls afirma que uma sociedade justa seria a livre de injustiças, baseada esta justeza em uma espécie de contrato social (além daquele permitido por Rousseau), que define não apenas o Estado ou a forma de Governo, mas também o conjunto inicial de princípios que irão reger determinada sociedade, falamos, então, em uma posição original (RAWLS, 2000).

Neste sentido, inclusive defende Michael J. Sandel que Rawls opta pela escolha do Estado e de suas regras, como um contrato social, um acordo hipotético em uma posição original de equidade (SANDEL, 2015).

Assim, a referida posição original, parte de um pressuposto de determinação de um conjunto de princípios de determinada sociedade, pensando-se em um momento legislativo inicial, com a influência definitiva do “véu da ignorância”, no momento da elaboração das regras sociais.

Defende Rawls que a posição original determina um conjunto de princípios, de concepção particular de justiça ao Estado, sendo referido conceito um status quo inicial apropriado para assegurar os conceitos básicos que serão estabelecidos como equitativos em sociedade (RAWLS, 2000).

Por assim se afirmar, supõe-se que na posição original, todos sejam iguais, sendo que as pessoas ali escolhem seus princípios fundamentais da sociedade em pé de igualdade, sob o véu da ignorância, e que todos os preceitos ali definidos serão entregues a todos de igual forma, não havendo mais ou menos favorecidos, nesta posição.

Contudo, sendo referida teoria um aporte teórico de justiça, nasce o questionamento da punição, formulado evidentemente em uma proposição realista dentro da teoria de Rawls, se o Estado é justo, e propõe regras justas e equitativas a todos, como poderia haver defesa da uma punição pelo Estado ao criminoso, ou seja, como poderia se justificar a infligência de um mal a um cidadão?

Nesse debate, nasce a questão da punição, portanto, é permitido, embora injusto, ao Estado infligir sanções aos cidadãos por conta de suas ações? Sabendo-se que a posição original impede a restrição de liberdades? Ou seja, pode-se restringir a liberdade de um cidadão por algum ato que praticou?

2 A QUESTÃO DA PUNIÇÃO SOB A ÓTICA DE RAWLS

Pois bem, é evidente com a leitura de Rawls que o mesmo claramente prevê que a justiça deve negar que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros, mas também demonstra que uma injustiça somente passa a ser

tolerável quando necessária a evitar-se uma injustiça ainda maior (RAWLS, 2000)

Rawls afirma que os planos de cada indivíduo na sociedade precisam se encaixar uns aos outros de forma a que as variadas atividades a serem praticadas sejam compatíveis e, possam ser executadas de forma legítima, sem que haja grande frustração à sociedade (RAWLS, 2000).

Neste mesmo seguimento de raciocínio também é a lição penalista de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Piergangel, ao indicarem que o homem sempre aparece em sociedade em uma interação deveras estreita com os demais, e nestes grupos os conflitos se resolvem de forma a permitir uma estabilização social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018).

Assim, não apenas as ações dos cidadãos, mas também os princípios de justo e de justiça devem impor alguns limites estabelecendo as satisfações postuladas em sociedade, impondo restrições efetivas para indicar as concepções razoáveis do bem, entendendo-se que, neste conceito de Rawls, a justiça como equidade deve-se atentar que o justo precede o bem (RAWLS, 2000).

Rawls ainda defende em sua Teoria da Justiça entabulando-a como equidade, devendo haver efetivamente uma prioridade entre o justo em relação ao bem, sendo esta uma das principais características da concepção de justiça. Os limites iniciais devem estabelecer o que é o bom, de fato, e quais as formas de caráter são moralmente aceitas em sociedade, bem como, essencialmente que espécie de ser humano se espera naquela determinada sociedade (RAWLS, 2000)

Pois bem, Rawls admite que a justiça e o que é justo devem sobrepor ao que é bom, sendo que em um conflito possível a justiça

deverá prevalecer, afinal, esta define o conceito de bom de uma forma geral em um Estado equitativo.

Assim, os direitos individuais devem ser objeto da proteção do Estado de Direito, sendo que uma ação injusta demonstra certa incapacidade do Estado e de suas autoridades de aplicar uma regra apropriada ou de interpretá-la de forma correta (RAWLS, 2000)

Este sistema de Estado jurídico é, nas palavras de Rawls: “uma ordem coercitiva de normas públicas destinadas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover estrutura da cooperação social.” (RAWLS, 2000).

E de outra forma não poderia ser interpretado, afinal, mesmo Rawls nos mostra através de sua regra do *telishment*² que não é aceita sequer a possibilidade da injustiça em sociedade, imaginemos então aceitar a injustiça de forma clara, seria inviável e inconcebível. Embora seja difícil definir o conceito de justo e injusto, em nossa proposta vamos utilizá-los como pergunta: é justa a punição penal?

Respondendo a este conceito, parece-nos que Rawls defende uma posição híbrida entre consequencialismo e retributivismo, justificando a punição como instituto de eficácia social, e pelo fato de que o agente, ao agir erroneamente, contrariamente aos preceitos de Justiça atrai para si a punição.

Em se pensando em um utilitarismo, Coitinho parece defender uma posição geral de que as instituições jurídicas: a)

² Imagine uma instituição chamada *telishment*. Nessa instituição, os oficiais estatais teriam a autoridade de punir uma pessoa inocente, objetivando o melhor interesse da sociedade. E, mais, o poder discricionário dos oficiais seria limitado pela regra de não condenar um inocente, a menos que exista uma onda muito grande de crimes que desestabilizam a sociedade e não se sabe quem é o criminoso. E os oficiais que teriam esse poder discricionário seriam os juízes de alta corte, em consulta com o chefe de polícia, o ministro da justiça e o comitê dos legisladores (COITINHO, 2017).

deverão respeitar todos os cidadãos como livres e iguais e; b) só poderão ser justificadas em termos políticos (COITINHO, 2017)

Por sua vez, John Stuart Mill na obra *Utilitarianism* indica que sempre deverá ser maximizada a felicidade geral para todos, demonstrando um conceito utilitário de que a felicidade de cada agente é o que importa em sociedade. Contudo, o mesmo autor em texto posterior (*On liberty*) passa a defesa de que a sociedade poderia interferir na liberdade dos indivíduos para prevenir danos a terceiros (SIMÕES, 2013).

Pois bem, esse utilitarismo de Mill, passa por dois aspectos divergentes, conforme trazido por parte da comunidade acadêmica, por uma questão da dualidade liberalismo e utilitarismo, que ao nosso entendimento, são conceitos que podem ser integrados.

Vejamos a primeira premissa de que a felicidade geral sempre deverá ser prioridade, ora, não se pode negar que em um Estado de Direito, a felicidade da população deve ser de fato esquecida, pelo contrário, imagine-se em um Estado, onde sua felicidade não é prioridade, e com isso questione-se, eu acataria as normas e regras daquele Estado?

Contudo, não se pode afirmar de forma única que, apenas a felicidade de cada cidadão é o que importa, afinal, como garantir a todos tudo que desejam, mesmo se forem pedidos conflitantes?

Mas nos parece que essa visão pode ser integradora, e embora não indicada claramente, acreditamos ser essa a posição compartilhada por Rawls, especialmente no ponto de vista liberal, ao indicar que as possíveis razões de punição não poderão partir de uma doutrina moral abrangente, defendendo uma ideia próxima ao retributivismo de Kant, valorizando a liberdade humana através de um critério de mérito (COITINHO, 2017).

Noutras palavras, Rawls parece defender junto ao paper *Two Concepts of Rules* que: “most people have held that, freed for certain abuses, it is an acceptable institution”, em livre tradução, a maioria das pessoas reconhecem que, livre de certos abusos, a instituição é aceitável, tratando, claro da questão da punição (RAWLS, 1955).

Para Rawls, a maioria das pessoas aceita o conceito de punição, desde que livre de abusos, de forma correta, e justificável através de uma retribuição pelo dano anterior causado a terceiro ou a certa parcela da sociedade.

No texto *Two Concepts of Rules*, aparentemente Rawls especifica o problema da punição do ponto de vista ético, indicando que existem duas justificativas para punir, em primeiro lugar o que pode ser chamado de ponto de vista retributivo, e indica que a punição é justificada pela seara do mérito do agente que deve ser punido por ter agido de forma errada, sendo moralmente aceitável que a pessoa que faz algo errado deva sofrer na mesma proporção do mal causado, sendo essa pessoa punida na proporção de sua ação, e de sua culpa na ação. Finaliza Rawls indicando que o bem estar social é moralmente melhor quando o agente sofre uma punição por um mal que causou a referida sociedade (RAWLS, 1955).

Traz ainda Rawls, sob um segundo aspecto, ao qual atribui o nome de consequencialismo, uma visão de que devemos deixar o passado ao passado, e que apenas consequências futuras serão materialmente importantes as presentes decisões, sendo a punição apenas um método utilizado para manter a ordem social, evitando-se novas infrações penais no futuro (RAWLS, 1955).

Por assim dizer, parece-nos que Rawls, ao explicar a conduta da penalização por parte do Estado, a justifica inicialmente adotando um conceito de inibição futura de crimes, e essencialmente de

sofrimento imposto ao agente pela culpa que possui na prática criminosa.

Contudo, o utilitarismo vai um pouco além dessa premissa básica em punição, especialmente refletindo sobre um conceito mais amplo, verifica-se que a punição existe por ser uma boa consequência produzida, e os danos causados pela mesma, em regra suplantariam as más consequências advindas da punição, tema de divergência entre os utilitaristas.

Vejamos que em primeiro lugar referida punição deveria agir na dissuasão do crime, de forma individual, ao próprio infrator, como forma de dissuadi-lo da prática criminosa futura, pelo receio de nova punição, e afastando até mesmo eventuais novos infratores, pelo exemplo da punição, ameaçando os agentes do caráter de mal infligido, caso cometam uma infração penal (SIMÕES, 2010).

Por assim dizer, a punição age no utilitarismo com a intenção de evitar-se novos crimes, pelo exemplo de punição.

Em segundo plano, conforme bem salienta Mauro Cardoso Simões, supõe-se que a punição tenha um caráter reformativo ou de reabilitação, indicando a reforma ao criminoso, pelo fato de que a punição venha a alterar seus valores, e impeça-o de cometer novos delitos no futuro (SIMÕES, 2010).

Neste sentido vem sendo a tese adotada pelas teorias mistas ou ecléticas da punição penalistas, que urgem em indicar a necessidade de punir para além da repreensão social e da prevenção do crime, mas também por um caráter ressocializador da pena.

A ideia central dessa segunda consequência observada em Rawls seria no sentido de ressocialização pela pena, ou seja, através da mesma o agente passaria a compreensão do que lhe é esperado

em sociedade, e conseqüentemente mudaria seu comportamento futuro.

Por fim, uma terceira e boa consequência da punição no utilitarismo seria o efeito incapacitante de Rawls, afinal, uma vez que esteja cumprindo penas o indivíduo é retirado da circulação em sociedade e, assim, impede-se o agente da prática delitiva, ainda que não venha a ser impedido pela punição, ainda que não venha a ser ressocializado (SIMÕES, 2010).

Contudo, passemos a uma análise, pensando a punição sob um aspecto utilitarista, referida teoria imputa uma ideia de que as possíveis consequências benéficas da punição, poderiam compensar o sofrimento gerado aos infratores. Entretanto, nas lições de Mauro Cardoso Simões podemos observar uma grave crítica a essa consequência, vejamos:

Os críticos da teoria utilitarista argumentam que, caso a punição só se justifique apenas em termos de suas boas consequências, então a punição não pode ser aplicada aos infratores. Poderia haver situações em que punir uma pessoa inocente teria melhores consequências que alternativos cursos de ação. Os utilitaristas estariam, portanto, empenhados em punir a pessoa inocente. Esta objeção tem desempenhado um papel importante na rejeição da teoria utilitarista de modo geral. (SIMÕES, 2010).

Para o autor, e para outros críticos da teoria consequencialista e utilitária, pode-se observar várias situações negativas na punição pelo exemplo, afinal, essa permitiria a punição de um inocente, ou em demasia daquele culpado, como forma de se dar exemplo à sociedade e enfim, garantir uma tranquilidade social.

Em um texto conhecido de Anthony Quinton, conhecido por *On punishment*, ele argumenta que noção de punir, advém do sentido de culpabilidade, sendo a punição apresentada apenas aos

culpados, e portanto, se o sofrimento for infligido a um inocente, não falaríamos em punição.³

Hart, por sua vez, aponta que um castigo pode vir a ser justificado, desde que levantadas uma série de questões, fazendo-as da seguinte maneira: “1) O que justifica a prática geral da punição? 2) Quem pode ser punido? 3) Como pode-se severamente punir?” (SIMÕES, 2010).

Responde Hart à primeira questão ao identificar que a: “justificação geral da punição é um objetivo utilitarista de proteção de sociedade contra os danos causados pelo crime, e não o objetivo retributivista de infligir dor aos infratores que são moralmente culpados.” (SIMÕES, 2010).

Acrescenta Simões que Hart demonstra o acompanhamento da punição e seus objetivos deve ser pautada pelos princípios da justiça de forma a possibilitar a restrição de certas liberdades e consequente aplicação da punição apenas aqueles que, voluntariamente, infringiram a lei. Aduz ainda que a quantidade de pena, deve ser proporcional ao mal estabelecido com o ato criminoso (SIMÕES, 2010).

Sob esse enfoque, parece-nos que esse utilitarismo geral, apoiado por Hart e Mill, além de outros teóricos não debatidos se mostra diferente do utilitarismo de regras proposto por Rawls.

Bentham, por sua vez propõe que a natureza tenha disposto em favor dos seres humanos dois senhores, a dor e o prazer, e com base em tais relações, propõe um conceito de utilidade ao indicar

³ Quinton parece repousar sobre a importância da distinção entre, por exemplo, portadores da febre tifóide e os criminosos, embora ambos possam ser tratados, às vezes, de maneira bastante semelhante. Assim, os portadores da febre tifóide, ou uma pessoa com uma doença infecciosa, seriam postos em quarentena. Ele perderá sua liberdade, em grande parte da mesma forma que um criminoso é privado de sua liberdade quando é preso. E, no entanto, não chamamos a quarentena uma forma de punição justamente porque o portador da doença não é culpado de um crime (SIMÕES, 2010).

que referido princípio trata-se de um critério de aprovação ou reprovação das condutas humanas, com a intenção de controle da felicidade das pessoas, ou seja, propõe que a felicidade do humano decorre de cada uma de suas ações (DEVOS; VÉRAS NETO, 2019).

Assim, Bentham como utilitarista que é, reconhece que a punição possui um caráter de extrema lesividade, considerada como um mal. Para nós, pode-se compreender que Bentham, propõe o uso do princípio da utilidade para limitar o uso da punição, pensando-se em evitar um mal maior (DEVOS VÉRAS NETO, 2019).

Por assim dizer, tem-se uma defesa da tese preventiva geral negativa das teorias da pena, que consiste em afirmar que a punição age como uma ameaça legal aos cidadãos, para que, através de referida ameaça, tenhamos a diminuição das práticas delitivas.

Não se pretende extinguir o tema das teorias de punição, portanto, retornamos ao segundo debate travado por Rawls, que parece ir além do mero consequencialismo utilitário, e a questão de dualidade consequencialista e retributivista, na tentativa de conciliação entre ambas, afinal a primeira teoria, justifica a punição como critério de controle social, inibindo futuros crimes, enquanto que a segunda teoria, já nos mostra uma questão de mérito, ou seja, punir o agente pelo fato criminoso que ele, e apenas ele perpetrou, a punição existe, pois o agente trouxe a si a situação (COITINHO, 2017).

Para além do mero utilitarismo/consequencialismo Rawls parece defender uma teoria, com base em ambas os aportes teóricos, de forma a demonstrar, efetivamente que é necessário punir como exemplo, para uma tranquilidade social, mas além disso, a pena deve também ter um caráter de retribuição pelo mérito negativo do agente, informando-o que o ato cometido não é o aceito por determinada sociedade.

Contudo, ambas teorias possuem um equívoco, que necessita de grande atenção na visão de Rawls, afinal, punir um inocente ou punir em demasia um culpado, embora satisfaça a teoria de conformação social consequencialista, não satisfaz um conceito de justiça empregado nas mentes dos cidadãos em geral. Rawls defende assim, que deve haver uma distinção entre justificação do instituto da punição e do ato punitivo a um particular, o que é reconhecido, conforme as lições de Denis Coitinho, como retributivismo negativo ou fraco (COITINHO, 2017).

Sobre o tema retribuição pela pena, e seu caráter utilitarista, a doutrina penal esboça também grandes debates, o caráter retributivo da pena, procurando uma justificativa para a pena na satisfação de determinados fins de prevenção, o Direito Penal pune para que não haja o pecaminoso caminho do crime, não se tratando da função de se fazer justiça em si, mas sim de tentar evitar a prática futura de novos delitos (GOMES, 2016).

O direito penal traz em seu âmago severos debates sobre punição, mas retornemos mais uma vez a Rawls, que indicava ser possível a sociedade aceitar a punição, desde que não se veja maculada de abusos, e neste aspecto é a defesa de Denis Coitinho ao afirmar que, Rawls usa um critério retributivo de mérito, reafirmando os direitos e garantias individuais, trazidos inicialmente pela posição original (COITINHO, 2017).

Assim, poderia a punição ser aceita, mesmo infligindo um mal a um particular?

Parece-nos que nas lições de John Rawls, a resposta há que ser positiva ao questionamento, afinal, na justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem (RAWLS, 2000).

Por assim dizer, a equidade que se busca na justiça nem sempre busca o que parece bom ao indivíduo em si (talvez seja este

um conceito de utilitarismo), mas busca a justiça como equidade, aquilo que lhe parece o mais coerente de acordo com a posição original e as regras adotadas em referida posição.

Mas alguns empecilhos são demonstrados por John Rawls, especialmente em poucas passagens no livro *Uma teoria da Justiça*, mas mesmo assim, ao “olhar atento do vigia”, não passam despercebidas sérias indagações quanto ao tema.

Pois bem, a priori, deve-se a punição como recurso estabilizador e garantidor de liberdade, sendo esse um dos conceitos trazidos por Rawls em sua obra, sendo a punição uma das formas do Governo e de seu poder coercitivo em manter de um certo grau a estabilidade social, trazendo a punição como forma de garantir o cumprimento do acordo inicial entabulado perante a sociedade (COITINHO, 2017).

Assim, de uma forma mais coerente para as teorias de punição rawlsianas, essa serviria para prevenir crimes futuros e garantir as liberdades dos agentes, mas ressalta Rawls, que referida justificativa da punição apenas poderá ocorrer desde que os cidadãos possuam habilidade e capacidade de conhecer a lei, e tenham oportunidades isonômicas de escolher a direção que a lei aponta, de forma a se transformar eventual punição em uma forma adequada ao fato em debate (COITINHO, 2017).

Denis Coitinho ainda continua ao indicar que, Rawls pressupõe que a punição sirva como base de confiança aos agentes que teriam de certa forma concordado a seguir as regras comuns de convívio em sociedade (COITINHO, 2017).

Tal afirmativa parece-nos encontrar amparo na doutrina de uma teoria da justiça, especialmente no capítulo destinado ao Estado de Direito, onde Rawls constrói um raciocínio apto a demonstrar que os direitos individuais devem ser objeto de proteção do Estado, sendo que uma ação injusta por parte desse, poderia culminar

no reconhecimento de incapacidade do Estado em reconhecer e interpretar suas próprias regras de forma coerente (RAWLS, 2000).

Leis e ordens apenas poderão ser aceitas como tal, se, de maneira geral, a sociedade acredita que elas podem ser obedecidas e executadas, sendo que em Estado de Direito temos a concepção máxima de que em casos semelhantes devemos aplicar regras e orientações semelhantes (RAWLS, 2000).

Vejamos que o conceito que Rawls emprega, claramente, que o Estado apenas terá o poder de punir, e apenas tais atos deverão ou serão aceitos à sociedade em geral, se as regras estabelecidas no jogo social, forem aceitas pela sociedade, e respeitadas como tal.

Parece-nos que a afirmação indica, invariavelmente a um conceito de que, a punição apenas será justa, e assim aceita pela sociedade, se houver a crença em sua necessidade e utilidade, tanto para o controle social, quanto para o critério de retribuição e prevenção.

Mas alerta Rawls que as leis devem ser conhecidas e promulgadas antes dos atos, e que sejam claras e não genéricas, e jamais sejam usadas como meio de prejudicar determinadas pessoas ou situações, e para isso, deve haver um grande esforço por parte do Estado, através de suas instituições, para determinar se houve o crime e para impor a pena correta ao criminoso, ou seja, não se pode, em nenhuma hipótese, permitir a punição aos inocentes, ou em demasia aos culpados, sob pena de ineficiência do sistema jurídico penalista (RAWLS, 2000).

Arremata o autor:

Vemos também que o princípio da responsabilidade não se funda na idéia de que o objetivo primeiro da punição é a retribuição ou a denúncia. Pelo contrário, o princípio

é reconhecido em nome da própria liberdade. A menos que os cidadãos estejam em condições de conhecer o teor da lei e tenham a oportunidade de levar em conta suas respectivas diretrizes, não se deveria impor-lhes sanções penais. (RAWLS, 2000).

Por assim se refletir, a justificativa da punição ao conceito de Rawls apenas deverá ocorrer se todos os cidadãos estiverem em condições de compreensão das normas, e que tenham a possibilidade de agir de acordo com esse conhecimento, ou seja, não lhes seja impossível adimplir com a normalidade imposta pelas regras iniciais.

Denis Coitinho avança no estudo de Rawls ao indicar que, em regra: “a instituição da punição se justificaria pelo seu papel de garantir a estabilidade social” (RAWLS, 2017), de forma a se relacionar a uma indicação de que a estabilidade requerida pela sociedade, traduz-se tanto na sensibilidade moral dos agentes em assumir os deveres, quanto no uso do sistema penal para punir aqueles que desviem do caminho consentido inicialmente.

Portanto, a punição, parece-nos, de forma rasa ao menos neste momento, ser plenamente aceitável, desde que, visualizada na concepção do mérito das ações, e principalmente seja a mais justa ao caso em concreto, não se permitindo punições de inocentes em favor da sociedade, nem em demasia, sob pena de referida punição se transformar em um critério puramente utilitarista, não reconhecido por John Rawls.

A punição, em que pese parecer uma injustiça, na verdade se justifica como justa em dois pilares da construção, na retribuição do mal, afinal por questão de mérito, o agente cometeu um ato contrário aos princípios pré-estabelecidos na posição original, e deve ser punido, mas traz também um consequencialismo óbvio, o de exemplificar aos demais membros da sociedade, através

do exemplo, que atos tais como a transgressão dos princípios fundamentais, não serão tolerados sem represálias.

CONCLUSÃO

Pois bem, de uma análise inicial, parece-nos que a questão a ser respondida era filosófica, mas também moral, afinal, poderia o Estado infligir um mal a um de seus cidadãos, por conta dos atos criminosos por estes praticados? Haveria justificativa para a punição?

Analisando as correntes expostas, tem-se que, na visão de Rawls duas correntes filosóficas teóricas justificam a punição, cada uma por um aspecto diferente, observa-se o utilitarismo e o liberalismo, trazendo consequências e respostas as penas, que são identificadas como consequencialismo e retributivismo.

Para a primeira corrente, a pena se justifica como critério de controle social, ou seja, a pena é necessário aos desviados em sociedade, que praticam atos contrários ao estabelecido como direitos em uma posição original, portanto, para essa corrente, a pena se justifica, e o mal poderia ser infligido, como forma acalmar a sociedade, mas também amedronta-la para evitar a prática de outras infrações penais.

A segunda corrente, retributivista, nas lições de Rawls já demonstra a punição não como forma de controle social, mas como forma de pagamento ao agente que cometeu a infração penal, por sua vontade, de forma meritual, um castigo para o ato de rebeldia praticado. Rawls, não trabalha com o conceito de ressocialização de pena, ao menos não abertamente.

Assim, para cada corrente filosófica a resposta seria diferente, vejamos, pode-se punir? Para ambas a resposta há que ser positiva,

mas em um pensamento consequencialista, a punição advém do controle social, para a retributiva, como forma de castigo ao mérito negativo do agente.

Rawls defende em suas teorias punitivas que este mal deve ser previsto pelo Estado e aplicado ao cidadão que não cumpra com seu contrato social na posição inicial, defendendo que o Estado ao criar a punição, passa por dois campos, o de ameaça ao cidadão, e portanto um caráter preventivo geral negativo, e o campo de ressocialização, e portanto em um mérito eclético de punição.

Desperta nosso interesse agora, em afirmar que Rawls, defende que não apenas uma destas teorias possui justificativa, mas que ambas conjuntamente, embora pareçam ser opostas, justificam a punição.

Assim, uma visão rawlsiana demonstra-se que o controle social é necessário, afinal o bem-estar dos membros da sociedade é perquirido por um conceito de justiça por equidade, buscamos na justiça uma forma de controle e estabilidade social, aceitamos o contrato social, pois o desejo de todos é o convívio em sociedade de forma justa e isonômica a todos, e portanto, a pena passa a ser justa.

Mas além disso, precisaríamos criar regras que digam o correto em sociedade, e dar ciência de tais regramentos a todos os envolvidos, e portanto, para garantir referido bem estar social, punir aqueles agentes que não sigam as regras estabelecidas inicialmente, afinal, são atos contrários aos aceitos em uma posição original por todos.

Evidente que a retribuição, por si só, não aparenta na visão da Rawls, como forma de controle social próprio, mas apenas indireto, contudo, age como apelo a consciência do cidadão de modo a temer que sua liberdade e privacidade sejam tolhidas.

Ao final, pode-se afirmar a necessidade da ressocialização do agente punido, afinal, como retorná-lo à sociedade, após a prática delitiva e a infligência de um mal (necessário), se não por meio de adoção de critérios aptos ao retorno deste no convívio social.

Referia congregação entre conceitos, indica uma possível análise da justificativa da pena, sob mais de uma ótica, demonstrando uma justeza maior na sua prática, contudo, em que pese o esforço colossal de Rawls pelas justificativas, que nos parece base a novas teorias mais complexas, não objetificadas no presente trabalho, seus conceitos podem ser substratos de futuras pesquisas, e principalmente servirem como base a uma terceira teoria de ressocialização.

Rawls, se estabelece em um campo penalista, de teorias mistas ou ecléticas de punição, mas não na sua perfeição como hoje adotada, e sim, parece-nos se imiscuir em um campo de justificativas existentes entre um caráter preventivo e ressocializador da pena.

Afinal, se temos a justificativa do porquê punir, sob o aspecto social e moral (meritocrático), precisamos encontrar um avanço em como evitar a punição, ou como não permitir a reincidência do agente infrator, e neste ponto Rawls parece ter efetivo acerto, essencialmente em observar critérios que darão substrato a teorias mais aprofundadas da punição.

Parece-nos que, de acordo com Rawls, a punição embora um mal, é justa e necessária ao Direito Penal, se não pela ameaça social de que não se deve cometer delitos, pelo menos pela ressocialização e reintegração do agente punido na sociedade, da qual se desvinculou moralmente.

REFERÊNCIAS

COITINHO, Denis. Rawls e a justificação da punição. **Trans/Form/Ação**, v. 40, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732017000300067. Acesso em: 1 ago. 2020.

DEVOS, Bryan Alves; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Trajetória e mutações dos utilitarismo jurídico-penal: um ensaio de história das ideias. **Rev. direito GV**, v. 5, n. 2, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201922>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200208. Acesso em: 2 out. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito penal**: parte geral (arts 1º a 120). Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

RAWLS, John. Two concepts of rules. **The philosophical review**, v. 64, n. 1, p. 3–32, Jan. 1955. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/ethicsofsecrecy/papers/reading/RawlsTwoConcepts.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pissetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. [S. l.]: Ricardo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Veritas**, n. 58, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/12909/9032>. Acesso em: 8 ago. 2020.

SIMÕES, Mauro Cardoso. O utilitarismo e a teoria da punição. **Princípios Natal**, v. 17, n. 28, jul./dez. 2010. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/984/pdf_1. Acesso em: 7 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal Brasileiro, parte geral**. 12. ed. São Paulo: RT, 2018.

A LICENÇA-PATERNIDADE COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA OPORTUNIZAR O (RE)INGRESSO DAS MULHERES MÃES NO MERCADO DE TRABALHO¹

Ana Claudia Rockemback²

Natálie Vailatti³

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo a análise sobre a licença-paternidade e sua função como ação afirmativa para permitir acesso equânime ao mercado de trabalho para as mulheres após a gestação.

As mudanças nas interações sociais permitiram que a mulher ao se tornar mãe pudesse continuar exercendo a sua função profissional. Ao passo que continuou exercendo o trabalho laboral remunerado, as responsabilidades com os afazeres domésticos não diminuíram, passando a exercer jornadas com maior dedicação ao cuidado do que os companheiros.

Após gestar e parir, a mulher tem o benefício da licença-maternidade por um período para que possa se ausentar do trabalho se recuperar fisicamente da gestação e cuidados com o bebê (responsabilidade parental). Porém, os homens têm um tempo

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

² Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduanda em Direito Médico pela Verbo Jurídico; Pós-graduanda em Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia; Bacharela em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista CAPES; acrockemback@gmail.com.

³ Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público e Privado (Direito Material e Processual) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharela em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; natalievailatti@gmail.com.

significativamente reduzido, e assim acabam não cumprindo com a responsabilidade parental que também lhe diz respeito.

Essa diferença de tempo para se ausentar do trabalho e se dedicar às responsabilidades parentais é determinante e prejudicial para as mulheres voltarem aos cargos que antes ocupavam e ascenderem profissionalmente.

Diante do tratamento desigual dado pela legislação brasileira aos homens e mulheres, é necessário o estudo de como as ações alternativas podem beneficiar as relações familiares e oportunizar ascensão profissional para as mulheres após a gestação. As ações afirmativas na sociedade são importantes para alcançar a igualdade equitativa de oportunidades.

As ações afirmativas inicialmente foram utilizadas para remediar os acontecimentos históricos que excluíram os grupos sociais por questões raciais. Neste texto, será analisada a aplicação das ações afirmativas sob uma perspectiva de gênero para promover a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho após a maternidade.

Assim, o artigo verificará se o aumento da licença-paternidade pode ser considerado uma ação afirmativa para diminuir a desigualdade de gênero nas relações familiares e laborais, baseado no princípio equitativo de oportunidades. Como objetivos específicos será analisado como outros países tratam a licença-paternidade, e a importância do acompanhamento parental de ambos os pais na criação dos filhos para o desenvolvimento profissional da mãe.

Como desdobramento argumentativo, primeiramente, será realizado o estudo sobre as ações afirmativas e o aporte teórico que sustenta a necessidade da sua aplicação. Na sequência, será apresentado como a licença-paternidade é prevista na legislação brasileira e na Espanha, e os argumentos que reforçam o benefício

ser um direito da mulher, buscando a igualdade de oportunidades para o retorno da mulher ao mercado de trabalho após a gestação.

Emprega-se, neste trabalho científico, a pesquisa bibliográfica e documental, bem como o método lógico indutivo.

1 AÇÕES AFIRMATIVAS SUSTENTADAS PELO APORTE TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DEMOCRÁTICA DE JOHN RAWLS

Este tópico aborda sobre a criação das ações afirmativas, como elas se desenvolveram no tempo, sua fundamentação teórica e a aplicação delas no momento que as mulheres desejam reingressar no mercado de trabalho, principalmente quando acompanhada da maternidade.

Para compreender adequadamente sobre as ações afirmativas, é necessário tematizar a construção histórica e o seu desenvolvimento. Foi em 1960, nos Estados Unidos, que as ações afirmativas nasceram como políticas públicas após a forte presença da discriminação racial existente no país. O movimento negro deu início a um marco no processo de extensão dos Direitos Civis, tendo como líderes pacifistas Martin Luther King e Malcon X. Houve também, movimentos radicais denominados “Panteras Negras”, onde seus manifestantes usavam armas para protestar a favor dos seus direitos (MOEHLECKE, 2002, p. 213).

Nos anos sessenta, o governo americano implementou tais políticas após os grandes movimentos organizados pelas minorias sociais, especialmente pelos negros. Esses grupos reivindicavam seus direitos civis e pretendiam minimizar o período em que foram brutalmente discriminados (OLIVEN, 2007, p. 38)

As ações afirmativas também foram utilizadas em outros países que apresentavam graves discriminações. Na Índia, por exemplo, elas surgiram com o intuito de equiparar as castas

inferiores. A lei maior da Índia, no art. 16 da Constituição de 1949 faz menção a cargos públicos reservados às castas, tribos e classes desfavorecidas (ÍNDIA, 1949). A África do Sul, nação do apartheid, foi outro exemplo de discriminação explícita. Mesmo tendo a maioria de população negra, a ela foi negada direitos e foi submetida a exclusão e subordinação (ÁFRICA DO SUL, 1996).

Países como a Malásia, Austrália, Argentina, Canadá, Cuba, entre outros, também buscaram a efetivação das ações afirmativas como forma de minimizar as desigualdades sociais, inserindo as minorias na democracia e oportunizando aqueles que não tinham acesso algum aos direitos basilares. Moehlecke (2002, p. 199) explana que nestes diferentes cenários, as ações afirmativas se estruturaram em ações voluntárias com cunho obrigatório, além da criação de leis e orientações com base nas decisões jurídicas e agências que fomentam a iniciativa.

A implementação das ações afirmativas no Brasil é recente, pois somente em 2001, na *III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlatada*, organizado em Durban, na África do Sul, foi que o Brasil pactuou com o favorecimento de políticas públicas para as minorias sociais. Porém, a Lei n. 8.213/91 já estabelecia o sistema de cotas para o mercado de trabalho, que previa a contratação de pessoas portadoras de deficiência em empresas privadas (OLIVEN, 2007, p. 40).

Outras legislações também marcaram a inclusão no Brasil. São elas: Decreto-Lei 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas (BRASIL, 1943); Decreto-Lei 5.452/43, que em seu art. 373-A, estabelece a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres (BRASIL, 1943); Lei 8.112/90, que no art. 5º,

§ 2º, prevê cotas de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união (BRASIL, 1991); Lei 8.666/93, que no art. 24, inciso XX, prevê a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência (BRASIL, 1993); e Lei 9.504/97, que em seu art. 10, § 2º, prevê as cotas para mulheres nas candidaturas partidárias (BRASIL, 1997).

O conceito das ações afirmativas apresenta variações, mas possui um núcleo essencial, a igualdade equitativa de oportunidades. Para Piscitelli (2009, p. 64) as ações afirmativas buscam corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, ou entre brancos e negros, seja no âmbito da política, da educação ou do trabalho para efetivar a equidade com base na igualdade equitativa de oportunidades. Em outros termos, “ação afirmativa” é uma classe de políticas públicas focada em alcançar igualdade de oportunidades, especialmente nos âmbitos da educação superior e emprego, para grupos historicamente oprimidos.

Conforme exposto, as ações afirmativas buscam amenizar um passado resultante de preconceito e discriminação, assegurando a diversidade através de um projeto democrático, aplicando medidas concretas e compensatórias na busca pela igualdade e respeito pelas diferenças, com base nas políticas públicas de inclusão social.

Pelo exposto, as ações afirmativas parecem ser o instrumento adequado para combater as desigualdades, especialmente as existentes nos marcadores de raça e gênero. Entretanto, o que as justificam? Que aporte teórico pode ser utilizado para sustentá-las? A justiça como equidade de John Rawls pode servir como baliza para tal fundamentação.

Contudo, cabe ressaltar que Rawls nunca escreveu sobre ações afirmativas e avaliação de como sua teoria impacta em tal temática (NAGEL, 2003). De acordo com Freeman (2007), Rawls,

embora afirmasse que as ações afirmativas poderiam ser o remédio adequado para as discriminações passadas, no âmbito da teoria ideal, sustenta a incompatibilidade entre o tratamento preferencial de minorias socialmente desfavorecidas e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades.

Entretanto, afigura-se possível pensar as implicações do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, escolhido e justificado na posição original em condições ideais, em situações concretas, condições não ideais, como a que está sendo apreciada aqui. Tal entendimento inspira-se em Taylor (2009).

A justiça como equidade é uma teoria proposta por John Rawls que tem como objetivo central fornecer os princípios adequados para as sociedades democráticas. É importante frisar que esses princípios determinam direitos e liberdades básicos e regulam as desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2003).

Rawls (2003) afirma que essas desigualdades têm prioridade. Para encontrar um princípio que as regule adequadamente, ele recorre a três elementos: a) as convicções refletidas sobre direitos e liberdades básicos; b) o valor equitativo das liberdades políticas e c) a igualdade equitativa de oportunidades.

Os princípios de justiça adequados que seriam escolhidos e justificados na posição original são os seguintes (RAWLS, 2003):

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

O primeiro é o princípio das liberdades iguais. Por razões argumentativas e de escopo, ele não será aqui analisado. A análise ficará restrita ao segundo princípio na sua estrutura dupla: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. Ele pode ser chamado de princípio da igualdade democrática. Nele, a igualdade de oportunidades e a diferença se encontram (RAWLS, 2000).

Duas ideias centrais, inspiradas na teoria rawlsiana, sobre o segundo princípio serão exploradas. A primeira é que a igualdade equitativa de oportunidades exige não só abertura de cargos públicos e posições sociais, mas a existência de chance equitativa de ter acesso a eles. Ninguém pode ter acesso a cargos públicos ou posições sociais restringido por sua classe social, raça ou gênero. Por exemplo, caso as mulheres sofram restrições para reingressarem ao mercado de trabalho depois da gestação, tal princípio não é efetivado.

A segunda ideia vincula-se à tese de que a desigualdade é justificável apenas se o tratamento diferenciado melhorar ou beneficiar a posição do menos favorecido. A desigualdade histórica entre homens e mulheres consubstanciou-se de diversas formas, uma delas é a atribuição natural do trabalho não remunerado e do cuidado às mulheres. E essa desigualdade também é percebida na esfera jurídica, por exemplo, nas diferentes licenças entre os gêneros para cuidar dos filhos menores. A licença maternidade é maior que a licença paternidade.

Caso o princípio da diferença sirva para justificar tratamentos distintos que melhorem a posição dos menos favorecidos, usado de forma inversa, no caso em exame, igualar os períodos de licença parental, melhorará a posição das mulheres e permitirá que elas

possam concorrer em pé de igualdade aos cargos e posições abertos.

Como dito acima, a teoria de Rawls, caso a interpretação seja adequada, pode fornecer o substrato para justificar as ações afirmativas. Após, rápida menção aos fundamentos teóricos delas, passa-se a apresentar a visão constitucional e legislativa segundo a ordem jurídica brasileira.

No rol e incisos do art. 3º da Constituição Federal de 1988, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil buscam construir uma sociedade livre, justa e solidária em vários aspectos e camadas sociais, bem como, de erradicar a pobreza, a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos com raça, sexo, cor, idade e demais discriminações (BRASIL, 1988).

A legislação brasileira expõe em seu texto constitucional as garantias fundamentais para que o Poder Público, em todas as suas esferas, adote ações afirmativas e medidas inclusivas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.

Pode-se afirmar que as ações afirmativas foram utilizadas para promover interesses e direitos de grupos amplamente discriminados. E estas são uma das ações que tornam a longo prazo o alcance da igualdade possível, e por isso devem ser acompanhadas de outras ações em âmbitos da vida social (TRAMONTINA; SCHWARZ; GOLDSCHMIDT, 2018).

Conforme o delineado no texto acima, é possível verificar que as ações afirmativas são mecanismos possíveis para promover oportunidades equânimes para as mulheres no mercado de trabalho. Após a análise sobre as ações afirmativas alinhado com o aporte teórico de Rawls, seguimos para a análise fática e epistemológica

da licença-paternidade no Brasil e na Espanha, e os estudos que corroboram o aumento do tempo da licença ser necessário para o homem (ou companheira) participar da vida doméstica a fim possibilitar condições de retorno à carreira profissional das mulheres.

2 A LICENÇA-PATERNIDADE É UM DIREITO DA MULHER

Neste tópico, analisa-se a licença-paternidade no Brasil e na Espanha, e os argumentos que reforçam o benefício ser um direito da mulher, o qual visa a igualdade de oportunidades para o retorno da mulher ao mercado de trabalho após a gestação, apesar do benefício ser gozado pelo pai.

Antes de iniciar o estudo da licença-paternidade na legislação brasileira, importante esclarecer que os dispositivos legislativos constitucionais a seguir aplicam-se aos trabalhadores que tenham vínculo empregatício. No Brasil, a previsão constitucional da licença-paternidade está definida no art. 7º, inciso XIX. O tempo de 5 (cinco) dias, está disposto no art. 10, §1º, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambos da Constituição (BRASIL, 1988).

Ampliando a regra geral constitucional, há o *Programa Empresa Cidadã*, instituído pela Lei n. 11.770/2008, e alterado pela Lei n. 13.257 de 2016, que prorrogou o tempo da licença-paternidade ao empregado pelo período de 15 (quinze) dias, somados aos 5 (cinco) dias da previsão constitucional, com direito à remuneração integral suportada pelo empregador - e posteriormente, a empresa que participa do programa é beneficiada com incentivos fiscais (BRASIL, 2008b, 2016).

Os critérios para adquirir o título de Empresa Cidadã é limitado apenas às empresas que recolhem impostos pelo Lucro Real - maiores empresas no Brasil - que acabam sendo uma

pequena parcela de beneficiários. Apesar da ampliação de direito fundamental ir além do previsto na Constituição, é prejudicial para muitas mulheres que não “possam ter a licença-maternidade estendida; e o ferimento à igualdade, em razão de que nem todas as mulheres poderão gozar de um direito fundamental ampliado.” (FOLLONI; PERON, 2014, p. 417).

Além dos trabalhadores celetistas, os servidores públicos federais têm a licença-paternidade diferenciada, além dos 5 (cinco) dias previstos no art. 208 da Lei n. 8.112 de 1990 (BRASIL, 1990), há a possibilidade de requerer a prorrogação para mais 15 (quinze) dias - alteração ocorrida em 2016 pelo Decreto n. 8.737 (BRASIL, 2016).

A licença-paternidade é comumente vista como um direito do homem, e a pesquisa busca trabalhar a licença sob uma perspectiva de um direito com reflexos positivos para a mulher trabalhadora ao regressar ao emprego após a gestação.

Podemos afirmar que a mulher não tem as mesmas condições e oportunidades que o homem no mercado de trabalho, principalmente quando os direitos trabalhistas e reprodutivos são contrapostos. Muitas foram as lutas feministas na história buscando condições decentes de trabalho para as mulheres, inclusive, para que elas pudessem trabalhar fora do ambiente doméstico, uma vez que o cuidado é visto como uma obrigação feminina.

A historiadora Del Priore (2020, p. 131-138) traz no capítulo da sua obra, o tratamento que as trabalhadoras e operárias no Brasil tiveram entre os anos de 1500 e 2000. E pode-se afirmar que a inclusão das mulheres no ambiente fabril foi marcada pela exploração da mão de obra feminina e o preconceito da sociedade. A mulher devia cumprir os requisitos naturais de procriação e suas funções na vida doméstica (esposa e mãe), papéis não compatíveis com o trabalho.

Del Priore (2020, p. 133-134), ainda aponta que as mulheres foram apoiadoras de muitos movimentos operários que buscavam melhores condições de trabalho. Em 1902, as mulheres paralisaram as fábricas de tecido do Bom Retiro em São Paulo, e foram para as ruas reivindicar os maus-tratos que sofriam pelos mestres de teares. Além disso, para frear as mulheres nas ruas e as fazer retornar para a vida doméstica, uma manobra sanitarista foi apoiada por profissionais da saúde e governantes, com a justificativa de que o aleitamento materno até o sexto mês era necessário e que a mulher deveria retornar para a rotina doméstica como prova de amor maternal.

A conciliação entre vida profissional e o trabalho reflete uma maior exploração das mulheres e uma menor possibilidade de oportunidades e acesso ao trabalho, em razão da priorização do desempenho do papel de mãe, filha e esposa (BERTOLIN; SILVEIRA, 2019, p. 373).

As normas internacionais apoiam o afastamento do trabalho por um tempo razoável para que haja a recuperação do organismo feminino após a gestação e os demais cuidados com o bebê. Porém, a justificativa que o afastamento deve ocorrer principalmente para o aleitamento materno não deve prosperar, pois a amamentação é uma escolha da mulher, e essa escolha não pode ser interferida pelo Direito. A opção pelo aleitamento materno ou por fórmulas não deveria ser questionada, e ainda, quando há a decisão pelo aleitamento materno, podem ter maneiras alternativas para que a amamentação ocorra durante o trabalho (VIEIRA, 2014, p. 127).

A relação das mulheres com a maternidade e o trabalho passou por muitas mudanças ao longo do tempo, com situações marcadas pela necessidade de escolha entre uma opção ou outra. As concepções sociais sobre o embate maternidade *versus*

trabalho dificilmente serão alteradas pelas convicções pessoais e convenções sociais de maneira célere. São necessárias que ações afirmativas sejam implementadas a fim de possibilitar à mulher que deseja gestar, parir e trabalhar, condições e oportunidades de trabalho com equidade.

Outros países tratam o tempo e a forma de fruição da licença-paternidade de maneiras diversas, e no presente estudo, vamos analisar especificamente como é o tratamento na Espanha, em razão de ter recentemente alterado a legislação para promover a equiparação do tempo da licença-paternidade com a licença-maternidade.

A pesquisa realizada na Espanha em 2015, concluiu que o impacto da utilização da licença-paternidade de 15 (quinze) dias para o cuidado com os filhos pouco impactou na divisão das tarefas domésticas com suas companheiras, e que para alcançar mudanças significativas nas atitudes e práticas familiares é necessário o aumento no tempo da licença-paternidade, pois com a assimetria da duração da licença, as expectativas sobre o cuidado recaem sobre as mulheres (ROMERO-BALSAS, 2015, p. 106).

Em estudo comparado da legislação brasileira e espanhola, Thomé (2009, p. 52) concluiu que o tempo permitido em ambos os países é muito curto e deveria ser ampliado até alcançar a licença-maternidade. Assim, além da importância prática, haveria um valor simbólico muito maior: “já que deixa claro que a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar não é um problema somente da mulher.”

Em 2019, ocorreu uma importante alteração legislativa na Espanha, que teve como objetivo ampliar, e progressivamente igualar a licença-paternidade com a licença-maternidade. Com a publicação do Decreto-lei Real 6/2019, que alterou a Lei Orgânica

3/2007, o objetivo é promover a igualdade efetiva entre trabalhadoras e trabalhadores espanhóis. Quanto à licença-paternidade, a alteração prevê a ampliação de forma progressiva: i) até o final de 2019 aumentou-se para 8 (oito) semanas; ii) para 2020, o aumento previsto foi para 12 (doze) semanas; e iii) em 2021, a previsão é que seja ampliada para 16 (dezesesseis) semanas, igualando à licença-maternidade. Em caso de filhos múltiplos, podendo estender 2 (duas) semanas (ESPANHA, 2019).

A análise feita pelos legisladores espanhóis é pautada na promoção do princípio da igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres, buscando eliminar todas as formas de discriminação direta e indireta, principalmente quando razoadas pelo sexo, em especial as derivadas da maternidade, das obrigações familiares e do estado civil, uma vez que a conciliação da vida pessoal/familiar é de corresponsabilidade entre os pais (ESPANHA, 2019).

Na Espanha, a alteração normativa ocorreu com a pressão social de grupos organizados que buscavam melhores condições de equidade para mulheres trabalhadoras, e entre as lutas, buscando o aumento da licença-paternidade.

As alterações normativas são morosas quando se tratam de ampliações de direitos, sobretudo ligado à busca por maior similitude das condições de gênero no mercado de trabalho. No Brasil, o Projeto de Lei do Senado 666/2007 foi a origem do debate do tema da licença-paternidade, e como desdobramento legislativo, ocorreu a proposição do Projeto de Lei 3935/2008, que absorveu outros 80 (oitenta) projetos que são matérias afins (BRASIL, 2008a). Com os dados apresentados, podemos verificar que os projetos foram propostos há mais de 12 (doze) anos e os avanços na análise do legislativo são lentos.

Parte da resistência política e popular para aumentar a licença-paternidade está fundada na justificativa dos custos do afastamento dos genitores. O questionamento é sobre quem irá suportar esses custos, se o empregador (âmbito privado) ou o setor público (Previdência Social). Há muitas pesquisas em torno dos impactos econômicos, porém com poucas métricas previsionais de custos.

A pesquisa realizada por economistas brasileiros, considerou o aumento de 15 (quinze) dias da licença-paternidade, facultativa apenas para os trabalhadores de empresas que aderiram ao Programa Empresa Cidadã, relacionando as projeções de aumento sociodemográfico e o mercado de trabalho atual. A conclusão, quanto à estimativa de custos econômicos diretos, é “de que a extensão da licença-paternidade nos termos considerados constitui uma política social de baixo custo.” (ALMEIDA; PEREDA; FERREIRA, 2016, p. 513).

Em um ambiente de desigualdades sociais, quando uma ação afirmativa é construída e aplicada pelo Estado, para Rawls as políticas públicas para a distribuição equitativa de bens primários passam a ser uma exigência moral, e o governo como principal instituição social, deve: “a) manter as formas habituais de despesas sociais básicas; b) assegurar oportunidades iguais de educação e cultura; c) assegurar oportunidades iguais nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho”, e assim o indivíduo poder alcançar o desenvolvimento pleno na sociedade (TRAMONTINA; PARREIRA, 2015, p. 280-281).

Além das ações afirmativas de iniciativa pública, há empresas e organizações tomando iniciativa de ações positivas que buscam a ampliação da licença-paternidade. Um exemplo é a empresa Diageo, líder global em bebidas destiladas, que ampliou para

no mínimo 4 (quatro) semanas, podendo chegar até 6 meses o período de licença-paternidade em alguns locais (América do Norte e Europa, bem como Tailândia, Filipinas, Cingapura, Colômbia, Venezuela e Austrália), colocando nas mesmas condições todos os funcionários a fim de oportunizar a ascensão das mulheres e alcançar a equidade de gênero (DIAGEO, 2020, p. 28).

Além da necessidade da dilação do tempo da licença-paternidade para promover a equidade de oportunidades, é importante observar o aspecto apontado por Vieira (2014, p. 142-143), definido como passo simbólico e inicial, evitar o termo maternidade e utilizar o termo parentalidade, pois a expressão “permite abarcar tipos de parentalidade não heteronormativos, como nos casos das famílias com duas mães ou dois pais.”

Considerando que a formação das famílias é dada pelas conexões afetivas entre as pessoas, independente de sexo e gênero, o argumento sobre a aplicação do termo licença-parental poderia corrigir a segregação do masculino e feminino, pois não haveria a marcação sexual dos genitores e sim a responsabilidade mútua entre eles/elas, cabendo para todas as relações familiares. E ainda, ao abandonar os termos sexistas da legislação, é possível introduzir maior igualdade de gênero no mercado de trabalho e nas relações familiares.

Recentemente, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019), proveniente de Repercussão Geral de Recurso Extraordinário 1.211.446 de São Paulo, permitiu a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, que teve seu filho por meio de inseminação artificial em sua companheira.

Apesar do avanço no compartilhamento da licença em união homoafetiva, a afirmação sobre o cuidado ser papel e tarefa

atribuído à mulher, compartilha com os termos sexistas ligados à temática central do estudo (BRASIL, 2019, p. 4, grifo nosso):

Certamente, a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis [sic] e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar. Considerando que a Constituição alçou a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (CF, art. 203, inc. I), revela-se dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal, independentemente da origem da filiação ou da configuração familiar que lhe subjaz.

O julgamento do caso corrobora com a necessidade da utilização do termo “parentalidade”, e não mais “maternidade” e “paternidade”. Desse modo, outras configurações familiares podem ser beneficiadas com o compartilhamento da licença. E assim, oportunizando, em condições de equidade, a ascensão profissional para todos os envolvidos no planejamento familiar.

CONCLUSÃO

Inicialmente, a pesquisa teve como finalidade o estudo do tratamento dado às camadas sociais que são amplamente discriminadas, e como reação, o poder público e entes privados buscam as ações afirmativas para minimizar a desigualdade existente. Esses grupos minoritários foram responsáveis pela gradual evolução das ações afirmativas e buscaram os seus direitos fundamentais através da luta de classes.

O estudo foi pautado em torno dos direitos das mulheres que desejam retornar ao mercado de trabalho após a gestação de

maneira que possam ter um tratamento equitativo, se comparado ao oferecido aos homens.

A pesquisa teve como aporte teórico a teoria de John Rawls, que ao desenvolver uma teoria da justiça, fundamentada no princípio do bem-estar social da sociedade como forma de efetivar a igualdade entre todos os indivíduos, e no presente estudo, concentrou-se no princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

Com base na análise fática e epistemológica sobre a licença-paternidade no Brasil e a experiência da Espanha, propõem-se duas alternativas (ações afirmativas) que podem contribuir para que a sociedade (âmbito público com reflexo no privado) mude e promover maior igualdade de gênero nas relações laborais: primeiramente, se faz necessário a alteração da nomenclatura para licença-parental, a fim de iniciar a mudança da concepção social sobre a corresponsabilidade nas atividades parentais e ainda abranger todas as relações afetivas/familiares não heteronormativas. E ainda, é necessário o aumento da licença-paternidade para que se iguale ao tempo da licença permitida às mulheres, assim, ambos os genitores têm igualdade de compromissos com a família e iguais oportunidades de retorno à vida profissional após o aumento da família.

Portanto, conclui-se que as ações afirmativas, quando inspiradas no princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença da teoria rawlsiana de justiça, são medidas efetivas para permitir às mulheres após a gestação o efetivo retorno às atividades laborais e assim permitir melhores condições de trabalho e a promoção de igualdade de oportunidades.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **Constitution of the Republic of South Africa**. África do Sul, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ALMEIDA, Sérgio; PEREDA, Paula; FERREIRA, Rafael. Custos da ampliação da licença-paternidade no Brasil. **Rev. bras. estud. popul.**, v. 33, n. 3, pág. 495-516, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982016000300495&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 3 nov. 2020.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins.; SILVEIRA, Nereide Salete Paula da. Precarização: palavra feminina. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 20, n. 2, p. 355-376, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17363>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3935/2008 e seus apensados**. Acrescenta arts. 473-A a 473-C à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para regulamentar a licença-paternidade a que se refere o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal. Origem na PLS 666/2007. Autoria no Senado Federal - Patrícia Saboya - PDT/CE. Brasília, DF. 2008a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=408349>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 8.737, de 3 de maio de 2016. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 maio 2016. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8737.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 mar. 2008b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art38. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.211.446 São Paulo**. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luis Fux. Decisão em 21 out. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15341717987&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 4 out. 2020.

DEL PRIORE, Mary. **Sobreviventes e guerreiras**: uma breve história da mulher no Brasil de 1500 a 2000. São Paulo: Planeta, 2020.

DIAGEO. **Annual Report 2020**. Londres: [s. n.], 2020. Disponível em: <https://www.diageo.com/PR1346/aws/media/11293/annual-report-2020.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

ESPAÑA. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. **Jefatura del Estado**, 2019. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3244. Acesso em: 5 set. 2020.

FOLLONI, André; PERON, Rita de Cassia Andrioli Bazila. Tributação extrafiscal e direitos fundamentais: programa empresa cidadã e licença-maternidade. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 15, n. 2, p. 399-420, 12 jun. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4495>. Acesso em: 4 out. 2020.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. New York: Routledge, 2007.

ÍNDIA. **The Constitution of de India**. Índia, 1949. Disponível em: <https://dl.wdl.org/2672/service/2672.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates do Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

NAGEL, Thomas. John Rawls and affirmative action. **The Journal of Blacks in Higher Education**, v. 39, p. 82-84, 2003.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação**, ano 30, n. 1 (61), p. 29-51, jan./abr. 2007. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOLiven.pdf. Acesso em: 2 nov. 2020.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROMERO-BALSAS, Pedro. Consecuencias Del Permiso De Paternidad En El Reparto De Tareas y Cuidados En La Pareja. **Reis**: Revista Española De Investigaciones Sociológicas, n. 149, p. 87-109, 2015. Disponível em: http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_149_051420723424016.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

TAYLOR, Robert S. Rawlsian Affirmative Action. **Ethics**, v. 119, p. 476-506, 2009.

THOMÉ, Candy Florêncio. A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74331>. Acesso em: 5 nov. 2020.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. A teoria da justiça de John Rawls como aporte teórico para a formulação e a avaliação de políticas públicas. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 139, p. 255–284. 2015. Disponível em: <http://ajuris.kingghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/487>. Acesso em: 4 out. 2020.

TRAMONTINA, Robison; SCHWARZ, Rodrigo Garcia; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. As ações afirmativas e sua adequação à promoção [sic] promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e ocupação e à eliminação da discriminação nessa matéria. **Revista de direito do trabalho**, v. 44, n. 185, p. 57–83, jan. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/126930>. Acesso em: 1 nov. 2020.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **Saúde e segurança no trabalho das mulheres: a perspectiva de gênero para a proteção e promoção do meio ambiente equilibrado**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03102017-114125/pt-br.php>. Acesso em: 1 out. 2020.

A JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA TEORIA DE JOHN RAWLS: A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE SUA CONCRETIZAÇÃO

Ana Paula André da Mata¹

INTRODUÇÃO

John Rawls, filósofo americano, desenvolveu seus estudos na análise da teoria da justiça como equidade, fundamentando os princípios básicos de organização do homem em sociedade. Considera que os indivíduos devem estar em um mesmo patamar de igualdade, ou seja, estar em uma mesma posição original, sendo envolvidos pelo véu da ignorância, sem que haja influência de qualquer outra condição pessoal capaz de alterar a escolha desse critério, para que assim ocorra a distribuição apropriada de oportunidades e vantagens sociais, possibilitando a constituição de uma sociedade democrática.

O estudo fundamenta nos princípios da justiça disposto por Rawls, através da ideia de justiça como equidade e a igualdade democrática (ou respeito às diferenças). Com fundamento na obra, o primeiro princípio da justiça garante as liberdades individuais e o segundo procura diminuir as desigualdades sociais existentes. A mediação de conflitos atende os preceitos determinados pelos princípios fundamentados por Rawls, enquanto política pública, mediante a busca pelo restabelecimento das relações sociais entre os conflitantes.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Advogada e professora de Ensino Superior; anapaula21_05@hotmail.com

Os indivíduos estão sempre em conflito, apesar de considerarmos o conflito como um modo construtivo das relações sociais, benéficas para o crescimento da sociedade e que promove a integração social. É diante uma situação de insuficiência de recursos para atendimento às necessidades dos indivíduos que surgem os conflitos de interesses, e conseguinte a ameaça de desestabilização da organização social. No entanto, permanecendo o conflito sem acordo entre as partes, a convivência social torna-se impossível. De modo que o Direito e a aplicação da lei, para retomar a pacificação social, são necessários, pois a sociedade não convive sem o Direito.

A forma consensual de resolução de conflitos, além de atender a pacificação social, outorga aos cidadãos a autonomia nas decisões tomadas, para que chegue a solução pacífica do conflito, sem qualquer interferência do Estado, nem tampouco imposição de decisão através de um terceiro imparcial, o juiz.

Mesmo tendo o Direito como o regulamento das atividades dos cidadãos, para promover e preservar a paz social, nem sempre é suficiente para a pacificação da sociedade, visto que o seu cumprimento espontâneo pode não ser verificado. Desta forma surge a importância da mediação, como método alternativo de solução de conflitos.

Para o alcance deste objetivo de estudo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, através do método de abordagem dedutivo, e procedimento monográfico, questiona-se: a mediação enquanto política pública pode ser considerada como instrumento de concretização dos princípios da igualdade e da liberdade criados por John Rawls?

Para tanto o trabalho se dividiu em três partes: num primeiro momento foram apresentadas breves considerações acerca da

teoria da justiça de John Rawls; no segundo capítulo tratou-se da mediação como meio alternativo de solução de conflitos e como política pública; findando no quarto e último sobre a mediação como forma de concretização dos princípios da justiça apresentados por John Rawls.

Desta forma a mediação utilizada como instrumento de justiça consensual, é considerada como forma de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, trazendo uma maneira da sociedade prevalecer a sua vontade na pacificação dos seus conflitos, substituindo a aplicação coercitiva da imposição do Estado, através de uma sanção legal imposta por um terceiro imparcial, pela autonomia e igualdade entre os envolvidos conflitantes. A mediação se apresenta como um mecanismo de tratamento de conflitos que melhor concretiza a teoria de Rawls, pois através da realização desta política pública, busca o restabelecimento do vínculo entre as partes, permitindo aos envolvidos no conflito a pacificação social, através da participação ativa da construção dessa solução.

O estudo se justifica no intuito de contribuir na melhor compreensão na concretização dos direitos fundamentais podendo significar eliminação de polêmicas envolvendo a aplicação deste meio alternativo de solução de conflito, na busca por uma igualdade substancial entre os diversos grupos sociais, beneficiando a população em geral, no uso deste mecanismo, e assim ser aplicado a igualdade e a liberdade dos envolvidos no conflito, conforme assegura Rawls, na aplicação dos princípios em destaque.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls publicou a sua obra “Uma Teoria da Justiça” em 1971, estabelecendo como principal premissa a primazia da justiça

enquanto vetor de organização estrutural da sociedade. Reconhece que a sociedade é uma composição formada por indivíduos em cooperação, visando sempre promover o bem e a paz social, através do restabelecimento da prática dos princípios estabelecidos nos estudos, tudo de acordo com a melhor maneira ou a mais adequada para dispor ou dividir vantagens.

Assim considera que “uma sociedade é uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas.” (RAWLS, 2000, p. 4). Destaca ainda que as regras que são impostas para a sociedade mesmo especificando uma cooperação de modo a promover o bem dos que fazem parte deste conjunto, sempre estará presente conflitos de interesses. Considera necessário um conjunto de princípios para ordenar a sociedade, de modo que haja divisão de vantagens, para alcançar uma distribuição igualitária.

Para formar esse conjunto de padrões responsáveis pela escolha da sociedade na forma de sua organização, Rawls denominou de princípios da justiça social: “eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.” (RAWLS, 2000, p. 5).

Os princípios determinados na teoria rawlsiana, o indivíduo em sociedade deve reconhecer um padrão objetivo, para que assim consiga chegar a uma repartição igualitária, seja nos benefícios ou nos encargos para a convivência cooperativa entre os associados, tudo objetivando não haver nenhuma desigualdade de posição. A partir deste estudo que o filósofo constrói a teoria da justiça como equidade e assim considera que o conceito de justiça se define “pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres

e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais.” (RAWLS, 2000, p. 11).

O estudo da teoria de justiça pressupõe como ideia principal estabelecer que os indivíduos devam aceitar a aplicação dos princípios básicos, para se chegar a uma organização social, considerada justa e igualitária para todos. O problema maior se encontra no fato, em saber, de que forma os indivíduos poderão chegar ao consenso em estabelecer quais princípios serão escolhidos, levando em consideração os diferentes interesses sociais e opiniões de uma qualidade de vida justa.

Para esta solução, Rawls considera necessário que os indivíduos estejam em posições originárias, para estabelecer uma igualdade. É necessário ainda que as partes sejam racionais e desinteressadas, que não possuam qualquer interpretação subjetiva ou particular de sua vontade, que possa prevalecer na escolha, para que assim consiga a aplicação dos princípios numa situação equitativa.

A partir desta análise, na teoria de Rawls, os indivíduos em uma posição original de igualdade, acobertados sob um véu da ignorância, conseguiriam estar em igualdade uns aos outros, e com isso, seria possível a escolha de qual princípio seria melhor para conduzir a estrutura básica da sociedade. Desta maneira o véu da ignorância torna uma maneira condicional para que as questões pessoais ou subjetivas não interfiram na escolha dos princípios de justiça, evitando que posições arbitrárias de vontade possam interferir na garantia de justa oportunidade a toda sociedade.

Dispõe ainda que seria razoável supor que as partes na posição original são iguais, pois: “todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante.” (RAWLS, 2000, p. 21). Por meio da teoria de justiça de Rawls, fundamenta na

ideia de colocar os seres humanos em igualdade, como pessoas éticas, capazes de terem um senso de justiça. Por isso, cada homem tem a capacidade de agir de acordo com qualquer princípio da justiça, sob o véu da ignorância, promovendo seus interesses em condições de igualdade com os demais seres humanos.

1.1 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA: LIBERDADE E IGUALDADE

A concepção geral de justiça perpetrada por Rawls fundamenta-se em dois princípios básicos, sendo o primeiro que dispõe igual liberdade para todos, enquanto o outro princípio diz respeito a igualdade equitativa de oportunidades, dos quais a afirmação consiste em:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2000, p. 64)

Rawls fundamenta que dois princípios de justiça poderiam emergir um contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão, reunião e religião. Esse princípio sobrepõe-se a considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica, com a distribuição de renda e riqueza. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de

uma sociedade, ou seja, devem ser vantajosas e acessíveis para todos.

Os princípios dispostos no estudo da teoria Rawlsiana pressupõe a compreensão de que entre eles exista uma lógica de precedência, onde a liberdade para todos antecede a igualdade equitativa de oportunidades. Inaceitável admitir a invasão da liberdade do indivíduo sob o argumento que garantida a igualdade equitativa de oportunidades, no objetivo de ampliar vantagens econômicas e sociais.

Nesse sentido, é possível constatar que:

Logo, como tais princípios aplicam-se à estrutura básica da sociedade, distribuindo direitos e obrigações, o primeiro deles deve ser empregado irrestritamente para garantir liberdades fundamentais de modo universal e imparcial. Já o segundo, que busca a efetivação de uma justiça distributiva e só terá aplicação após o primeiro, será aplicado de forma que signifique que os mais favorecidos só aumentarão seus ganhos se isso implicar vantagem para os menos favorecidos, justificando-se a desigualdade por uma igualdade local – qualquer um tem acesso à riqueza –, porém mitigando-se pelo princípio da diferença. Isso gera uma concepção de igualdade democrática, por meio da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença. (SPENGLER, 2010, p. 15).

Para Rawls “esses princípios se aplicam primeiramente à estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de direitos e deveres e regulam as vantagens econômicas e sociais.” (RAWLS, 2000, p. 64).

Sustenta em sua teoria que em uma situação inicial, chamada de posição original, há igualdade e liberdade para todos os indivíduos e sob tais condições é possível formalizar um acordo coletivo. Ademais, em sua construção imaginária de contrato, os

homens ignoram o que os demais possuem ou desejam, são iguais entre si e racionais. Desta maneira, as pessoas podem eleger os princípios que mais lhes assegurem as necessidades vitais da vida, de modo que tais princípios sejam obrigatórios e respeitados.

Sustenta ainda Rawls (2000, p. 66) que os princípios são bastante específicos em seu conteúdo, e sua aceitação se apoia em certas suposições, onde devemos observar que:

Esses princípios são um caso especial de uma concepção mais geral de justiça que pode ser expressa como segue: Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

Assim, mesmo que haja um consenso entre os indivíduos na escolha dos princípios que irão gerir a organização social e a igualdade de oportunidades, claramente constata-se a presença de conflitos de interesses, que é algo corriqueiro nas relações sociais. Através desta constatação, que podemos inserir o método alternativo de solução de conflito, para mitigar os abalos na estrutura desta sociedade.

2 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

O conflito está ligado extremamente à vida humana, e embora algumas correntes doutrinárias o definam como algo prejudicial à sociedade, outras correntes acreditam ser ele a única forma para que a sociedade consiga prosperar e desenvolver. Este elemento é próprio da natureza humana, pois o ser humano é sociável em suas relações interpessoais e sempre existiu divergência, uma vez que, cada pessoa tem sua própria identidade, suas crenças e que

estas habitam na sociedade e em locais que não coincidem com todos outros indivíduos. O conflito em sua raiz etimológica no latim, "*conflictu*", tem como significado um desacordo, entrelaço de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas.

Nota-se então que os conflitos fazem parte do cotidiano da vida humana, e de toda e qualquer sociedade, porém torna importante entender o que os causa, como fatores corriqueiros podemos destacar a ocorrência de mudanças, a resistência a aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal e principalmente o fato do indivíduo não se colocar no lugar do outro. O tratamento dos conflitos sociais é feito pelo Estado através de suas leis positivadas. Porém, seu caráter nocivo aliado aos seus prejuízos econômicos e emocionais resulta em uma busca por novas formas de tratá-los, objetivando um menor sofrimento às partes e maior eficiência na satisfação de seus interesses.

É necessário também reconhecer a existência de um panorama de meios de abordagens das controvérsias, que conduz ao Estado a necessidade de garantir o acesso à instância jurisdicional para as partes envolvidas, mas também que possam ser encaminhadas formas diferenciadas para compor o conflito. Vale destacar que não cabe só a sociedade civil, mas também ao Estado, a tarefa árdua de prover aos jurisdicionados as mais diversas opções de solução de conflitos.

A Constituição Federal, ao ampliar a noção de acesso à justiça, incumbiu ao Poder Judiciário Nacional a necessidade de dar atendimento aos cidadãos brasileiros o maior número possível de reclamações, razão esta que os responsáveis por essa visão moderna de justiça têm o compromisso de multiplicar as portas de acesso à

proteção dos direitos lesados, dispondo vários caminhos de entrada para o Judiciário. Assim surgiu o denominado sistema multiportas, cuja finalidade é fornecer várias opções de solução de conflitos alternativamente ao acesso ao Poder Judiciário. O doutrinador Tartuce conceitua que o sistema multiportas “é o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos; tal sistema (que pode ser ou não articulado pelo Estado) envolve métodos heterocompositivos e autocompositivos, com ou sem a participação estatal.” (TARTUCE, 2018, p. 188).

Nesse segmento, encontram-se numa posição privilegiada os métodos judiciais e extrajudiciais de tratamento de conflito, que na busca destes resgatam para si a premissa do diálogo como um mecanismo de empoderamento e amadurecimento dos envolvidos no processo de resolução de conflitos, para que sejam menos formais, mais céleres, e com baixas custas processuais. Com isso, surgiram então os denominados Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs) ou Meios Alternativos de Solução de Controvérsias (MASCs) na sigla em português, ou, ainda, a expressão utilizada pelo mundo globalizado “*Alternative Dispute Resolutins* (ADRs)”, que se destacam: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Dessa forma, para Menezes e Bonfim (2008, p. 13), os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs) podem ser conceituados:

[...] como sendo as formas de promover a solução de conflitos de forma célere e precisa, com uma redução de custos tanto financeiro quanto emocional. Dessa forma, permite que, ultrapassando aquele problema existente momentaneamente, as partes continuem a realizar suas atividades sem que haja um desgaste.

Assim, os Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs) têm como objetivo buscar a solução pacífica dos conflitos, em decorrência da participação ativa dos indivíduos e procedimentos que são considerados mecanismos de solução extrajudiciais que venham facilitar o entendimento das partes diante o conflito instaurado e como resultado obter vantagens para ambos.

Ao se referir aos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias estes abrangeram diversas possibilidades para solução de conflitos, que se referem a negociação (sem interferência de terceiro), a mediação, a conciliação e a arbitragem (nessas três formas com a intervenção de um terceiro). Cada um oferecendo inúmeras vantagens sobre o método judicial tradicional, garantindo maior possibilidade de acesso e promoção de justiça para os indivíduos da sociedade.

A mediação e a conciliação poderão também ser proposta tanto em sua fase inicial, quanto no curso do processo, onde o juiz verificando a possibilidade de existir um acordo entre as partes poderá este oferecer a audiência de mediação ou de conciliação, delegando ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), a promover a interação das partes com o mediador ou conciliador para buscarem um acordo que agrade ambos.

Nesse sentido, é necessário que haja regras e disposições sobre a aplicação destes métodos, destacando as disposições do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), especificamente, no que se referem aos métodos alternativos de solução de conflitos, em seu artigo 3º e parágrafos, que dispõe:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma

da lei; §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

Portanto, é importante ressaltar que a mediação e a conciliação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, buscam reduzir os conflitos e a investitura de processos e assuntos na esfera cível, sendo se necessária, a realização de mais de uma sessão de autocomposição, para buscar um acordo de forma mais benéfica entre as partes, e que traz uma nova oportunidade para que elas se entendam, conversem e que de certa forma, compreendam o lado da outra, reduzindo consideravelmente, as custas judiciais e o tempo para a resolução do conflito.

A mediação como atividade humana tem existido desde os primórdios da vida em sociedade, para Mendonça a mediação existe “desde os tempos mais remotos em várias culturas (judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas).” (MENDONÇA, 2004, p. 142). Assim, a mediação é uma das formas mais antigas e mais naturais de solução de conflitos, porém é preciso identificar que nas últimas décadas, ela se apresenta como um fenômeno sem fronteiras, presentes nos costumes, nas religiões, na vida social, entre outros. Modernamente, a mediação vem se firmando como um modo de regulação da conduta humana, traduzindo-se, portanto, como uma nova prática social.

Em outras palavras, “mediação” indica o ato ou efeito de meditar, retratando intercessão, intervenção, intermédio e interposição. Nesse sentido, a mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para auxiliar, descomplexificar, tornar mais fácil a comunicação

entre os envolvidos e propiciar que eles mesmos possam buscar saídas produtivas para os impasses da situação.

Destaca Barbosa (2008, p. 54 apud TARTUCE, 2018, p. 188) que a mediação constitui:

[...] um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.

Dessa forma, a mediação consiste em um meio consensual, voluntário e informal de prevenção, condução e pacificação de conflitos conduzidos por um mediador; este, com técnicas especiais, atua como terceiro imparcial, sem poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que os mesmos construam pacificamente e conjuntamente a melhor solução para o conflito.

Nesse sentido, para Warat (1998, p. 31), a mediação também pode ser entendida da seguinte forma:

Um processo de construção simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude.

Dessa maneira, a mediação é uma forma autônoma de pacificação de conflitos, em que um terceiro imparcial, sem nenhum poder de decisão, auxilia as partes, restabelecendo um diálogo, com

o intuito de preservar os interesses de ambos, visando um futuro acordo que beneficie a todos, com a participação e a cooperação das partes envolvidas, onde as mesmas decidem o que for melhor para resolução de seus conflitos com total autonomia.

Na esfera pública foram traçadas diretrizes importantes pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesse tendente a assegurar a todos o direito à solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade, prevendo conjuntamente a mediação e a conciliação. Como também a Lei n. 13.140/2015 - Lei de Mediação, que considera tal meio como a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Portanto, a mediação pode ser considerada com uma ferramenta importante para a abordagem do impasse, sob diversas perspectivas, que permite encarar o conflito de maneira positiva, extraindo dele seu potencial construtivo e dinamizador das relações pessoais, sendo coerente com o estímulo da cultura da paz, com intuito de se obter uma solução consensual e satisfatória para ambos, para restabelecer o diálogo e aprimorar a convivência pós-conflito.

2.1 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

Conforme acima destacado, a mediação é um instrumento de justiça social, utilizado entre partes conflitantes, capaz de auxiliá-las a resolverem os seus problemas com total autonomia de decisão, sem a interferência de um terceiro impositor, uma vez

que os litigantes estão em um mesmo patamar de igualdade. Além de contribuir pela busca da paz social, a mediação conduz os membros envolvidos a restabelecerem um vínculo no intuito de cessar a continuidade dos conflitos sociais.

Em conjunto dos estudos, destacamos as políticas públicas, com sua importância para o desenvolvimento social de acordo com sua devida aplicabilidade. As políticas públicas são “o conjunto de ações políticas voltadas ao atendimento das demandas sociais, focadas nos resultados das decisões tomadas pelo governo.” (GHISLENI; SPENGLER, 2011 p. 21). Ressalta que não apenas o governo tem a legitimidade para instituir políticas públicas, como também outras entidades podem promover qualquer política que seja em benefício da sociedade, e que auxilie a resolução de problemas de natureza geral, fazendo com isso, que o Estado não fique exclusivamente com o poder de governança.

Por meio da redução de governança estatal, temos o aumento da participação da sociedade na criação de regras e soluções para os problemas surgidos por meio dos conflitos sociais. A sociedade está atuando de forma auxiliar ao Estado, o que torna benéfico em razão dos problemas enfrentados pelo governo em ofertar ações capazes de regular os conflitos sociais, e um tempo razoável, ou até mesmo que ocorra a satisfação e a aplicabilidade do direito.

Nessa conjuntura, cabe ressaltar que o monopólio da força estatal está se esfacelando diante da crise da legitimidade do Estado, de modo que cada vez mais se assiste à proliferação de formas alternativas de resolução de conflitos, decorrentes da falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão e da crescente fragmentação e diversificação dos interesses sociais. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 21).

Em razão da ação inconsequente do Estado, em não ser suficiente ao gerir as políticas públicas necessárias para assegurar a paz social, surgem os procedimentos capazes de resolverem os conflitos de forma mais eficaz e satisfatória para a sociedade, evitando assim que surjam novos litígios. Neste paradigma analisamos a mediação como forma de solução de conflitos particulares, que vem demonstrando como meio totalmente eficaz para se chegar a pacificação social, capaz de organizar as relações e fortalecer os vínculos entre os envolvidos no conflito.

Do lado oposto da justiça estatal, através da intervenção do terceiro, em impor uma decisão, que na maioria não atinge a sua finalidade, de pacificação ou solução do problema, a mediação apresenta como um meio consensual de abordagem de controvérsias, do qual alguém imparcial, neutro e especialmente treinado, que se denomina mediador, contribuiu com os envolvidos no conflito, para que eles próprios possam chegar a soluções aos impasses que os envolvem. Destacamos a importância do instituto ao despertar aos mediandos seus próprios recursos pessoais, propiciando oportunidades de comunicação recíproca e eficaz para que eles construam conjuntamente a melhor solução para o conflito.

A mediação é considerada como um meio de solução de conflitos em que as partes se tornam capazes de construir a solução para o conflito enfrentado, de forma rápida, ponderada, eficaz e satisfatória entre os envolvidos. Nesse sentido, "Tudo isso promove a igualdade democrática e busca minorar a diferença social existente mediante o restabelecimento das relações sociais dotadas de características morais, da mesma forma como é previsto na concepção igual de justiça." (SPENGLER, 2010 apud GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 23).

Para tanto a luz da teoria de justiça de John Rawls, será abordado com mais ênfase os contornos da pacificação social a partir de uma maneira mais incisiva, da qual permita aos envolvidos o exercício da liberdade e da igualdade.

3 A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A teoria de John Rawls, tem como objeto primário da justiça a estrutura básica da sociedade, e por isso analisamos a mediação como forma de concretizar os princípios de equidade. Salutar destacar que a todo o momento surgem conflitos de interesse individuais na sociedade, e com isso obsta a manutenção da paz social, tornando o conflito elemento natural e iminente nas relações interpessoais. O único fato de o Estado criar padrões normativos, não é suficiente para evitar sua ocorrência, como também é necessário criar meios adequados para a resolução das controvérsias.

Contudo o fator da existência crescente dos conflitos não pode ser considerado algo prejudicial, pelo contrário, apresenta como pluralidade de convicções existentes na sociedade, tendo como consequência o desrespeito mútuo às relações coletivas. Porém o conflito transforma o indivíduo, que traz consequências fortalecedoras ou enfraquecedoras, mas que promove a integração social. Assim os conflitos podem ser uma oportunidade de correção de eventuais desvios de conduta social, sendo assim um fator de desenvolvimento e integração coletiva. Para tanto é necessário analisar a indispensável aplicação dos mecanismos de soluções de controvérsias, para restabelecer a relação entre os indivíduos.

Desta maneira, Ghisleni e Spengler (2011, p. 25) descrevem:

Com efeito, estar em conflito – apenas uma das possíveis formas de interação humana – não deve ser visto de uma forma negativa; ao contrário, ele não passa de “uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio conflito é um ato de reconhecimento”. Logo, pode produzir, ao mesmo tempo, transformações nas relações daí resultantes, classificando-se como um processo dinâmico das relações sociais, qualificando e influenciando nos movimentos dos indivíduos.

Neste contexto, a mediação se apresenta como mecanismo capaz de garantir a celeridade e a satisfação das partes na resolução de litígios, de modo democrático, de forma a diminuir os custos e os danos psicológicos dos envolvidos, com o intuito de substituir a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção imposta pelo Estado. Ao mesmo tempo em que estamos diante dos conflitos, é importante destacar a necessidade de política pública solidificadora disposta na teoria da justiça criada por Rawls, uma vez que sua utilização prevê a manutenção da liberdade dos conflitantes, primando pela sua igualdade e buscando a redução da desigualdade social oriunda da litigiosidade.

O instituto da mediação é um instrumento de justiça social capaz de organizar as relações sociais e ajudar as partes de um conflito, a resolverem seus problemas com total autonomia, de forma que a escolha seja apenas dos envolvidos, para que haja a restauração do convívio. A mediação é um método não adversarial, de suma importância, caracterizada como um gênero da justiça consensual, que permite a intervenção de um terceiro ora mediador, considerado como um conselheiro, que autoriza as partes a gerir sobre seus próprios conflitos.

No entanto, a mediação não pode ser considerada apenas como meio de proporcionar um acordo, como produto final de sua concretização, ela se propõe, principalmente em se tratando de relações contínuas, a restaurar o vínculo afetivo entre os envolvidos, bem como reorganizar as relações para a manutenção da harmonia coletiva, reaproximando as partes. Não é apenas importante o acordo entre as partes, mas sim a necessária restauração da comunicação entre os envolvidos.

Através desta característica da mediação, em restabelecer a igualdade democrática entre as partes conflitantes, buscando assim minorar a desigualdade social, restabelecendo as relações sociais, nos deparamos com a mesma concepção de justiça, disposta por Rawls. Sendo a mediação uma forma de concretização dos princípios da justiça, por ser considerada um método justo para as partes envolvidas no litígio, já que não há uma imposição de decisão pelo poder público, ao contrário, visa dar às partes autonomia na resolução do conflito, solução baseada na igualdade, autonomia e cidadania. A mediação permite colocar as pessoas com condições sociais diferentes em posição inicial de igualdade, capaz de assegurar igual oportunidade de influência na construção da solução.

Apesar da mediação ser um instrumento que outorga a legitimidade para as partes conflitantes, de resolverem seus conflitos de forma autônoma, não descartamos o vínculo de conexão importante existente entre a sociedade e o Estado. O que se busca é desburocratizar a maneira das resoluções dos conflitos, através de novas práticas consensuais. Assim o Estado estimula e coordena as experiências enfrentadas pela sociedade, bem como resguarda a autonomia dos envolvidos na solução dos conflitos. Por isso tratamos algo de suma importância ao mencionar a mediação

como política pública capaz de auxiliar a sociedade em suas relações sociais.

Desta forma a mediação enquanto política pública é um mecanismo que auxilia a sociedade na manutenção da paz social, evitando e prevenindo a permanência dos conflitos, e com isso não há desestruturação nem tampouco a desorganização social. Assim como os princípios da justiça na concepção de Rawls, que aplicado nesta estrutura social, distribui direitos e obrigações e assegura liberdades básicas aos cidadãos, evitando e prevenindo o surgimento de novos conflitos.

Por isso, é importante a realização da mediação como política pública para auxiliar o fortalecimento das relações inter-humanas. Destarte, devem os núcleos de mediação buscar sempre um contato com instituições estatais, criando uma rede de múltipla intercomunicação, da mesma forma que o Estado deve também manter contato efetivo com tais núcleos, contribuindo com o desenvolvimento interpessoal e gerando uma articulação entre diversos agentes coletivos. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 25).

Nesse sentido, consideramos a mediação como uma importante ferramenta de solução de conflitos, capaz de auxiliar na manutenção da paz social, que se desenvolve por meio de técnicas que a coloca em estreita relação com os valores da liberdade e da igualdade apresentados pela teoria de equidade de John Rawls.

CONCLUSÃO

A teoria da justiça fundamentada por Rawls prevê como base dois princípios que consistem na distribuição igual de bens primários, a liberdade e igualdade democrática. Mesmo sob essa análise de concepção de justiça, nada impede o surgimento de conflitos

sociais, oriundos em uma sociedade em constante evolução. Para Rawls os valores da igualdade e da liberdade são indispensáveis à concretização dos chamados princípios da justiça.

O conflito é considerado como uma maneira do cidadão estar permanentemente em interação humana, sendo um processo dinâmico das relações sociais que transforma o indivíduo. Normalmente a resolução dos conflitos ocorre pela atuação do Estado, que determina as regras, estipula o Direito do cidadão e conseqüentemente havendo a infração da lei, aplica a norma ao caso concreto.

A norma surge para combater e solucionar as condutas dos indivíduos, que não cumprem com o seu papel de cidadão. Nem sempre a criação de normas para o estabelecimento de padrões de conduta é suficiente para evitar a ocorrência do desacordo, e por isso torna necessário que a sociedade desenvolva e aplique regras para a pacificação social. Desta maneira a mediação surge como instrumento alternativo de solução de conflitos, com a finalidade de garantir autonomia para as partes em solucionar os impasses sem a interferência do Estado.

Através da indagação apresentada neste estudo, se a mediação enquanto política pública pode ser considerada como instrumento de concretização dos princípios da igualdade e da liberdade criados por John Rawls, afirma-se que a mediação almeja de forma democrática a construção de uma decisão (acordo) e não uma imposição (sentença) coercitiva, imposta por um terceiro imparcial. O intuito é preservar a liberdade e a igualdade entre as partes conflitantes, na busca pela manutenção da estrutura básica da sociedade, tornando os envolvidos capazes de sozinhos chegarem a um consenso que melhor se adapta a realidade existente.

Assim, a mediação torna uma política pública eficiente restauradora das relações sociais, reconhecida como mecanismo alternativo de solução de conflitos, de caráter humano e cidadão. A mediação concede às partes a liberdade para construir em conjunto a solução mais justa ao conflito, o que coloca os envolvidos em igualdade de oportunidade para dispor seus interesses em respeito às diferenças.

Conjuntamente com o mediador, as partes conflitantes têm a liberdade e autonomia de formalizarem um acordo de maneira equilibrada e harmônica, com isso, preservando a igualdade, a liberdade e diminuindo as desigualdades. A mediação é uma política pública de concretização dos princípios da justiça, fundamentados por Rawls.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Ana Paula Rocha; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. **MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça como equidade na teoria de John Rawls: a mediação enquanto política pública de sua concretização. **Revista Desenvolvimento em questão**, v. 9, n. 18, p. 5-29, jul./dez. 2011.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. São Paulo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 1, n. 3, p. 142-153, set./dez, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2018.

WARAT, Luís Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

DIREITO À MORADIA: POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Anny Caroline Sloboda Anese¹

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e suas emendas trouxeram em seu bojo um rol de direitos individuais e coletivos a serem efetivados, tendentes ao propósito de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, atribuindo ao Estado o dever de tutelar e garantir a eficácia e o exercício dos direitos fundamentais a todos.

A necessidade de garantir o direito social à moradia e promover a dignidade da pessoa humana têm sido crescente ao longo dos anos, seja em virtude da grande desigualdade social vivenciada no Brasil, seja pelo déficit habitacional crescente observado.

Fontes diversas relatam que se estima que, no Brasil, cerca de mais de 60% dos seus imóveis urbanos possuem alguma irregularidade fundiária e aproximadamente 100 milhões de pessoas moram em imóveis irregulares e estão privadas de algum tipo de equipamento urbano ou comunitário.

Consoante pesquisa divulgada em 2018 pela Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional no Brasil aumentou de 6 milhões e 68 mil moradias, em 2014, para 6 milhões e 355 mil em 2015.

Em que pese o direito à moradia ser um direito social constitucionalmente previsto, os números demonstram que as

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Oeste de Santa Catarina; Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad do Museo Social Argentino; Especialista em Direito Público, Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhuangera Uniderp; Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Tabeliã e Registradora; annycaroline7@hotmail.com

políticas públicas por parte do Estado se revelam ineficientes a diminuir o déficit habitacional.

A efetividade no planejamento e execução das políticas públicas está diretamente ligada à concretização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, principalmente no que se refere ao direito à moradia.

O objetivo do presente artigo é analisar a importância e a necessidade de ações públicas mais eficientes para concretizar o direito social à moradia, e, a partir do prisma teórico de justiça apresentado por John Rawls, compreender como a concepção teórica defendida pelo autor contribui para o direcionamento da distribuição de bens primários, a fim de garantir o mínimo existencial ao indivíduo.

A partir de sua teoria, propõe-se a reflexão sobre a necessidade de promover o bem estar social das classes menos favorecidas e como garantir o acesso à moradia se demonstra importante no processo de redução das desigualdades sociais.

Metodologicamente, o estudo será uma análise teórico-normativa, utilizando-se de estudos interdisciplinares nas doutrinas de Filosofia de Direito e Direito Constitucional, principalmente.

Primeiramente, serão abordados os principais dispositivos legais pátrios e documentos internacionais de que consagram e conceituam o direito à moradia. Posteriormente, será analisada a teoria de justiça na concepção do filósofo Rawls, explorando seu ideal de justiça alicerçado na equidade e na distribuição satisfatória de bens primários aos indivíduos.

Dentre as teorias que poderiam ser tratadas para o aprofundamento do trabalho, o intuito em trazer a teoria de John Rawls à discussão é demonstrar como sua teoria pode ser interpretada como protetora dos direitos fundamentais, seja por

conjugar dois ideais políticos valorosos (liberdade e igualdade), seja por denotar preocupação com as classes sociais menos abastadas.

A teoria da justiça como equidade de Rawls consegue ofertar uma fundamentação densa para se concretizar este direito fundamental, uma vez que se baseia em uma ideia de justiça distributiva, que atribui ao Estado o dever de se preocupar com a distribuição dos bens primários, diminuindo as desigualdades sociais e econômicas de modo que se estabeleçam políticas públicas para o máximo benefício possível dos mais desfavorecidos socialmente.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

As cidades e moradias definem o indivíduo de muitas maneiras e são determinantes em diversos fatores, principalmente para educação e oportunidades de empregos. Elas definem a capacidade de se levar uma vida saudável e o nível de engajamento na vida coletiva de uma comunidade. A moradia adequada é um direito humano universal e precisa estar no centro da política urbana (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Atualmente o direito à moradia tem sido tema central das grandes cidades brasileiras que tiveram seu crescimento desordenado, que buscam, de diversas formas, diminuir o déficit habitacional e melhorar as condições de vida da população.

Este déficit habitacional é resultante de uma soma de diversos fatores, dos quais podem ser destacados: o crescimento desenfreado das cidades, ocupação desordenada do núcleo urbano, valores excessivos para aquisição de bens imóveis e de aluguéis, habitações precárias, coabitação familiar e falta de estruturas básicas de responsabilidade do poder público.

Apesar de existirem no ordenamento jurídico diversos instrumentos para acesso à moradia, dos quais podemos citar a concessão de uso especial e as zonas especiais de interesse social, esses métodos por si só não concretizam o direito à moradia.

O direito à moradia, assentado nos princípios fundamentais da cidadania e na promoção da dignidade da pessoa humana, é considerado direito social, e sua inclusão neste rol se deu em 14 de fevereiro de 2000, com a Emenda Constitucional nº 26 (BRASIL, 2018b).

Está previsto no art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 2018a).

Antes mesmo de estar previsto expressamente na Constituição, o direito à moradia já era reconhecido como um direito social a ser observado pelo Estado.

Nelson Saule Júnior (2004, p. 166) assevera que:

[...] se havia alguma dúvida da comunidade jurídica quanto à questão de o sistema constitucional brasileiro reconhecer o direito à moradia como um direito social, a sua previsão expressa no texto constitucional elimina tal dúvida e impõe a sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento.

O Brasil ao longo dos anos, antes mesmo do direito à moradia estar expressamente elencado como direito fundamental, promulgou diversos tratados e convenções internacionais, que de forma direta ou indireta, tratavam da importância do direito de moradia. Pode-se citar como exemplos: a) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que

teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional em 21 de junho de 1967 e foi promulgada em 1969; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada em 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais promulgado através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992; d) Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, promulgada em 2002.

Em 1991, a Comissão das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, buscou estabelecer padrões e características que devem ser observados pelos países acerca do direito à moradia. O Comentário Geral 04/1991, de 12/12/1991, aduz que o direito à moradia não deve ser interpretado restritivamente, mas sim, visto como o direito a um lugar onde seja possível viver em segurança, em paz e com dignidade. Também não deve ser interpretado isoladamente, pois está inteiramente ligado a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais, decorrentes deste (NAÇÕES UNIDAS, 1991). Ademais, exige que o direito à moradia deva ser assegurado a todos sem discriminação alguma com base nos rendimentos ou no acesso a outros recursos econômicos (NAÇÕES UNIDAS, 1991).

O Comentário 04/1991 ainda estabelece que por moradia adequada se compreenda um lugar que forneça ao indivíduo intimidade suficiente, espaço adequado, segurança, iluminação e ventilação suficientes, infraestruturas básicas e localização adequada relativamente ao local de trabalho e aos serviços essenciais – tudo isto a um custo razoável para os beneficiários (NAÇÕES UNIDAS, 1991). Em síntese, o direito à moradia deve assegurar condições mínimas existenciais para que o indivíduo possa se desenvolver e usufruir de uma vida digna.

A amplitude do conceito de direito à moradia observado pela Comissão das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais evidencia a necessidade de políticas públicas efetivas por parte do Estado, visto que a maioria das características atreladas à ideia de moradia digna decorrem da atuação do poder público.

Grande parte das medidas exigidas pela Comissão envolvem a afetação de recursos econômicos e iniciativas políticas de uma forma geral. Dependem prioritariamente da ação do Estado para uma moradia digna, o fornecimento de água potável, energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo, serviços de saúde e educação, policiamento, regularização fundiária, iluminação pública, dentre outros.

De acordo com a Constituição Federal Brasileira, compete ao Estado a obrigação de promover ações a fim de efetivar o direito à moradia e assegurar a dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 23, IX:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. (BRASIL, 2018a).

Neste contexto, o STF fixou entendimento que a inércia do Estado em adimplir as imposições constitucionais, possibilita que o poder judiciário determine ao poder executivo e legislativo a implementação de políticas públicas pelos órgãos competentes, como se abstrai do ARE 639337 de 2011 e do ARE 1018103 de 2018:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses

de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...]

O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional [...] (BRASIL, 2011).

É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia (BRASIL, 2018c).

As decisões judiciais citadas demonstram que há necessidade de judicialização do cidadão para garantia dos direitos fundamentais, que advém principalmente pela falta de efetividade ou omissão do Estado em fomentar políticas públicas voltadas ao direito à moradia.

Robert Alexy assevera que é direito do indivíduo de obter do Estado a prestação dos direitos fundamentais sociais, quando este não possuir condições de obter uma moradia:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2011, p. 499).

Assim, é perfeitamente aceitável que em face ausência de políticas públicas por parte do poder Executivo e Legislativo, seja possível que o cidadão recorra ao poder Judiciário para que o direito fundamental à moradia seja efetivado.

Neste contexto, Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre a efetividade da constituição, pontua que dentre os pressupostos indispensáveis a este fim, impõe-se ao Poder Público vontade política, traduzido em uma determinação concreta em tornar realidade os comandos constitucionais previstos, assim como é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais (BARROSO, 2010).

Diante da a atual governança pública do Brasil, o direito fundamental à moradia inserido na constituição possui efetividade no mundo real ou é apenas idealismo jurídico que embeleza o ordenamento hodierno? As ações da União, Estado, Distrito Federal e Municípios são suficientes para garantir o acesso ao cidadão à moradia digna aos menos favorecidos ou as políticas públicas se revelam ainda intimistas, ineficientes e largamente criticadas por uma sociedade capitalista?

Neste contexto, revela-se a importância da análise do pensamento de John Rawls, presente na sua obra *Uma Teoria da Justiça*, pela forma com que ele aborda a ideia de uma justiça distributiva, com ênfase numa atuação estatal que deve atender os interesses de toda a sociedade, especialmente os das classes sociais menos favorecidas.

2 DIREITO À MORADIA E A TEORIA DE JUSTIÇA RAWLSIANA

Conforme visto, o direito à moradia visa não apenas a salvaguarda de um lugar para habitar, mas, em um sentido mais amplo, busca oferecer dignidade ao indivíduo, e com isso reduzir as desigualdades sociais.

O respeito e a proteção da dignidade humana se manifestam na preservação da vida humana com qualidade de vida, de forma que é dever do Estado promover políticas públicas que tenham como escopo principal a vida, a educação, a saúde, a segurança, o bem estar social e a moradia digna.

A falta de moradia de grande parte da população brasileira está intimamente ligada à ineficácia das políticas públicas voltadas à concretização desse direito fundamental. São vários os entraves para a efetivação do direito fundamental à moradia, dentre eles podem ser citados os custos para sua concretização, a falta de recursos financeiros e humanos para implementação e organização de programas habitacionais, má distribuição no orçamento do Estado, sob a tutela da reserva do possível em contraposição ao mínimo existencial.

O fomento de políticas públicas se apresenta como uma das formas de se buscar a promoção da dignidade da pessoa humana e oferecer ao cidadão condições de vida adequada, garantindo um patrimônio mínimo para que o cidadão possa estabelecer sua moradia, e, a partir daí, atender suas necessidades fundamentais.

Quando se fala em incentivos ao direito à moradia, programas habitacionais, reforma agrária, regularização fundiária, dentre outros instrumentos voltados à moradia, corriqueiramente se observa questionamentos da sociedade, de uma forma geral, sobre a efetividade dessas políticas públicas e o quanto estas ações

voltadas a classes menos favorecidas parecem justas, visto que grande parte dos recursos oriundos para realização de programas habitacionais tem origem nos pagamentos de impostos realizados pela sociedade como um todo.

A destinação de recursos públicos, sempre tão escassos, faz instaurar situações de conflito, especialmente quando estes recursos não são suficientes para atender todas as demandas da sociedade e executar políticas públicas voltadas a garantir os direitos sociais constitucionalmente previstos, levando o Estado o encargo de escolher como melhor alocar o dinheiro público.

Em sede de insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, cabe ao Estado observar o interesse da totalidade dos cidadãos, de uma forma geral e mais abrangente, ou poderia dispor de seu patrimônio e recursos – pertencentes à coletividade – para suprir as necessidades relativas à moradia de parcela menos favorecida da sociedade?

À primeira vista, pode se pensar que a resposta mais adequada a este questionamento é que o Estado aloque os recursos de forma a beneficiar mais ampla a sociedade. Porém, sob outro prisma, pode ser considerado que o parâmetro das decisões do Estado deve ser fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, e levando-se em conta a intangibilidade do mínimo existencial, o direito fundamental à moradia deve ser priorizado.

A resposta a este e tantos outros questionamentos relacionados a políticas públicas que visam garantir direitos sociais, partem do pressuposto de quais princípios nos parecem justos na sociedade em que vivemos.

Provavelmente grupos de indivíduos de classes diferentes teriam dificuldades para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que se baseiam e refletem sua posição

social, diversos interesses e crenças morais e religiosas (SANDEL, 2015).

John Rawls argumenta que o ponto de vista de nossas respostas depende da maneira pela qual podemos entender a justiça, e é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade que chegaríamos mais próximos do conceito do que é justo ou injusto.

Para o filósofo americano, a justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem esses direitos e deveres fundamentais, das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade (RAWLS, 2008).

A teoria de John Rawls estabelece o conceito de justiça baseado na equidade, devendo as relações jurídicas serem vistas com imparcialidade, ou seja, sem levar em conta os interesses individuais, prioridades pessoais ou preconceitos. Na justiça como equidade, a posição original de igualdade corresponde ao estado da natureza na teoria tradicional do contrato social (RAWLS, 2008).

Na situação hipotética criada por Rawls, as partes estariam cobertas pelo “véu da ignorância”, o que significa que elas não sabem como as várias alternativas irão afetar sua situação pessoal, e, então, com imparcialidade seria possível definir princípios justos em uma sociedade. Sob o “véu da ignorância”, temporariamente não saberíamos quem realmente somos, qual categoria pertencemos, qual é nosso status social, que classe social ou gênero pertencemos e desconhecemos nossa raça ou etnia, nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Tampouco conhecemos nossas vantagens ou desvantagens, se somos saudáveis ou possuímos alguma necessidade especial, se temos alto grau de escolaridade ou se somos analfabetos, se nascemos em uma família estruturada ou em uma família desestruturada. Se não possuíssemos essas

informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade e os princípios escolhidos seriam justos (SANDEL, 2015).

Dessa forma é que John Rawls entende um contrato social, como um acordo hipotético em uma posição original de equidade. Sua teoria nos convida a raciocinar sobre os princípios que nós — como pessoas racionais e com interesses próprios — escolheríamos caso estivéssemos nessa posição (SANDEL, 2015). A posição original seria o *status quo* inicial apropriado para definir o que é ou não justo, e quais escolhas podem ser consideradas equitativas.

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético: o primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos e o segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Os princípios de justiça defendidos devem ainda ser interpretados e aplicados com regras de prioridade, da seguinte forma:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73).

Já a formulação definitiva dos princípios é acrescida de duas regras de prioridade:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)

Os princípios da justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade.

Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade.

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar)

O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio de eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos: (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo. (RAWLS, 2008, p. 376).

Na situação fática, é evidente que uma série de fatores podem afetar a distribuição de bens e riquezas na sociedade e gerar desigualdade de oportunidades, seja por força dos talentos naturais (inteligência, aptidão física, dentre outros), sociais (renda e posição social) ou de características pessoais (idade, gênero, raça, etnia etc.), de forma a conduzir a situação que certa parcela da sociedade não tenha acesso a uma moradia digna.

Com efeito, Rawls revela não só preocupação com a proteção das liberdades básicas dos cidadãos, mas com o real exercício dessas liberdades, condição que somente pode ser atendida através

da garantia de um mínimo social. Assim, é preciso que o Estado busque garantir a todos os cidadãos o mínimo para que possam desenvolver e ter uma vida digna, uma vez que o fluxo normal da estrutura básica da sociedade tende a privilegiar determinados talentos e habilidades.

Neste contexto, Rawls (2008, p. 8) sustenta que:

A estrutura básica é o principal objeto da justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início. Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades muito profundas. Além de universais, atingem as oportunidades iniciais de vida; contudo, não podem ser justificadas recorrendo-se à ideia de mérito.

Para ilustrar esta desigualdade de oportunidades, ainda observada nos dias de hoje, recente estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA –, sobre a situação social da população negra por Estado, revela que as desigualdades raciais são preponderantes em diversas situações, como o direito e acesso a condições dignas de moradia.

Da análise do referido instituto importante destacar que:

As desigualdades raciais são importantes em todas as situações, ou seja, as famílias chefiadas por brancos apresentam maior incidência de moradias em situação adequada, se comparadas com as moradias chefiadas por negros, em qualquer localização. [...] Entre 2001 e 2012 houve um notável progresso em matéria de condições de moradia, com redução no padrão de desigualdade racial por situação de domicílio. Negros apresentaram uma evolução mais pronunciada que a dos brancos, e as regiões não metropolitanas uma

evolução mais acelerada que as metropolitanas. Cabe acrescentar que as condições de moradia é tema que ainda requer atenção, pois apenas 50,8% das moradias se encontravam em condições adequadas em 2012, contra 33,7% em 2001, segundo os critérios do IBGE. A situação social, quando o foco é a família e o domicílio, evoluiu nitidamente entre 2001 e 2012, e essa evolução foi mais pronunciada para a população negra. As diferenças persistem, evidenciando que os esforços de universalização das políticas públicas não se mostram suficientes quando se trata de combate às desigualdades raciais. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2014, p. 18).

Na visão de John Rawls, uma das medidas para remediar essa injustiça seria corrigir as diferenças sociais e econômicas, indo além da igualdade de oportunidades meramente formais. Seria necessário dar condições para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas, fomentando o acesso à educação, programas compensatórios de nutrição e de saúde para a infância, programas educacionais e de treinamento profissional (SANDEL, 2015).

Assim, não menos importante seria efetivamente possibilitar o acesso à moradia a quem precisa, o que garante que o indivíduo possa se desenvolver com o mínimo de dignidade, em condições adequadas, com um local apropriado para residir, descansar e desenvolver suas habilidades.

Também a teoria de Rawls trata sobre o denominado princípio da diferença. O princípio da diferença se traduz na máxima que só seriam permitidas as desigualdades sociais e econômicas que visem o benefício dos membros menos favorecidos da sociedade (SANDEL, 2015). Por sua vez, o princípio da diferença é aplicável à distribuição dos bens primários em geral, devendo-se entender por

bens primários “direitos, liberdades e oportunidades, bem como renda e riqueza.” (RAWLS, 2008).

Por fim, se abstrai da teoria de Rawls que este coloca o indivíduo em posição de supremacia, de forma a resguardar o mínimo de bens essenciais, como saúde, educação, moradia, trabalho, e outros direitos fundamentais, que são imprescindíveis para uma vida digna, permitindo diferença na distribuição de direitos, liberdades e oportunidades quando a desigualdade beneficiar ao máximo os membros da sociedade menos favorecidos.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objeto de estudo a análise da possibilidade de se defender a efetivação plena do direito à moradia, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a partir da concepção filosófica de justiça de John Rawls.

Ao elevar o direito à moradia como direito fundamental social, surge ao Estado o dever legal de realizá-lo de forma satisfatória por meio de políticas públicas eficientes, com a finalidade de diminuir o déficit habitacional e as desigualdades sociais observadas no Brasil. A constitucionalização do direito à moradia trouxe a responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo em efetivar este direito de modo a atender satisfatoriamente as necessidades do indivíduo, cabendo ao Poder Judiciário observar a realização plena deste bem jurídico quando provocado. Objetivamente, condições dignas de moradia dependem do atendimento de outros direitos fundamentais correlatos, como segurança, iluminação e outras infraestruturas básicas.

Como visto, a realidade do Brasil denota que ainda há um número expressivo de pessoas que vivem em condições de vulnerabilidade e essas desigualdades sociais presentes em uma sociedade capitalista traz a reflexão de como os recursos tem sido alocados para garantir os direitos básicos de sobrevivência das classes menos favorecidas.

A teoria da justiça de John Rawls é de extrema relevância para os debates que envolvem ações públicas nos dias atuais, pois, além do sentido normativo (dever legal do Estado), há um prisma político e moral a ser observado, com vistas à garantia de que todos os cidadãos possam viver com o mínimo de dignidade.

O fato de a teoria de Rawls encontrar ponto de ligação com a ideia de assegurar ao indivíduo o mínimo existencial, é que se faz relevante sua teoria para compreensão da necessidade de fomento de políticas públicas, com o intuito de o direito fundamental à moradia ser garantido.

Como exposto, a concepção de justiça sob a ótica de John Rawls pressupõe uma justiça distributiva dos bens sociais primários, para que uma pessoa possa realizar seu projeto de vida e que cada vez mais possa se almejar uma sociedade mais justa e igualitária.

O filósofo americano propõe uma ideia de justiça baseada em critério de equidade, em um contrato social cujo objeto é um acordo mútuo por pessoas que se encontram em condições de igualdade, e em razão disso seriam capazes de escolher adequadamente os princípios norteadores de uma sociedade.

Dentro dos princípios da justiça como equidade, se destaca o princípio da diferença, que permite compreender a necessidade de adoção de políticas que ampliem, dentro de certa razoabilidade, as oportunidades dos grupos menos favorecidos e que vivam em alguma situação de vulnerabilidade.

Primordialmente se destaca na teoria da justiça na perspectiva de John Rawls que a partir dos princípios de justiça deve ser garantido ao cidadão o mínimo existencial, que nos dias de hoje se traduz em acesso aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos.

O direito à moradia, enquanto bem humano fundamental, deve ser garantido pelo Estado aos cidadãos, principalmente às classes menos favorecidas, de modo a permitir que possam, a partir da moradia, desenvolver e buscar melhores condições de vida.

Em face de todo o exposto, o direito fundamental à moradia revela-se um direito subjetivo àqueles que, em virtude de situações de vulnerabilidade social ou por motivo de fatos relacionados a manifestações da natureza, não tem condições, dentre os diversos fatores, de obter um lugar digno para habitar, sendo permitido compreender que é obrigação do Estado a efetivá-lo, resguardando, assim, a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é dever constitucional expressamente previsto que o Estado fomenta, desenvolva e priorize políticas públicas habitacionais. Mas não somente em um conceito mais amplo, não basta apenas um teto para habitar, é preciso que a moradia seja digna e adequada, que forneça ao indivíduo um espaço adequado, segurança, iluminação e ventilação suficientes, infraestruturas básicas, e acesso a outros serviços essenciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. **Vade Mecum Saraiva**. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 1018103 AgR. Relator(a): Min. Edson Fachin, 27 de abril de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5111620>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 639337 AgR. Relator(a): Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 177, 14 set. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 19 abr. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Situação social da população negra por Estado**. Brasília, DF: IPEA, 2014. Disponível em: https://www.mppma.mp.br/arquivos/CAOPDH/livro_situacao-social-populacao-negra_por_estado__IPEA_2014.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Comentário geral n.º 4: artigo 11.º, número 1 (relativo ao direito a alojamento adequado. *In*: NAÇÕES UNIDAS. **Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos**. Timor Leste: Nações Unidas, 12 dez. 1991. p. 110–115. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **ONU-HABITAT**. Moradia adequada deve estar no centro das políticas urbanas, diz ONU no Dia Mundial do Habitat. [S. l.]: Nações Unidas, 4 out. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/moradia-adequada-deve-estar-no-centro-das-politicas-urbanas-diz-onu-no-dia-mundial-do-habitat/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. São Paulo: Safe, 2004.

O DIREITO À MORADIA E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA A PARTIR DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS

Bernardo Duarte¹

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) previu o direito à moradia explicitamente por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 10 de fevereiro de 2000, incluindo-o no seu artigo 6º. Ela estabeleceu ainda, que é dever do Estado, nas suas três esferas, promover os programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX). A promessa constitucional para oferecer moradia aos brasileiros, principalmente àqueles mais necessitados, muitas vezes não é efetuada de forma adequada, conforme será demonstrado ao longo do texto. Por isso a necessidade da reflexão sobre o modelo habitacional adotado em perspectiva com a teoria da justiça de John Rawls, a fim de responder se o atual panorama da habitação brasileira distribuiu de maneira justa a moradia aos seus cidadãos.

Na primeira parte, será visto como o autor construiu seu raciocínio para chegar a uma “justiça como equidade”. Nela será destacado o papel da justiça e a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos, deveres fundamentais e a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Será possível entender que, para atingir um nível aceitável de justiça na

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes; Procurador Municipal de Chapecó e Advogado; bernardoduart@gmail.com.

visão rawlsiana, é preciso explorar o modo como as pessoas têm acesso aos bens básicos da sociedade, tal qual o direito à moradia.

Passo seguinte, propõe-se a análise sobre o quadro da habitação brasileira (fatores históricos) e sua satisfação efetiva aos cidadãos no atual padrão de distribuição de moradia. Como ponto de partida, propõe-se uma indagação sobre o que seria uma moradia digna. A construção do raciocínio sobre o tema será feita sob a ótica da destinação (função), contrastando os aspectos individuais e coletivos, pois do contrário seria demasiadamente abstrata a reflexão. Quanto à dimensão coletiva, ficará clara a sua importância, uma vez que retrata o espaço territorial e as condições do local e da localização. Esses elementos evidenciarão, pois, a utilidade do planejamento habitacional urbano como instrumento contemporâneo para a busca da satisfação da moradia digna.

Por fim, a partir do princípio da diferença insculpido por John Rawls, será explorada a interpretação das necessidades, sob a forma de recursos básicos. Essa interpretação das necessidades que encontra sua estrutura orientadora nos princípios da justiça, especificamente no segundo elaborado por ele, trata as desigualdades sociais e econômicas sob a perspectiva da justa distribuição. De modo que, para que seja considerada como vantajosa, a distribuição de direitos e deveres deve estar dentro dos limites do razoável e vinculada a posições e cargos acessíveis a todos.

Nessa toada, sustenta-se a tese segundo a qual, se levada a cabo a cooperação social equitativa de Rawls, é possível a redução das desigualdades sociais quanto à renda e à riqueza, equacionando os bens primários de que dispõem os menos favorecidos. Outrossim, defende-se que às instituições deve se impor o papel de harmonizar

os conflitos entre a lei e a realidade, como forma de promoção da distribuição equânime da moradia.

As razões para sustentar esta tese estão centradas no modelo de distribuição justa dos bens proposta por Rawls, pouco explorada no âmbito do direito à moradia: a) utilizar a justiça como equidade para oferecer bens básicos às pessoas; b) pensar a distribuição destes bens a partir da sua destinação (função) para satisfação da moradia e não como um simples ativo financeiro; c) fazer uma interpretação das necessidades sob a forma dos recursos básicos orientada pelos princípios da justiça, principalmente sobre a justa distribuição.

1 A TEORIA RAWLSIANA E O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

A teoria da justiça criada por John Rawls em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, publicado em 1971, propõe que os princípios da justiça dentro da estrutura básica da sociedade devem partir do consenso original,² local em que “as pessoas livres, racionais e preocupadas em promover seus interesses aceitam esses princípios numa posição de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.” (RAWLS, 2008, 12). Para isso, é definido o papel da justiça e a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos, deveres fundamentais e a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

É verdade que à época da publicação da obra o principal alvo a ser atingido era a concepção de justiça utilitarista³ que

² Esta é uma proposta de abstração figurativa do pensamento, elevando-o a um estágio de neutralidade, também chamado de “véu da ignorância”.

³ Explica Freeman (2007) que Rawls tinha como objetivo em sua Teoria generalizar e levar a uma ordem superior de abstração a teoria tradicional do contrato social representado por Locke, Rousseau e Kant. Ele ressalta que por de trás do “véu da ignorância”, os princípios da justiça são considerados por Rawls como preferíveis aos utilitaristas, ou seja, propõe uma revisão destes (FREEMAN, 2007).

predominava na teoria política anglo-saxã, cujo princípio maior era a promoção da maior felicidade do maior número possível de pessoas. A crítica ética apresentava problemas que foram destacados pelo autor, como o fato de haver um conceito de justiça que andasse a reboque do bem (no caso, a felicidade) ou de considerar o bem-estar geral, mas não individual (ou o indivíduo como pessoa, diferente dos demais).

Daí surgiu uma alternativa a esta corrente de pensamento proposta por Rawls, na qual o justo pudesse existir independentemente do bem e não estar subordinado a este. É dizer: uma teoria deontológica, em que a justiça seria uma virtude, cuja concepção mais racional é aquela na qual todos aceitariam se estivessem em condições de igualdade uns para com os outros. O objetivo é a redistribuição de bens primários, que são a base das expectativas, uma vez que eles:

[...] são coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importa o que mais ele deseje. [...] Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles. (RAWLS, 2008, p. 97-98).

Busca-se integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais, transformando-as em modelo para os governos socialdemocratas que se instalaram no mundo ocidental. Rawls propõe uma alternativa intermediária, que não é nem caracterizada por um liberalismo extremo, nem por um socialismo ortodoxo; desenvolve, em verdade, uma posição particularizada (democracia alternativa), na qual faz um amplo espectro de reflexões fundado na equidade para orientar a ação

política e a escolha em sociedades democráticas (NUNES JUNIOR, 2005).

A teoria rawlsiana adota algumas premissas, como a que pressupõe, para que haja uma sociedade bem ordenada e regulada por uma concepção pública de justiça, que todos os indivíduos aceitam e sabem que outros aceitam os mesmos princípios de justiça. Para isso, coloca (fictamente) os indivíduos na posição originária, vestidos com o véu da ignorância, os quais escolheriam os seguintes princípios, a fim de obter uma sociedade livre justa: 1) igual liberdade para todos (direitos civis e políticos); 2) as desigualdades econômicas são legítimas se: 2.a) princípio da diferença; 2.b) igualdade de oportunidades (RAWLS, 2008). Trata-se de uma justiça interpretada a partir de princípios básicos, demandando escolhas dos princípios da justiça no acordo original por pessoas livres, racionais e em posição inicial de igualdade, para reger os acordos subsequentes.

Estabelecida a “posição original”, proceder-se-á à formação de uma convenção constituinte que decidirá sobre a justiça das diversas formas políticas e aprovará uma Constituição, a qual determinará um sistema de poderes políticos constitucionais e os direitos básicos dos cidadãos, respeitados sempre os princípios da justiça já adotados na “posição original”. Nesse sentido, para o desenvolvimento de uma Constituição justa, é necessária a livre atividade política destinada às ordenações adequadas aos princípios da justiça (NUNES JUNIOR, 2005).

Rawls apresentou uma relação entre liberdade e igualdade, desenvolvendo uma concepção de justiça distributiva calcada em dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. A interpretação dada por ele ao primeiro princípio encontra sua razão na igualdade democrática, que nada mais é do

que a junção da igualdade de oportunidades equitativas junto ao princípio da diferença.

Diante da complexidade da teoria rawlsiana e do presente estudo ter seu âmbito restrito, é preciso fazer um corte metodológico. Embora a igualdade na liberdade tenha grande importância nos princípios da justiça, até mesmo porque é pressuposto para os demais – conforme delimitação lexical proposta por Rawls – a abordagem será limitada ao princípio da diferença (igualdade democrática), pois este está alinhado ao direito à moradia digna, objeto maior da pesquisa, o qual compõe o núcleo dos direitos sociais, diferentemente da liberdade, cuja preocupação está alinhada com os direitos individuais.

O conceito do princípio da diferença está justaposto à igualdade democrática, tendo como escopo uma justiça procedimental. Ela busca a correção da distribuição fundada na justiça cooperativa de vantagem para todos. Para assegurar a neutralização dos efeitos da distribuição inicial de posições privilegiadas, utiliza-se a igualdade equitativa de oportunidades. Com isso, “as pessoas com os mesmos níveis de talentos e de habilidades disponham chances equivalentes na vida.” (WEBER; CALGARO; LUDGREN, 2014, p. 9).

É preciso notar que Rawls não faz um nivelamento das realizações, deixando espaço para distinções que são feitas com alicerce nos talentos naturais. Perceba-se que ele refere ser admissível “[...] Desigualdades permissíveis (assim definidas) satisfazem essa condição e são compatíveis com o produto social de um estudo de equilíbrio estável em que uma estrutura básica justa é sustentada e reproduzida ao longo do tempo [...]” (RAWLS, 2008, p. 90). Permaneceria o problema das pessoas melhores, a exemplo daquelas dotadas de talentos, se não fosse a aplicação do princípio da diferença, confira-se:

[...] o princípio de diferença exige que por maiores que sejam as desigualdades em termos de renda e riqueza, e por mais que as pessoas queiram trabalhar para ganhar uma parte maior da produção, as desigualdades existentes devem efetivamente beneficiar os menos favorecidos. Caso contrário, as desigualdades não são permissíveis. (RAWLS, 2008, p. 90-91).

A cooperação social equitativa, de uma forma geral, promove a redução das desigualdades sociais quanto à renda e à riqueza, equacionando os bens primários de que dispõem os menos favorecidos. Cumpre a função de regular todos os acordos e formas de governo e os tipos de cooperação social, impondo-se às instituições o papel de harmonizar as liberdades dos indivíduos garantindo as mesmas oportunidades básicas e de um modo imparcial. De outro modo, para que o princípio da diferença seja satisfeito, o Estado e suas instituições devem assumir o papel distributivo em condições imparciais (RIBEIRO, 2013).

Nessa linha, propõe-se a correção da distribuição desigual de aptidões e dotes, estimulando-se o desenvolvimento e exercício destas aptidões. Todavia, as recompensas que tais aptidões acumulam no mercado devem ficar com a comunidade, não devendo o princípio da diferença ser subentendido como a distribuição igualitária de renda e riqueza, senão um mecanismo de correção das oportunidades (SANDEL, 2012).

No setor das transferências governamentais, o princípio da diferença busca garantir o mínimo social, transferindo para camadas da população os recursos básicos que serão complementados pelos salários e pelo mercado. A ideia é existir um emprego eficiente de recursos sociais, num sistema em que a distribuição, redução de gasto e renda, sob o crivo de aprovação geral, tenha sua concretização máxima; caso contrário, haverá desperdício e

não deverá ser feito. De outro lado, não se exige um crescimento econômico contínuo para maximizar indefinidamente para cima as expectativas dos menos favorecidos; pelo contrário, exige que as diferenças de renda e riqueza sejam equalizadas conforme as expectativas legítimas (SANTA HELENA, 2008).

O princípio da diferença determina justamente que a sociedade maximize a participação aos menos favorecidos, ao mesmo tempo que deve proliferar efeitos distributivos, com requisitos para atribuir o justo valor das liberdades políticas e estabelecer limites às concentrações riqueza. Assim, garante uma justa igualdade de oportunidades, ou como requer Rawls, *fair equality of opportunity* (FEO), sendo a principal justificativa dele para incidir impostos sobre patrimônio e herança, projetados para dividir grandes capitais. Por isso ele anuncia que uma distribuição justa é efetiva apenas quando os requisitos de todos os princípios de justiça forem alcançados (FREEMAN, 2007).

Embora reconheça a eficiência e os recursos externos – da mesma forma que o utilitarismo –, as recompensas de cargo e reputação – na mesma linha que Hobbes –, Rawls não os vê como a principal razão para isso, senão em razão do autorrespeito, do desenvolvimento de habilidades superiores e do princípio da diferença, pois, sem este o sistema de cooperação não se ajustaria à justiça processual.

A importância do princípio da diferença é percebida na teoria da justiça, na medida em que Rawls não oferece somente uma compensação pelas vantagens imerecidas, mas visa beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 2003). Em suma, na visão do autor, as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de modo que redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados e compatibilidade

com o princípio justiça e, ainda, que a consequência do exercício de cargos e funções seja aberto a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008).

Destaca-se que o princípio da diferença é concebido para as instituições, não para indivíduos, embora direcione deveres a estes. Significa, antes, que o princípio da diferença se aplica à instância da regulamentação de convenções econômicas e institucionais, como mecanismo de mercado no sistema de propriedades. Nesse ponto, Rawls rejeita a visão libertária (e senso comum) de que uma pessoa tem plenos direitos de controlar o mercado, conquanto não os use como padrão para decidir apenas sobre distribuições. É o combinado de regras e procedimentos de todo o complexo de questões jurídicas e econômicas em suas instituições que satisfazem o princípio da diferença (FREEMAN, 2007).

Não é difícil perceber que a justiça rawlsiana carrega consigo a pretensão de universalidade⁴ para assegurar a distribuição de bens primários, descendo aos aspectos tangíveis da vida social e política, o que inclui a configuração do ordenamento jurídico pátrio. Esclarece-se que os bens primários da justiça rawlsiana são autorrespeito, autoestima, direitos, liberdades, oportunidades, renda, riqueza. Entretanto, a leitura mais adequada ao nosso paradigma jurídico é a de ver estes bens como direitos fundamentais, englobando-os aos direitos sociais, por ser uma teoria que visa à garantia de bem-estar material para todos os cidadãos. Até mesmo porque é da gênese dos direitos sociais a finalidade de assegurar a igualdade material entre os indivíduos, servindo como mecanismo de promoção de igualdade e de bem-estar (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006).

⁴ Conforme explica Freeman (2007), Rawls concorda que generalidade de termos e universalidade de aplicação são condições de princípios morais, embora deva haver condições necessárias que limitem os princípios morais.

Logo, é possível dizer que, para a teoria rawlsiana, inclui-se o direito à moradia nos bens primários ou nos requisitos mínimos para que um indivíduo possa exercer suas liberdades básicas. Não obstante, é preciso critérios de distribuição e é justamente isso que aqui se propõe: utilizar o princípio da diferença para reflexão sobre o direito à moradia em conjunto com as políticas habitacionais, assuntos que têm estreitas ligações com a distribuição de renda e riquezas.

Buscar a estrutura básica da sociedade, revelando o arranjo de instituições políticas, sociais e econômicas, tornará mais nítida as transversalidades que impedem assegurar o direito à moradia digna. O sistema de propriedade especifica os direitos, poderes e deveres que indivíduos e grupos têm com relação ao uso e gozo de recursos e outras coisas, os quais são caros para a justa distribuição. Utilizando-se do princípio da diferença em conjunto com outros, será possível fornecer um critério não mercadológico para decidir a divisão adequada da moradia, como consequência resultante da alocação de recursos produtivos no mercado e, por consequência, um produto social adequado à justiça.

2 O DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS

Em um breve retrospecto internacional, a garantia do direito à moradia, pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, tendo o Brasil como seu signatário, um dos primeiros a contemplar essa garantia.⁵ Com isso, uma nova perspectiva do tema estava sendo

⁵ A declaração estabelece que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, art. 25, §1º).

desenvolvida, ganhando corpo na Primeira Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos, realizada em Vancouver, em 1976, quando criou-se o Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (Habitat) que consolidou a questão das cidades como nova estratégia de atuação da ONU, principalmente nos países em desenvolvimento. Reafirmou-se o direito universal à moradia adequada, destacando a importância da eliminação da segregação social e racial, mediante a criação de comunidades melhor equilibradas, nas quais se combinem diferentes grupos sociais.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) previu o direito à moradia explicitamente por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 10 de fevereiro de 2000, incluindo-o no seu artigo 6º. A CRFB/88 estabelece ainda, que é dever do Estado, nas suas três esferas, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX). Por fim, os artigos 182 e 183 da Constituição Federal tratam da política urbana e condicionam a garantia dos direitos de propriedade ao cumprimento de sua função social, reafirmando, de outro modo, o direito à moradia.

Não obstante as previsões normativas, muitas notícias correm pelo mundo quanto à inadequação da moradia em diversos países. As causas para esse fenômeno são multifacetadas, por isso a análise filosófica deste estudo restringe-se ao modo de distribuição dos bens primários,⁶ contrastando com os aspectos tangíveis da vida social e política, o que inclui a configuração do ordenamento jurídico pátrio. Como ponto de partida, propõe-se uma reflexão sobre o que seria uma moradia digna?

⁶ Segundo Oliveira (2016, p. 157-158): “seriam aqueles que todo ser humano moral e racional almejaria, e que poderiam ser aglutinados em listas minimalistas de bens tais como inteligência, imaginação e saúde e direitos civis e políticos, liberdades, educação, renda e riqueza, as bases sociais do autorrespeito.”

No início dos tempos, qualquer lugar poderia ser adequado para estabelecer-se como um abrigo, a exemplo de uma caverna, uma árvore ou uma superfície telhada. A sobrevivência às intempéries climáticas era o ponto decisivo para conceber um local como o adequado para a moradia de um ser humano (SANTOS, 2013). A concepção primitiva tinha como escopo a ênfase individual, tanto da segurança quanto da liberdade, sem qualquer preocupação com sua função social (SOUZA, 2004).

Com a evolução do homem e de suas invenções, houve profundas modificações no âmbito de existência dos locais de moradia, assim como dos ideais sociais. Se outrora havia, predominantemente, um critério objetivo para designar-se como adequado um local para estabelecer-se, hodiernamente, chegar-se a essa conclusão dependeria mais do que uma análise objetiva, mas de inúmeros fatores subjetivos.

Tendo em vista a abstração demasiada das conclusões a que se poderia chegar, opta-se não pela busca do que é uma moradia digna, mas pela função a que se destina e o que pretende satisfazer. Sem conceber os importantes aspectos deontológico da moradia que precedem às consequências da sua falta ou inadequação, não seria prudente a construção desta reflexão, pois fadada a inconsistências teóricas.

Sob a ótica da destinação, parece fácil perceber que a moradia deve servir ao abrigo de pessoas contextualizadas dentro de um núcleo, que no caso em análise, é o urbano. Além disso, precisa necessariamente de condições físicas mínimas para acomodar as pessoas que nela irão residir. Agora o que mais chama a atenção é que, para se alcançar a finalidade da destinação, basta a construção de um bem imóvel (casa) sem maiores reflexos sociais. Por isso,

interessa debruçar o estudo sobre o que se pretende satisfazer com a moradia.

Sob o aspecto individual, pretende satisfazer as necessidades vitais para a sobrevivência humana, tais como a higiene e segurança. Já sob o aspecto coletivo, ela pretende atender a um lócus de interação social salubre. Trata-se de relações entre pessoas construídas dentro de um ambiente – mesmo terreno dividido, dentro de um edifício, nos limites de um vilarejo ou bairro –, ou fora dele – entre vilarejos, edifícios e bairros. Percebe-se que estes aspectos são marcados fortemente pelo espaço territorial, ganhando importância as condições do local e da localização. O instrumento contemporâneo para buscar satisfazer estas condições é o planejamento habitacional urbano.

Ele deve ser pensado em conjunto com uma série de serviços a serem prestados com eficiência a todos, como um microsistema, dentro de limites orçamentários para garantir o bem-estar social. Deve ser levado em consideração o deslocamento de pessoas, moradias informais, formação de periferias, dentre outros fatores que influenciam no contexto da moradia digna (DIAS, 2010). Inclusive, deve-se considerar os fatores históricos que levaram o Brasil a tomar rumos diferentes no passar dos anos.

Com efeito, entre 1960 e 1980 as mudanças ocorridas no Brasil eram motivadas pelo êxodo rural, decorrente da forte política de industrialização dos governos à época, e pela criação de um modelo habitacional voltado ao crédito, marcado pelo uso de recursos públicos (especialmente o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS) para financiar o mercado e pela instituição do Banco Nacional de Habitação (BNH). Posteriormente, foram introduzidos mecanismos globalizados de habitação, marcadamente pela criação do Sistema de Financiamento Imobiliário (1997) e do Estatuto da Cidade (2001).

Inspirado por um mercado imobiliário globalizado, esse novo modelo ganha um colorido corporificado pela financeirização da moradia em larga escala, fruto de um processo de internacionalização do capital financeiro introduzido em diversos países em desenvolvimento (SENRA, 2011). Corrobora a isso, a política habitacional do Banco Mundial (1993), o qual, entre os anos de 1980 e 1990, propôs uma série de orientações aos Bancos Centrais para a reforma de políticas governamentais, de leis e de instituições com vistas a tornar os mercados habitacionais mais eficientes.

Seguindo a orientação do Banco Mundial (antes consignada), o Brasil criou, a partir de então, um sistema habitacional tratando a moradia como mercadoria. Exemplo mais próximo disso é o Programa MCMV, criado em 2009, o qual promoveu um diálogo direto com representantes da construção, mas sem a participação popular (FIX, 2011). Ressalta-se que o MCMV carrega a lógica do BNH, em que há financeirização da moradia, favorecendo, especialmente, as grandes empresas que passaram a atuar no “segmento econômico” (faixas de quatro a dez salários mínimos).

Esse modelo adotado pelo Brasil para dar vazão ao planejamento habitacional urbano transformou a moradia em um ativo financeiro negociável no mercado mundial, anulando os seus aspectos sociais. Se as instituições a que se conferiu as atribuições de ofertar a distribuição da habitação estão centradas no lucro, como poderiam fazer a justa distribuição da moradia, sem descuidar dos aspectos de satisfação deontológicas da moradia vistos anteriormente?

O princípio da diferença insculpido por John Rawls pode auxiliar a entender esta pergunta com a interpretação das necessidades, sob a forma de recursos básicos. Essa interpretação das necessidades encontra sua estrutura orientadora nos princípios

da justiça, especificamente o segundo elaborado por ele, que trata das desigualdades sociais e econômicas. Para que seja considerada como vantajosa, a distribuição de direitos e deveres deve estar dentro dos limites do razoável e vinculada a posições e cargos acessíveis a todos.

As desigualdades sociais somente são justas se for garantida uma igualdade equitativa de oportunidades e se as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, especialmente para os menos favorecidos na sociedade. Discutir se a justiça das instituições é capaz de suprir diferenças que impedem o exercício de iguais direitos e fazer com que todos participem da melhor forma possível das estruturas sociais de modo a estruturar uma sociedade cooperativa que facilite a manutenção da organização dela, é um enfoque buscado por Rawls (BITTAR, 2000).

O pensamento que reflete os conflitos do sistema habitacional brasileiro e a garantia da justa distribuição da moradia poderia levar a infinitas problematizações e em diferentes âmbitos de discussões, desde o geográfico até o sociológico. Como já ressaltado, a pretensão é centrada na reflexão filosófica sobre o direito à moradia, o qual faz parte de um modelo habitacional cuja base de sustentação (lucro) fizeram colocar em dúvida a sua justa distribuição. Daí surgindo a necessidade de procurar alimentar o debate com mais substratos da teoria rawlsiana.

3 A JUSTA DISTRIBUIÇÃO NAS POLÍTICAS HABITACIONAIS

Partindo da premissa de que a justiça deve assegurar a cada indivíduo uma inviolabilidade que nem a maioria ou o bem-estar da sociedade pode violar, seria seguro falar que estes direitos estão fora de negociações políticas ou de variações segundo interesses

sociais. Entretanto, ainda restará a necessidade de compatibilização dos direitos e deveres de todos, principalmente em face da constatação de que as sociedades são marcadas por conflitos entre seus membros. Para arrefecer essas tensões e distribuir os bens de forma justa, desenvolveu-se o raciocínio semelhante ao de Rawls, mas voltado às políticas habitacionais brasileiras.

Nesse sentido, os enormes sacrifícios que uns devem fazer pelos outros numa sociedade podem ser legítimos ou não, a depender dos motivos que levaram a ocorrer tal desigualdade, numa visão rawlsiana sobre o tema. Como já visto, o sistema de políticas habitacionais brasileiro adotou a distribuição de moradia através da financeirização, consistindo em ofertar crédito a custo baixo para aquisição da casa própria àqueles com menos condições econômicas em troca de uma lucratividade a longo prazo às instituições financeiras. A questão que surge é: os menos favorecidos estão sendo cruelmente explorados em prol de ganhos para todos os outros? Há um sacrifício legítimo para alcançar um benefício maior aos menos favorecidos?

Trata-se de uma questão de alto grau de constatação empírica, mas possível de ser analisada a partir do princípio da diferença, considerada com outros que fazem parte da justiça e não isoladamente. Rawls propugna imaginar alternativas viáveis entre as distribuições que permitam menos desigualdade e ganhos muito maiores para os menos favorecidos sem diminuir as perspectivas dos mais favorecidos de maneira substancial (FREEMAN, 2007). Não se trata de uma justiça interpretada como igualdade (no sentido de igual tratamento), mas como equidade, a permitir tratamentos desiguais, desde que justificados.

Conquanto não tenhamos uma sociedade com iguais oportunidades para todos, é possível extrair dos princípios da

justiça importantes lições para a distribuição de bens na realidade habitacional brasileira. Principalmente quando constatamos instituições voltadas a oferta dos bens àqueles que necessitam de auxílio para alcançar a concretização da moradia digna. A CRFB/88 determina ao ente estatal a promoção adequada do ordenamento territorial em conjunto com a atividade ordenadora da economia (art. 174), visando ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantindo o bem-estar dos seus habitantes (art. 182).

Percebe-se que a função estatal do planejamento habitacional é compartilhada com a iniciativa privada, determinando às duas instituições que promovam o desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar dos seus habitantes. No âmbito infraconstitucional, ficam ainda mais evidentes essas obrigações quando observamos o art. 2, incisos I ao IV, IX e XIII, da Lei 10.257/2001, confira-se:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções

do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população. (BRASIL, 2001).

Ora, se a ordem jurídica busca, como política urbana, a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização, assim como a tendência universalizante de acesso à moradia digna, nota-se a evidência do que se pretende buscar. De outro lado, é preciso compreender a que limite o ordenamento jurídico brasileiro está disposto a sacrificar outros bens para alcançar as diretrizes da política urbana, cunhada por mim de justiça à moradia.

Enfatiza-se que a facilitação do crédito para o setor imobiliário, mais pessoas ganham a oportunidade de comprar imóveis e de ingressarem no sistema formal de moradia⁷. Aparentemente, a população menos favorecida economicamente estaria se beneficiando, assegurando-se o acesso à moradia aos que mais precisam. Na verdade, os programas que utilizam o crédito para fomentar a compra da casa própria pelas pessoas menos favorecidas converteram um “capital morto” em “capital vivo”. Explica-se: o processo utilizado foi o de – primeiro – incorporar os imóveis que estavam no campo extralegal (sem a chancela estatal) para o legal, situação na qual há individualização, escrituração e registro deles e – segundo – utilizá-los como um ativo financeiro. O fundamento para esse movimento é sustentado pela ideia de que os imóveis podem servir como um ativo financeiro para ser utilizado

⁷ Entende-se por sistema formal de moradia aquele que é oferecido pelo mercado, ancorado na legislação e regulado pelo estado.

no sistema de mercado formal de capitais e ao mesmo tempo oferecer moradia digna ao maior número de pessoas.

Indo mais além sobre a justiça dessa distribuição dos bens e o modo como ela ocorre, percebe-se que, para haver uma justiça social, uma das consequências da decisão sobre a destinação dos bens sociais básicos é o benefício do maior número de pessoas, principalmente aquelas menos favorecidas, mesmo que isso tenha reflexos a outras parcelas da sociedade. Destarte, com a transformação da moradia num ativo financeiro, vislumbra-se possível a submissão dos interesses das classes populares de morar nos melhores espaços da cidade, criando a disputa de interesses entre as classes populares e o grande capital especulativo e imobiliário. Isso também empurra os preços para cima e, aparentemente, dificulta o acesso das pessoas aos imóveis com melhores localização. E, ainda, há quem possa dizer que existiria uma exploração dos ganhos pelos detentores do capital às custas dos menos favorecidos. Então, indaga-se: esses seriam “sacrifícios” viáveis?

Na visão de justiça social de Rawls seria possível responder positivamente, considerando-se que o acesso ao sistema foi ofertado a todos (de maneira indistinta) nos estágios de distribuição dos bens.⁸ Também deve-se considerar que é inevitável, e em alguma medida razoável, a desigualdade entre os participantes do sistema. Até mesmo porque se corre o risco de danos ainda maiores caso opte-se pela manutenção de desigualdade na forma existente,

⁸ No primeiro estágio, as partes adotam os princípios de justiça por trás de um véu de ignorância. As limitações quanto ao conhecimento disponível para as partes vão sendo progressivamente relaxadas nos três estágios seguintes: o estágio da convenção constituinte, o estágio legislativo em que as leis são promulgadas de acordo com o que a constituição admite e conforme o exigem e permitem os princípios de justiça, e o estágio final em que as normas são aplicadas por governantes e geralmente seguidas pelos cidadãos, e a constituição e leis são interpretadas por membros do judiciário (RAWLS, 2003).

sob o pretexto de preservação dos contratos sociais informais consolidados. Percebe-se, no entanto, que o grande distanciamento do sistema de distribuição da moradia brasileiro está entre a forma legal e aquele praticado pelas pessoas na informalidade. Nesse sentido, não seria mais adequada a aproximação da lei à realidade criada pelas pessoas que vivem no contexto extralegal?

Parece correto pensar que há necessidade da construção de um sistema jurídico a partir das relações criadas pelas próprias pessoas que vivenciam a sociedade, desde que haja uma “principiologia deontológica”, ou seja, haja normas vocacionadas a assegurar um propósito ideal de direitos. Reforça-se que, no sistema de registros brasileiro, o tecnicismo burocrático (entendido como o exagero de exigências promovidas pela legislação e pelas instituições) distancia o sistema legal da realidade e força as pessoas a participarem da informalidade. É por isso que a propriedade formal – se aproximada da realidade – pode ter um papel decisivo para construção da integração daqueles que vivenciam a moradia extralegal, trazendo todos a um único contrato social no qual possam cooperar para aumentar a produtividade da sociedade e aumentar os ganhos de todos, mesmo que de modos diferentes.

Conquanto sob o aspecto sociológico e epistêmico haja elevada crítica capitaneada por Rolnik (2009) quanto ao sistema atual de distribuição da moradia no Brasil, numa visão filosófica, percebe-se uma adequação justa da distribuição habitacional, embora mereça maiores ajustes na forma de sua concretização e centralização dos seus objetivos (foco na moradia digna e não no aumento dos lucros das empresas financiadoras). De modo que, se levada a cabo a cooperação social equitativa de Rawls, será possível chegar à conclusão de que há redução das desigualdades sociais quanto à renda e à riqueza, quando maximizado o direito

à moradia (bem primário) aos menos favorecidos, mesmo que por meio do sistema de financeirização da moradia. Impondo-se, todavia, às instituições o papel de harmonizar os conflitos entre a lei e a realidade, como forma de promoção da distribuição equânime da moradia e, com isso, tornar factível um sistema único, no qual todos possam cooperar para beneficiar o maior número de pessoas, especialmente aquelas menos favorecidas.

CONCLUSÃO

A partir do princípio da diferença inculcado por John Rawls foi possível interpretar a melhor forma de suprir a necessidade da moradia como parte de uma estrutura básica orientadora dos princípios da justiça, especificamente o segundo elaborado por ele, que trata das desigualdades sociais e econômicas. O problema sobre a validade da vantajosidade na distribuição de direitos e deveres deve estar dentro dos limites do razoável e vinculada a posições e cargos acessíveis a todos, foi resolvido a partir da seguinte argumentação sintetizada: a) utilizar a justiça como equidade é um modo adequado de oferecer bens básicos às pessoas; b) deve-se pensar a distribuição destes bens a partir da sua destinação (função) para satisfação da moradia, o que por vezes não é priorizado no modelo atual; c) fazer uma interpretação das necessidades sob a forma dos recursos básicos orientada pelos princípios da justiça, principalmente sobre a justa distribuição é uma solução viável, a qual o sistema habitacional já utiliza, embora ainda com distorções.

Deixou-se claro que a justiça deve assegurar a cada indivíduo uma inviolabilidade que nem a maioria ou o bem-estar da sociedade pode violar, sendo seguro falar que estes direitos estão fora de negociações políticas ou de variações segundo interesses

sociais. Entretanto, restou consignado existir a necessidade de compatibilização dos direitos e deveres de todos, principalmente em face dos conflitos existentes entre os próprios membros da sociedade.

Com efeito, o sistema atual de habitação brasileiro, ao oferecer crédito a custo baixo para aquisição da casa própria àqueles com menos condições econômicas em troca de uma lucratividade a longo prazo, encoraja empresários e investidores a entrarem no mercado imobiliário, aumentando os negócios e o estoque de capital para retroalimentação do mercado. Por outro lado, com a facilitação do crédito para o setor imobiliário, mais pessoas ganham a oportunidade de comprar imóveis e de ingressarem no sistema formal de moradia. Com isso, verificou-se que, a uma primeira vista, a população menos favorecida economicamente estaria se beneficiando, assegurando-se o acesso à moradia aos que mais precisam.

Verificou-se que, mesmo com a transformação da moradia num ativo financeiro, os sacrifícios refletidos por esta posição (especulação imobiliária, disputa territorial etc.) seriam viáveis para os fins a que se destinam (distribuição de moradia), pois, apoiado na justiça social de Rawls, tem-se o acesso ao sistema ofertado a todos (de maneira indistinta) nos estágios de distribuição dos bens. No entanto, também foi possível perceber o grande distanciamento do sistema de distribuição da moradia brasileiro entre a forma legal e aquele praticado pelas pessoas na informalidade. Nesse sentido, sugere-se uma adequada aproximação da lei à realidade criada pelas pessoas que vivem no contexto extralegal.

Conclui-se que é possível a redução das desigualdades sociais quanto à distribuição de moradia se for utilizada a justiça como equidade proposta por Rawls, a partir da destinação (função)

dos imóveis, ou seja, para a satisfação da moradia, conquanto, por vezes, não é priorizado no modelo atual. Por fim, o objetivo geral de fazer uma interpretação das necessidades sob a forma dos recursos básicos orientada pelos princípios da justiça, principalmente sobre a justa distribuição, foi atingido, pois se verificou ser uma solução viável utilizada pelo nosso sistema habitacional, embora se reconheça as distorções existentes entre a lei e as condições reais da moradia brasileira. Por isso, sugere-se impor às instituições, públicas e privadas, o papel harmonizador de conflitos entre a lei e a realidade, como forma de promoção da distribuição equânime da moradia e, em última análise, a concretização da justiça social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales em el Estado social constitucional**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.]: Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça**: apontamentos para a história da filosofia de direito. São Paulo: J. Oliveira, 2000.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, ano V, v. 1, 2010.

FIX, Mariana. **Financeirização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil**. Campinas: Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, 2011. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/286383>. Acesso em: 20 maio 2020.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. New York: Routledge, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A teoria rawlsiana da justiça. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 215-225, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/573>. Acesso em: 29 maio 2020.

OLIVEIRA, Nythamar. **Tractatus practico-theoreticus**: ontologia, intersubjetividade, linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

RIBEIRO, Marcelo Gollo. A distribuição de rendimentos: um paralelo entre Rawls e Nozick. **Jus.com.br**, nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25663/a-distribuicao-de-rendimentos-um-paralelo-entre-rawls-e-nozick/2>. Acesso em: 29 maio 2020.

ROLNIK, Raquel. Direito à moradia. **Revista Desafios do Desenvolvimento**, Ano 6, Edição 51, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa? 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 337-346, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176536>. Acesso em: 29 maio 2020.

SANTOS, Camila Buzinaro dos. A moradia como direito fundamental. **Âmbito Jurídico**, v. XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677. Acesso em: 1 jun. 2020.

SENRA, Kelson Vieira. Cinquenta anos de políticas públicas federais de desenvolvimento regional no Brasil. *In*: FARIA, R.; SCHVARBERG, B. (ed.). **Políticas Urbanas e Regionais no Brasil**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2011.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WEBER, Thadeu; CALGARO, Cleidi; LUDGREN, Ana Paula. A justiça distributiva em John Rawls e o Plano Brasil sem Miséria: análise das políticas públicas a partir da Constituição Federal de 1988 como garantia dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e busca da cidadania. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2014, Santa Cruz do Sul. **Anais [...]** Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11723>. Acesso em: 29 maio 2020.

JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS DIANTE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Ariane Caroline Vieira¹

INTRODUÇÃO

A justiça como equidade vem sendo abordada desde os séculos passados, o que leva a diversas percepções distintas relacionadas ao tema, porém, sempre com o intuito de garantir a igualdade de direito a todos os cidadãos. Ocorre que, infelizmente, a desigualdade social vem crescendo no país e no mundo, mesmo diante a luta história com o fim de combater esta problemática.

Neste sentido, o presente artigo buscará abordar a justiça como equidade, por meio da obra Uma Teoria da Justiça, elaborada pelo teórico de John Rawls, no qual baseia-se em uma situação hipotética de um contrato social, assim, será demonstrado as diversas características para que se configure a referida teoria, bem como os principais princípios que a norteiam, sendo os mesmos relativos a igualdade e a diferença, enfatizará ainda a aplicação do véu da ignorância, que busca tratar todos os indivíduos de forma igualitária, sem considerar qualquer situação relevante presente na sociedade.

Ocorre que, tratar todos os indivíduos de forma igualitária sem considerar as desigualdades sociais, acaba por contrariar a justiça como equidade na percepção de Rawls, levantando-se vertentes distintas na aplicação da teoria contratualista. Por consequência,

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso; Advogada; ariane.vieira@hotmail.com

será aludida as questões discriminatórias presentes na atualidade contrapondo a teoria.

O artigo será dividido em três partes, onde primeiramente, será realizada uma abordagem introdutória das diversas interpretações da justiça, posteriormente, será apresentada a teoria de John Rawls propriamente dita e por fim, discorrerá a respeito das desigualdades sociais e a aplicação do véu da ignorância diante a atualidade.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo evidenciar e ponderar se há a possibilidade de aplicação da teoria rawlsiana na atualidade levando em consideração todas as situações discriminatórias, assim, caso fique evidenciado como sendo a teoria inadequada diante a desigualdade sociais, o estudo demonstrará se há medidas a serem adotadas que combatam esta problemática, para tanto, será realizando um estudo bibliográfico, procurando-se conhecer as teorias relacionadas com o texto central A Teoria da Justiça e sua aplicação nos dias atuais.

1 JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS

A busca pela igualdade e a justiça possui grande importância universal, encontrando-se elencada em Constituições de inúmeros países e tratados internacionais, no Brasil, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), destaca inicialmente através de seu preâmbulo direitos que asseguram um Estado Democrático, dentre eles, enfatiza como valores supremos o direito a igualdade e a justiça perante a sociedade. Assim, diante tamanha importância, diga-se a justiça visa garantir a igualdade de direitos entre todos os cidadãos, encontrando-se presente em questões de cunho moral, religioso, político, social, dentre diversos assunto, o que direciona a uma ampla demanda teórica.

É válido destacar, que há diversos entendimentos no tocante a conceituação e a classificação de justiça. Entretanto, mesmo diante estas diversas conceituações, basicamente, o que a sociedade compreende quanto a expressão justiça, é que a mesma se destina a resguardar os direitos e deveres dos cidadãos, solucionando conflitos de forma justa e pacífica, garantindo assim, uma sociedade igualitária.

De igual modo, os teóricos Robison Tramontina e Paulo Hahn, com base em uma análise realizada da Carta Magna, compreendem que a justiça social é essencial tanto para a ordem econômica como para a ordem social, sendo considerada como a base de valores, além de ser fundamental para economia e atingir através da mesma a ordem perante sociedade e o Estado, conseqüentemente, tornando-se primordial para que se concretize os direitos fundamentais (TRAMONTINA; HAHN, 2013). Nesta linha dos desenvolvimentos, a justiça é considerada um dos pilares essenciais do direito, não havendo a possibilidade de se alcançar os direitos humanos e fundamentais, sem o propósito jurídico de se almejar a justiça, ou seja, será resguardado o direito privado, estatal, social e diversos outros.

Michael J. Sandel, em seu livro, *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, exprime o pensamento de Aristóteles pertinente a justiça e, da mesma maneira, busca questioná-lo, pois Aristóteles acredita que a conceituação de justiça é dar a cada indivíduo o que cada um é merecedor. Sandel questiona este pensamento, principalmente em relação de como seria a classificação para a atribuição do mérito para cada pessoa e com o fim de solucionar tal questionamento, o mesmo apresenta dois fatores que implicam nesta percepção de justiça, onde compreende-se que a distribuição e atribuição de coisas, direitos e pessoas devem ser realizadas de forma igualitária,

ou seja, submetendo e dando a pessoas iguais coisas e situações também iguais (SANDEL, 2015).

O que se observa através da percepção de Sandel, é que pode ser questionado o que de fato seria justo para cada indivíduo, como consequência, justificando as interpretações e conclusões contrárias de cada pessoa sobre o que lhe seria justo, assim como justifica o direcionamento de diversos estudiosos a formularem vertentes distintas, porém, ainda assim, verifica-se que apesar de tais distinções prevalece a justiça com o fim de resguardar uma sociedade democrática e igualitária de direitos.

Não muito distante dos respectivos teóricos mencionados, John Rawls também compreende que a justiça é essencial para a busca de uma sociedade igualitária, porém, convém esclarecer que sua obra, possui o enfoque de desenvolver uma teoria da justiça, agregando ideias, classificando a justiça como equidade de modo a expor sua conceituação e conseqüentemente, exprimir a estrutura básica da sociedade, até que seja formulada a aludida teoria (RAWLS, 2000). No entanto, o presente artigo apenas procura dispor a ideia da justiça como equidade e não com o intuito de discorrer como finalidade a teoria da justiça propriamente dita.

John Rawls retratou a teoria da justiça como equidade em 1971, através de sua obra *A Theory of Justice*, tornando-se um grande marco para a história. Esta ideologia originou de um preceito ético motivacional, questionando as razões morais assumidas por cada indivíduo perante a sociedade, assim, por meio da teoria busca-se conduzir as instituições democráticas a um entendimento filosófico e moral, em razão de defender a liberdade e a igualdade de direitos a uma sociedade, no qual é demarcada por diversas pesquisas abrangentes (SILVEIRA, 2007).

Feitas estas considerações, passa-se a analisar a justiça como equidade sob a tese rawlsiana, que se apoia na estrutura básica da sociedade, onde apenas é considerada justa quando a capacidade de compreensão de justiça pública for definida de forma coerente, organizada e ainda compartilhada entre todos indivíduos (BASSO, 2019). Ainda nesta linha argumentativa, a justiça é conhecida como o primeiro valor de um conjunto de normas, princípios e todas as imposições reconhecidas como pertinentes perante a sociedade, além de ser determinada de forma individualizada, ou seja, por meio da consciência pessoal (RAWLS, 2000).

O fato é que o pensamento de Rawls influenciado por Locke, Rousseau e Kant iniciou-se pela hipotética suposição de que a sociedade fosse equiparada a um contrato social, onde as partes expressam suas vontades mútuas, delimitando as regras à serem seguidas e incorrendo em colaboração entre os membros, tais peculiaridades são necessárias para o devido funcionamento de forma ordenada desta associação. A comparação da sociedade a um contrato social, tem como intuito enfatizar a isonomia de direitos, salientando como sendo umas das principais características, o tratamento por equidade de cada indivíduo, iniciando os membros em posição de igualdade, sem levar em consideração a classe social ou grau hierárquico, assim, conciliam desprezando circunstâncias vantajosas, como habilidades, nível intelectual, raça, cor, dentre diversas condições humanas (RAWLS, 2000).

A circunstância que se relata ao tratar todos os membros da situação hipotética do contrato social de forma igualitária, denomina-se como a aplicação do véu da ignorância, que busca garantir que nenhum indivíduo se sobressaia, ou seja, que nenhuma pessoa seja prejudicada ao definir os princípios que serão adotados no acordo (RAWLS, 2000).

Desta maneira, desconsiderar qualquer situação vantajosa, restando livre o direito de escolha dos princípios, assim como assegurar que a celebração do contrato seja diante vontades mútuas, gera a cada participante a formação do intelecto individual de senso de justiça, à vista disso, proporcionando à sociedade relações de igualdades entre os seres humanos (RAWLS, 2000).

Como bem consignou Michael J. Sandel (2015), ao ser definido o véu da ignorância, o conjunto de princípios constituído por cada indivíduo direciona a situação de igualdade, facilitando na negociação entre as partes, já que as mesmas se encontram em situação igualitária, por ser ignorado as forças, fraquezas e valores pessoais, não incorrendo em qualquer vantagem uns sobre os outros.

O jurista David Miller (2017), em seu artigo *Justice*, publicado em *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, compreende que ao compartilhar um direito ou um dever, não se deve considerar as circunstâncias distintivas do caso concreto, pois ao realizar a aplicação do direito ou dever de forma igualitária, faz com que se atinja maior número de beneficiados. Para melhor compreensão, o mesmo exemplifica supondo que há diversas pessoas possivelmente infectadas pela doença malária, porém, não há médico especialista capaz de diagnosticar de forma precisa, se todos os pacientes com os sintomas se encontram de fato com a doença, assim como, também não há medicamento suficiente para tratamento de todos. Logo, a fim de que todos os pacientes sejam tratados, sem preferência quanto ao mais ou menos necessitado, o medicamento é distribuído de forma igualitária entre todas estas pessoas, com o objetivo de garantir tratamento a todos, atingindo assim, maior número de curados.

A teoria elenca que a distribuição da justiça irá se perfazer através do conjunto de princípios ordenados pelos indivíduos em uma estrutura básica da sociedade, conferindo-se direitos e deveres, bem como a possibilidade de usufruir das vantagens e responsabilidades em razão da colaboração social, empregando assim, a justiça com equilíbrio ao se associar ao conjunto de princípios.

Por certo, os direitos e deveres são elencados por lei, contudo, há a necessidade de abordar os princípios para o devido enquadramento, sendo essencial que seja disposto de forma democrática, não incorrendo em injustiças. Dito isto, o conjunto de princípios na teoria contratualista se delimita em dois principais a serem escolhidos pelos indivíduos por consenso, instituindo os princípios como parâmetro de julgamento.

O primeiro princípio é denominado como o Princípio da Igualdade, e destaca que diante da sociedade cada indivíduo deve possuir direitos relacionados a liberdade, por exemplo, liberdade política, de expressão de pensamento e da pessoa, em outras palavras, este princípio tem como objetivo uma sociedade com possibilidades igualitárias através da liberdade, para uma expectativa de vida justa entre todas as pessoas. Já o segundo princípio, é reconhecido como Princípio da Diferença, no qual enfatiza as desigualdades que englobam o planeta, tanto sociais como econômicas, ponderando as razões relacionadas diante a posição hierárquica da estrutura societária, buscando que os menos desfavorecidos sejam beneficiados no limite possível diante a desigualdade (RAWLS, 2000).

O princípio da igualdade sempre se sobressai ao princípio da diferença, assim como a igualdade equitativa de oportunidades constante no segundo princípio se sobressai ao primeiro princípio.

Para melhor compreensão destas relevâncias, se faz necessário demonstrar as distinções entre estes princípios, isto porque, o primeiro princípio é composto de elementos constitucionais essenciais, no caso, as liberdades básicas iguais, e o segundo princípio, reivindica a igualdade equitativa de oportunidades e a luta pelas desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2003).

Para melhor compreensão, os estudiosos Robison Tramontina e Paulo Hahn buscam esclarecer a concepção rawlsiana, expondo de forma clara que os princípios de justiça são os mecanismos utilizados com o fim de resguardar que a distribuição de direitos, oportunidades, patrimônio, dentre outros bens sociais básicos, sejam realizados com igualdade. Entretanto, ressaltam que em determinados casos é possível que este compartilhamento de bens seja realizado de maneira divergente, em virtude de um dos indivíduos se encontrar em situação desfavorável. Deste modo, classificam a justiça como sendo um dos objetivos que as pessoas virtuosas pretendem alcançar (TRAMONTINA; HAHN, 2013).

2 A CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS DIANTE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Analisado a concepção de Rawls observa-se considerações desfavoráveis à teoria da justiça que merecem ser analisadas. Denis Silveira aponta como sendo uma crítica à teoria, que a forma de tratamento de cada indivíduo, devendo todos permanecer em posição original perante o véu da ignorância, traz uma ideia abstrata a teoria. Outra crítica relevante mencionada é quanto ao emprego de princípios universais sendo aplicados perante toda a sociedade, de modo que os direitos individuais se sobressaem aos direitos coletivos (SILVEIRA, 2007).

A justiça como equidade empregando o véu da ignorância na atualidade, revela duas vertentes distintas quanto ao seu entendimento, em razão de que há questões classificadas como sendo justas e injustas à serem analisadas. A princípio, a teoria busca tratar todos de forma igualitária, sem levar em consideração o grau hierárquico e qualquer outra peculiaridade perante a sociedade, garantindo que a justiça seja distribuída de forma equitativa, contemplando-se a principal e inicial vertente de forma positiva ao se analisar a teoria.

Entretanto, antes de abordar a vertente distinta, é indispensável enfatizar o conceito de senso de justiça, que nada mais é do que a capacidade de cada indivíduo em formular seu próprio entendimento quanto ao que lhe seria considerado justo, sendo este ponto de vista desenvolvido diante as diversas casuísticas vivenciadas no decorrer dos anos.

Na teoria rawlsiana o senso de justiça de cada indivíduo é formulado em razão de uma sociedade bem-organizada, desta forma, atingindo uma estabilidade de compreensão no senso de justiça da sociedade. Contudo, o que atualmente se vivencia é um grande desequilíbrio incorporado a sociedade e não uma sociedade bem-organizada, o que conduz a diversidade de percepções de justiça, principalmente, quanto a sua aplicação como equidade, visto que, há diferentes ideologias formadas em razão de demasiadas imparcialidades, como privilégios, classes sociais, valores e crenças (RAWLS, 2000)

Logo, aplicando a teoria nos dias de hoje, não seria possível empregar o véu da ignorância, em razão das desigualdades sociais direcionar cada indivíduo a formular o próprio senso de justiça, o que gerará discordância entre os indivíduos ao definirem os princípios que serão adotados, por ponderarem as questões de forma pessoal,

abordando a segunda crítica apontada anteriormente por Silveira (2007), neste seguimento, havendo a impossibilidade de aplicação da teoria na atualidade.

Ora, a diversidade social é uma luta diária da humanidade desde os antepassados e por esta razão, muitos teóricos não apoiam a aplicabilidade do véu da ignorância. Nesta perspectiva, Michael J. Sandel realiza indiretamente uma análise quanto a diversidade social, exprimindo que há desigualdade econômica, já que nem todas as pessoas são ricas, além de diversas pessoas se encontrarem em uma posição hierárquica superior a outras, assim como há aquelas pessoas que possuem religiões e etnias distintas, estas pequenas ocasiões retratam que as pessoas terão princípios diferentes, pois são pessoas diferentes, devendo assim ser considerada toda esta diversidade social para que se conquiste a igualdade de direitos (SANDEL, 2015).

Para tanto, compreende-se os fatores adscritivos, ambientais e pessoais como capazes de gerar a desigualdade, havendo dentre estes fatores mecanismos que buscam solucionar, ou melhor, amenizar a desigualdade. No caso, os fatos adscritivos, relaciona-se a discriminação em razão da cor e sexo, podendo ser impedido pelo sistema de liberdade natural. Quanto aos fatos ambientais, o mesmo engloba as discriminações quanto a renda, cultura e família, sendo possível combater estas injustiças promovendo de forma equitativa as mesmas oportunidades a cada indivíduo. Por fim, os fatores pessoais, este refere-se as características pessoais de cada ser humano, tendo ligação direta ao princípio da diferença aludido por Rawls anteriormente demonstrada.

Diante o mundo fático, onde as pessoas passam por dificuldades distintas, mesmo que tais direitos sejam concedidos a cada indivíduo, de forma igualitária, questiona-se: seria este

direito justo a cada indivíduo com base nas peculiaridades ao caso concreto? A igualdade de tratamento em determinados casos, direcionada a um desfecho muitas vezes desproporcional caso seja empregado o mesmo princípio. Este questionamento simplesmente expõe a percepção de justiça, aplicando-se a atual realidade vivenciada, onde nem sempre o direito aplicado de forma igualitária se torna justo, pois há de se considerar as relações sociais para se atribuir o que de fato seria equitativo ao caso concreto.

A justiça como equidade perante a teoria rawlsiana conceitua o justo como precedente de bem, tornando os desejos e interesses pessoais de cada indivíduo limitados, ou seja, restringindo as necessidades pessoais, que difere da realidade vivenciada. Pode se aparentar complexo atribuir justiça com equidade diante a desigualdade social, mas há diversas situações que direcionam a busca pelo justo que devem ser relevadas, questões como laços de amizade, amor, compaixão com o próximo e por apreciação a justiça, sendo estas algumas das qualidades que unem os seres humanos em busca de uma sociedade democrática de direitos (NUSSBAUM, 2013).

Frisa-se que o presente texto não busca criticar apontando não ser o entendimento de John Rawls o correto, mas sim demonstrar a perspectiva diversa alcançada ao longo dos anos, frente a evolução e lutas da sociedade, trazendo um novo entendimento ao pensamento do autor, devido a realidade vivencia atualmente questiona-lo, principalmente, ao apreciar a situação do Brasil, onde há grandes problemas sociais e políticos, tendo os governantes conduzido a sociedade a valer-se apenas dos direitos, ignorando seus deveres (BASSO, 2019).

A ideia central de Rawls é que os desejos pessoais e a posições sociais não impliquem na distribuição de justiça, ou melhor, não

podendo o interesse do particular interferir no interesse de toda a coletividade, devido à vontade particular do ser humano poder se sobressair em face das finalidades e princípios. Levando-se ao direcionamento da afirmação realizada por Gabriel B. Almeida no qual compreende que esta teoria, conduz o indivíduo a uma percepção egoísta e desinteressada perante o próximo, mitigando assim as desigualdades, não havendo o interesse do indivíduo perante a situação de forma tolerante e altruísta (ALMEIDA, 2006).

Caso este entendimento seja empregado hoje, infelizmente, nem sempre a aplicação de um direito atingirá todas as pessoas de forma equitativa, a título de exemplo, é válido mencionar o direito a educação resguardado perante a Constituição Federal Brasileira de 1988, no qual, trata-se de um direito básico e fundamental destinado a todos os cidadãos, sem qualquer distinção social ou econômica, seguindo o véu da ignorância, conforme teoria rawlsiana.

No entanto, ao analisar a realidade enfrentada no país, é possível verificar este direito sendo violado, onde rotineiramente crianças e adolescentes são impossibilitadas de frequentar o ambiente escolar por diversos motivos, como por exemplo, em razão de terem que trabalhar para agregar no sustento familiar, assim como diversos adolescentes perdidos no mundo do crime e dos entorpecentes, além de por muitas vezes não haver qualquer amparo familiar para prosseguir nos estudos, em razão da própria família também não ter como parâmetro uma base escolar.

Outrossim, há leis que buscam combater a desigualdade social, que ao serem analisadas diante a teoria da justiça compreende-se como a configuração do princípio da diferença sendo adotado pelos governantes, a título de exemplo, a Lei nº. 12.711, de 29 de agosto de 2012, denominada como Lei de Cotas, que dispõe sobre a reserva de vagas em concursos, vestibulares e outras provas, com

destinação a combater o racismo estrutural presente na sociedade, reivindicando assim a igualdade equitativa de oportunidades e a luta pelas desigualdades sociais conforme o princípio da diferença (BRASIL, 2012).

Vale destacar outro exemplo de grande relevância para o país, que também configura o princípio da diferença de acordo com a teoria contratualista, o programa governamental Bolsa Família, que por meio de transferência direta de renda, tem como finalidade garantir o direito à alimentação, educação e à saúde para todas as famílias brasileiras, evidenciando a busca pelo combate à desigualdade social, como também enfatiza um problema socioeconômico que assola o Brasil.

Estes são apenas uns dos exemplos vivenciados pela sociedade capazes de questionar a concepção rawlsiana, havendo ainda diversos outros possíveis a serem citados, devido a ignorância ao ser aplicada não substituir a realidade vivenciada tanto no Brasil, como no planeta, onde, a teoria muito embora busca preponderar a questão da equidade, contudo, há diversas injustiças a serem consideradas.

Apoiando este raciocínio, Luciano Basso também pressupondo não ser possível o emprego da teoria de Rawls na sociedade brasileira, diante da atual situação do país e para que em um futuro seja possível a aplicação da teoria, o Estado deve começar a atuar empregando políticas que desenvolvam melhores condições de vida aos cidadãos, combatendo as injustiças e desigualdades sociais. Caso não houvesse tantas contrariedades englobadas à sociedade, acredita-se que a situação hipotética do contrato social, de fato, surtiria efeito em demasiadas circunstâncias (BASSO, 2019).

Para que se configure um Estado Democrático os direitos fundamentais devem ser empregados por meio de políticas

públicas, tendo como objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais, entretanto, as políticas sociais, podem atingir resultados positivos e negativos referente a igualdade e a segurança das pessoas, o que certifica que a políticas sociais não pode incorrer em incertezas que levam a discriminação, desaprovação e principalmente que sejam capazes de até mesmo aumentar as desigualdades sociais (STRAPAZZON, 2016).

Martha Nussbaum também acredita que há muitos obstáculos para que se atinja a igualdade social, interpretando haver três problemas associados a justiça, sendo o primeiro problema relacionado às pessoas portadoras de algum impedimento físico e mental, por não serem consideradas como cidadãs, não havendo assim igualdade de tratamento perante a sociedade. Posteriormente, elenca a problemática de ampliação da justiça para todos os indivíduos no mundo, ou seja, uma justiça ampla, única e geral para o planeta e por fim, salienta os problemas enfrentados para combater as injustiças de tratamento de animais não humanos (NUSSBAUM, 2013).

Estes problemas salientados por Nussbaum foram reconhecidos por Rawls como sendo de difícil solução por meio de sua teoria, mas o mesmo não mediu esforços até o final de sua vida acreditando que poderia solucioná-los (NUSSBAUM, 2013).

As distintas percepções ao se analisar a teoria contratualista, não são denominadas como incorretas ou corretas, pois em ambas situações é possível se atingir a justiça como equidade, sendo preservado o conceito central de justiça, o que difere, é que as situações no decorrer da evolução histórica direcionaram a outros apontamentos, como abordado, atualmente a desigualdade social impossibilita a aplicação da teoria, já que a mesma exige uma sociedade bem ordenada para tanto, o que não é atual realidade

vivenciada no mundo, mas nada impede de que no futuro esta problemática seja solucionada, tornando possível novamente a aplicabilidade da teoria.

Apesar das contrariedades e críticas à justiça como equidade empregadas a John Rawls, é possível observar no decorrer da presente síntese que a mesma foi um grande marco para história do direito e da humanidade. Desta forma, diante a evolução constante do planeta, os pensamentos do mundo antigo devem ser analisados e trazidos para a atualidade de forma a considerar as possíveis alterações, com o fim de buscar o justo considerando o desequilíbrio social à frente de toda luta de combate à fome, pobreza, discriminação, desemprego, criminalidade, dentre outras causas, em busca de um mundo melhor, se fazendo assim justiça com igualdade.

Em suma, conclui-se que o mundo vive uma constante busca pela justiça como equidade, contendo uma ampla perspectiva teórica aprimorada no decorrer dos anos, mantendo-se sempre o propósito de justiça, no qual hoje deve ser alcança por meio de medidas adotadas pelos governantes, devendo ser analisado o caso concreto, para que seja de fato resguardados os direitos e deveres perante a sociedades, com o fim de amenizar os impactos e injustiças sociais, buscando sempre que todos possam viver com dignidade.

CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo concluiu-se que, a justiça como equidade desenvolvida por John Rawls não consegue ser integralmente adotada na atualidade, diante das desigualdades sociais serem uma grande problemática que dificulta sua aplicação. Para tal conclusão, inicialmente, o artigo buscou demonstrar que

a justiça de fato pode ser distintivamente interpretada, assim, enfatizou-se diversos conceitos teóricos, restando demonstrado que o objetivo principal da justiça é resguardar uma sociedade democrática de direito.

Logo em seguida, compreendeu-se a justiça como equidade na concepção de John Rawls, sendo explanado todas as características necessárias para a configuração da teoria contratualista, assim demonstrou-se que todos os indivíduos devem se encontrar em uma posição inicial, com vontades mútuas, diante o emprego do véu da ignorância, determinando os princípios a serem seguidos, para que se atinja a justiça como equidade.

Por conseguinte, examinou-se os principais princípios admitidos pelo teórico, referindo-se ao princípio da igualdade, que busca garantir as liberdades básicas iguais e o princípio da diferença, garante a igualdade equitativa de oportunidades e a luta pelas desigualdades sociais e econômicas, sendo exemplificado tal princípio por meio da lei de cotas e do programa social instituído pelo governo, o Bolsa Família (BRASIL, 2004).

Após a referida explanação, adentrou-se na aplicabilidade da teoria rawlsiana diante a desigualdade social, para de fato concluir se a mesma é possível ser aplicada na atualidade, o que ocasionou uma análise de vertentes distintas da teoria, em razão do instituto do véu da ignorância, desconsiderar as questões discriminatórias presentes na sociedade. Desta forma, restou demonstrado que a desigualdade social é um dos grandes problemas que norteiam a humanidade, o que revelou a impossibilidade de que a justiça como equidade seja alcançada levando em consideração o emprego do véu da ignorância perante as indiferenças que englobam a sociedade, por não ser a sociedade bem ordenada para a aplicação da teoria.

Como resultado, é necessário ponderar o senso de justiça de cada indivíduo, no qual é formado por meio das próprias virtudes e princípios influenciados pelas situações vivenciadas perante a sociedade, assim, diante as injustiças sociais, direciona-se a diversos sentidos contrários por não ser a atual sociedade considerada bem-ordenada, não sendo possível almejar uma sociedade igualitária por meio da teoria rawlsiana.

Deste modo, o artigo concluiu, que nos dias de hoje, a teoria contratualista não atinge sua finalidade, ou seja, a justiça como equidade se aplicada conforme entendimento de John Rawls, não é almejada em virtude da desigualdade social, ocasionada pela má gestão da organização social, não configurando uma sociedade bem-organizada. Dito isto, notou-se que a distribuição da justiça de forma igualitária deve ser interpretada de maneira atual, realizando sua aplicabilidade com análise ao caso concreto, fazendo-se a ponderação do que de fato seria justo para cada indivíduo diante a realidade por ele vivenciada, devendo ser levado em consideração seus valores, crenças, princípios, posição social, dentre diversos outros fatos que influenciam na desigualdade social.

Por fim, depreende-se que diante da problemática evidenciada, é necessário que os governantes busquem melhores condições de vida para os cidadãos, onde somente poderá se alcançar um parâmetro igualitário, através de políticas públicas em benefícios dos próprios direitos e deveres resguardados na Constituição brasileira, como saúde, moradia e educação, por serem considerados com um dos principais impasses que provocam a desigualdade social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los? **Cadernos de ética e filosofia política**, n. 8, p. 7-18, jan. 2006.

BASSO, Luciano da Silva. O conceito de liberdade na obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls. *In*: ROCKEMBACK, Ana Claudia; VAILATTI, Natálie; TRAMONTINA, Robison. **Teorias da Justiça**: categorias centrais, teses e interlocuções. Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL, Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família, altera a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836compilado.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. 30 ago. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

MILLER, David. Justice. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 26 Jun. 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/justice/>. Acesso em: 4 maio. 2020.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

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

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Teoria da Justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. **Trans/form/ação**, n. 30, n. 1, p. 169-190, 2007.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O direito humano à segurança social: o regime constitucional do Brasil comparado com 20 modelos estrangeiros. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 6, n. 34, ago. set. 2016. Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_strapazzon/32/. Acesso em: 1 ago. 2020.

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A justiça social, instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, é uma questão de (re) distribuição ou reconhecimento? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 13, p. 13-29, jan./jun. 2013.

CRÍTICAS À ABORDAGEM UTILITARISTA DA JUSTIÇA NA GESTÃO PÚBLICA DA COVID-19

Benedito Antonio da Costa¹

INTRODUÇÃO

A Covid-19 (Coronavírus Disease-2019) é a praga mais recente e mais séria da humanidade neste Século XXI. Ameaça vidas humanas, não respeita fronteiras entre países, e, de modo geral, parece ameaçar principalmente os mais vulneráveis: os mais velhos e aqueles com algum problema de saúde pré-existente, muito embora cada vez mais noticia-se que pessoas aparentemente saudáveis sejam acometidas fatalmente pela doença. As situações de vida ou morte, a escassez de recursos médicos para o tratamento emergencial e os auxílios emergenciais para as pessoas que tiveram suas atividades normais suspensas levantam questões éticas e de justiça que muitas vezes ficam adormecidas, latentes, a espera de situações-limite que, por vezes, surgem em tempos de grandes catástrofes, guerras e pandemias.

Seria justo e ético buscar o bem-estar econômico, e mesmo sanitário, de uma grande maioria oferecendo ao vírus de uma vez por todas o custo que ele cobra da humanidade? Ou uma atitude de resposta baseada na proteção intransigente dos mais vulneráveis poderia resultar em ganhos práticos, humanos e espirituais que fortaleceria a sociedade em aspectos importantes?

A argumentação proposta, ao expor brevemente o cerne das teorias utilitaristas e deontológicas, põe em análise atitudes práticas

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Analista Judiciário do TRE-MT; benedant@gmail.com.

para julgamento do leitor quanto às repercussões morais, éticas e práticas do modo de raciocinar induzido pela assunção de um ou outro padrão de justiça.

Pretende-se brevemente possibilidades de abordagem filosófica, ética e moral, frente as situações que demandam considerações de alteridade em contexto de pandemia. Abordaremos algumas possíveis premissas de uma visão utilitarista (consequencialista, ou eticamente teleológica) de gestão da crise sanitária cogitadas, inclusive, por governos executivos de importantes nações.

Objetiva-se realizar uma breve análise da compatibilidade dessa abordagem com a teoria de justiça deontológica de John Rawls, e quais resultados seriam obtidos se fossem tomadas de forma prática as premissas dessa teoria de Justiça. Abordar-se-ão alguns os aspectos da justiça distributiva que são levantados pela crise sanitária/econômica provocada pela Covid-19.

1 A IDEIA DE JUSTIÇA DO UTILITARISMO: RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS EM BUSCA DE UMA COLETIVIDADE FELIZ

Sobre os julgamentos morais e de justiça, uma das primeiras formas de categorização do pensamento foi feita pelo inglês Jeremy Bentham que, na ambiciosa missão pessoal de reformar o sistema jurídico de seu país, formulou em grandes termos o cálculo utilitário (suavizado gradualmente por Austin e Mill), que conforme preconiza:

Por utilidade se quer dizer que a propriedade de qualquer objeto, pelo qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade, (tudo isso, neste presente caso, significa a mesma coisa) ou (o que vem a ser novamente a mesma coisa) a prevenir que aconteça dano, dor, mal ou infelicidade para a parte cujo interesse é considerado: se a parte é a comunidade em geral,

então a felicidade da comunidade; se um indivíduo em particular, então a felicidade daquele indivíduo.

[...]

A comunidade é um corpo fictício, composto de pessoas individuais que são consideradas como constituídas como se fossem seus membros. O interesse da comunidade, então, qual é? – a soma do interesse dos muitos membros da compõem (BENTHAM, 2000, p. 15, nossa tradução).²

Bentham chega a fornecer um *how to* para a realização do cálculo de dor/prazer: de um lado, as dores produzidas por determinada ação, de outro, a quantidade de prazer produzido. A depender do “balanço”, este será indicativo da “boa tendência” geral do ato com relação aos indivíduos e comunidade (BENTHAM, 2000).

Assim, o cálculo moral consequencialista, prescindindo de considerações sobre direitos individuais quando o resultado das ações, em seu conjunto, resulta em um bem que o avaliador considera “maior”, favorece conclusões que apontam para o legítimo sacrifício de situações desfavoráveis a grupos minoritários, caso o bem resultante crie situações favoráveis aos grupos majoritários utilizando-se como indicador a quantidade de utilidade produzida.

John Stuart Mill procurou suavizar a imediatividade do pensamento de Bentham, abstraindo o prazer derivado do conceito de utilidade e colocando-o na perspectiva do longo prazo e conceitos morais tão avançados quanto a regra de ouro,

² “By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual. [...] The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what is it? – the sum of the interests of the several members who compose it.” Referência em português também em Morris (2002, p. 262).

numa estrutura de princípios mais aproximada com os postulados kantianos, chegando a ver ligações entre o conceito de justiça e o de utilidade (MILL, 2005). Mill interpõe como filtro, para o utilitarismo, os princípios morais “corretos”, que redundem, ao fim, na felicidade geral (utilitarismo da regra). Abre mão de uma felicidade imediata para dar lugar a uma felicidade média futura. Seja como for, um dos principais pesos do utilitarismo é a consequência, próxima ou remota, sobre determinado grupo (consequencialismo).

Esta concepção difere das concepções principiológicas kantianas (abstração principiológica, autonomia e não instrumentalidade do ser humano) – entre as quais incluímos a de John Rawls – por uma questão de flexibilidade ou inflexibilidade da proteção dos direitos individuais, muito embora tanto as teorias kantianas quanto as teorias utilitárias preocupem-se, de alguma forma, com o resultado das ações.

Cento e oitenta e oito anos após a morte de Bentham surge no Planeta um uma doença infecciosa causada pelo Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2), com características marcadas pela grande virulência e transmissão de pessoa a pessoa pelos resíduos corporais (perdigotos e assemelhados). Embora letalidade seja relativamente baixa (estima-se que seja de 1,4% (WU *et al.*, 2020); no Brasil, 4,3%, segundo dados do Ministério da Saúde) (BRASIL, 2020), sua grande virulência contribui para que seja classificado como doença de alto risco e classificada como pandemia. Algumas características tornam a escolha do cálculo utilitário no caso da Covid-19 particularmente tentadora: parece que pessoas mais velhas e pessoas com condições médicas pré-existentes (como asma, diabetes e doenças do coração) são mais vulneráveis às condições mais severas da doença (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020). O cálculo feito por líderes como

Donald Trump e Jair Bolsonaro é sabidamente utilitarista: estribados na opinião de uma minoria de profissionais da saúde, partidários de sua ideologia política. O direcionamento várias vezes buscado por esses líderes foi no sentido de permitir que a população atinja a chamada “imunidade de rebanho” (imunidade de grupo), estimada em cerca de 70%, ou seja, quando 70% da população contrair o vírus, cessaria a contaminação. Melhor seria, na opinião esposada várias vezes pelos dignitários, que se protegessem apenas os vulneráveis, e deixasse a população contaminar-se em altas taxas, buscando-se uma imunidade geral. Com isso a economia não seria prejudicada com as longas quarentenas, gerando utilidade para uma maioria. As mortes no meio do caminho seriam tratadas como ‘baixas de guerra’, mormente quando apenas os mais velhos e já doentes iriam ter suas vidas abreviadas, o que tornaria tais ‘baixas’ aceitáveis.

Apesar de a ciência e o pouco conhecimento existente a respeito do comportamento do vírus na população não confirmarem o raciocínio utilitário daqueles que optaram pela imunidade de grupo, tomemos as conclusões como verdadeiras para que seja possível fazermos considerações morais e éticas sobre a justiça frente aos indivíduos que porventura viessem a ser vítimas fatais da doença.

Antes de uma análise mais aprofundada, deve-se registrar a impressão de que o raciocínio utilitário realizado e revelado pelos citados dignitários, dentro outros, não se assemelha àquele mais sofisticado e recolocado por Mill, pois que obriga a exercícios de abstração e de estrutura moral que parecem não ter feito.

O utilitarismo considera principalmente consequências e resultados. É prático, inexorável e calculista. Por isso sedutor ao homem de silogismo fácil. Pergunta, o utilitarista, de que valem

valores e princípios, se, ao final, não produzirem vantagem e, por isso, prazer para uma maioria?

Maioria é um critério desejado e buscado, como critério material de orientação utilitarista, que tende a aceitar a quebra do imperativo categórico que determina que nenhum ser racional seja jamais tratado como meio (apenas), mas como um fim em si mesmo e simultaneamente.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: A PROTEÇÃO FORTE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS PARA UM BEM-ESTAR SUSTENTÁVEL

John Rawls (1921– 2002) desenvolve e defende concepções de justiça centradas em noções como liberdade e reciprocidade (LYONS, 1972). É famoso pelos seus modelos de representações ideais da Justiça baseados em posições ‘originais’, conhecidas como posição original e véu da ignorância, que são nada mais do que modelos (posições contratuais hipotéticas para representar autonomia e reciprocidade), baseados em esquemas contratualistas, hipotéticos e não-históricos, para ilustrar o raciocínio prático-político que levaria à efetivação de ideais de Justiça. Tais modelos mentais são aparentados com os imperativos categóricos kantianos, devido ao fato de que obrigam a formulações abstratas, inclusivas e generalizantes, em situações de igualdade e com o objetivo de coerência sistemática na compatibilização de vontades de indivíduos situados simetricamente. Representa, em suma, situação de eleição de interesses fundamentais em situação de igualdade (RAWLS, 1993).

Explicando melhor, Rawls propõe que as ordenações fundamentais da sociedade sejam formuladas por indivíduos que tenham por pressuposto (premissa mental de abstração de contingências) uma “posição original” sob um “véu de ignorância”:

Na posição original, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. (RAWLS, 2003, p. 21).

Esta posição original equitativa abstraída de contingências é a base do fundamento da teoria da justiça de Rawls. Deve-se entender estas posições originais não como um fato histórico do qual se originam as condições de ordenação da sociedade, mas um artifício de raciocínio que deve ser revisitado sempre que definições estruturais importantes precisam ser delineadas.

A Teoria de Justiça de Rawls é, reconheça-se, uma teoria ampla de justiça, com forte carga política constitucional, cujo fundamento é a dosagem das vantagens mútuas possibilitadas pelas estruturas básicas (RAWLS, 1997). Mas não se pode negar que a mesma estrutura de Justiça esposada por Rawls aplica-se a situações menos amplas, desde que as premissas gerais sejam respeitadas, como uma ordenação razoável e pretensão à obediência geral a regras básicas.

Sobre as possibilidades normativas e materiais básicas há de haver, numa sociedade bem ordenada, um “consenso sobreposto”, o que significa dizer “os valores políticos e compromissos (mais gerais) dos cidadãos, como parte de sua identidade não-institucional ou moral, são basicamente os mesmos.” (RAWLS, 2003).

A sociedade elegeria, assim, princípios básicos mínimos que permitiriam a coexistência de toda uma diversidade de posições políticas, religiosas, morais e de outras matizes, pelo exercício dos juízos em um equilíbrio reflexivo, ponderado, sopesado (RAWLS, 2003).

A teoria rawlsiana culmina na eleição de ao menos dois “princípios de justiça”: a) cada pessoa tem direito a liberdades básicas comuns a todos; b) as desigualdades devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade, de acordo com o princípio de diferença (RAWLS, 2003).

Classificamos a posição de Rawls relacionada com os direitos fundamentais como “forte”, e, porque não, direta, visto que não são aceitas exclusões ou sacrifícios individuais em busca de um ‘bem coletivo’.

O raciocínio de desnudamento e abstração individual (véu de ignorância) como artifício mental e sistemático para julgamentos morais na adoção de políticas não permitiria cálculos que tenham como aceitáveis sacrifícios de interesses de indivíduos que poderiam ser colocados como no lugar do desfavorecido. Esta forte aderência a direitos básicos individuais, mesmo que utilizados apenas para a aferição de direitos bem básicos, permite que se classifique a teoria rawlsiana como ‘forte’, em contraste com teorias cujo resultado de proteção individual se dá indiretamente, como colheita de efeitos sistêmicos benéficos a um número grande de beneficiários, mas com sacrifícios pontuais. Este tipo de proteção, que se poderia denominar ‘fraca’, não está indissolavelmente ligada aos indivíduos como tais.

O respeito inflexível a liberdades comuns a todos como validade de uma justiça particular, e uma justificativa pública para desigualdades marcam permanentemente a teoria da justiça de Rawls.

O aspecto da sustentabilidade da posição rawlsiana, forte, dos direitos individuais vem da inferência de que não haverá

formação de grupos divididos em super beneficiários de uma situação de utilidade e outro que suporta o peso deste benefício. Não raro as revoltas, revoluções e agitações sociais, fruto de uma sempre presente homeostase (tendência ao sistema de procurar equilíbrio dinâmico) social do sistema.³ Fundamentar um sistema com elementos catalisadores das igualdades fundamentais poupa o meio das respostas, muitas delas convulsionantes, do próprio sistema e de seus indivíduos. O reforço ao equilíbrio básico fundamental na distribuição dos direitos permite o efeito sustentável da estabilidade social, evidentemente superiores a elementos geradores de injustiça individual, muito embora essa possa se dar em contribuição a ganhos práticos momentâneos a grupos.

3 REFLEXÕES SOBRE AS DIFERENÇAS DE ABORDAGENS ENTRE O UTILITARISMO E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS NO CENÁRIO DA PANDEMIA

A teoria de justiça rawlsiana difere do utilitarismo clássico por não aceitar, por padrão, o sacrifício de liberdades individuais de alguns indivíduos em benefício do bem estar de uma maioria. Rawls presume que “as pessoas na posição original rejeitariam o princípio da utilidade” e que, em seu lugar, adotariam os dois princípios de justiça já mencionados (liberdade básicas comuns e o princípio da diferença), apontando ainda que, ao contrário do que possa parecer, o “utilitarismo não é individualista”. Naturalmente, a teoria esposada por Rawls não é teleológica no sentido de que não consegue pensar o bom independentemente do justo para todos os indivíduos envolvidos (RAWLS, 2002).

³ Sobre noções de homeostase em seu conceito ampliado vide Damásio (2018).

Como sempre haverá uma projeção de igualdade na alteridade, as posições originais rawlsianas, explicativas do imperativo categórico kantiano, não partiriam do pressuposto de aceitar o risco de atingimento de bem valioso individual alheio (saúde, por exemplo), para o benefício parcial de uma comunidade, se este risco não fosse também aceito e compartilhado com todos de maneira abstrata e fundamental.

A moral subjacente ao cálculo de justiça do utilitarismo não passa pelo teste da chamada “guilhotina de Hume” (muito embora o próprio Hume seja considerado por alguns como tendo lançado o germe do utilitarismo ao ressaltar o papel da dor/prazer nas avaliações morais), que explicita o princípio lógico de que não é possível derivar, de forma direta e automática, do mundo do ser (ontológico, factual), proposições para o mundo dos deveres (HUME, 2009). O utilitarismo pretende derivar, das condições contingentes da realidade fenomênica, suas proposições e justificações de dever, fazendo com que situações fáticas se aproximem muito das conclusões de dever, colocando em perigo a separação que, julgamos, deve existir para que as ações sejam guiadas pelo sentimento moral, e não o contrário.

O ganho utilitarista é prático. A perda, intrínseca, metafísica e espiritual.

O deontologismo kantiano/rawlsiano difere da visão do utilitarismo justamente na sua formulação básica, ou seja, na instrumentalidade da motivação das ações. Essas considerações são úteis porque, sem que se pretenda atribuída ao direito uma pureza de formulação conforme fez Kelsen, não se pode deixar de apontar para a distinção entre o Direito (formação de um consenso externo aos indivíduos e provido de sanções – ou coexistência de arbítrios consensuais – segundo Kant) da Moral (justificativa do

motivo das ações, inclusive aquelas que produzem o Direito). A tensão, e a correspondência, entre a Moral e o Direito é o movimento dialético que coloca todos, cidadãos comuns, legisladores, juízes, executores e juristas em um mesmo protocolo básico de comunicação que permite as interações no sistema democrático se premissas básicas são elegidas (razão pública), inclusive sobre os limites da regra majoritária (RAWLS, 2003).

Assim, o sentido de alteridade do utilitarismo é instrumental, ou seja, encara o outro como ferramenta de uma felicidade individual ou geral, sem considerações de origem reflexiva ou de projeção de uma igualdade substancial entre os indivíduos. As teorias kantianas obrigam a um cálculo não exclusivamente instrumental, mas protetivo da ideia de alteridade igualitária das pessoas. Teorias como as de John Rawls força uma projeção externa da personalidade do indivíduo, colocando-o em situações de generalidade e igualando os valores, as perspectivas e os papéis iniciais em uma dada sociedade 'bem ordenada'.

A diferença de abordagem é sutil, mas poderosa moralmente: nas teorias kantianas, mesmo que não haja efeitos colaterais, positivos ou negativos, em uma determinada ação, ela não será moralmente aceitável se ferir premissas de uma alteridade igualitária projetada, ou virtual. Para as teorias utilitaristas, o cálculo é externo e não essencialmente preocupado com indagações internas virtualmente reflexivas.

Para ilustrar, não se negará que certamente há diferença entre o raciocínio de não ferir o outro fisicamente por que tenho consciência de que um ferimento é dolorido e prejudicial ao meu corpo e será também dolorido e prejudicial ao corpo de meu semelhante e, logo, devo ter como meta não ferir a ninguém, se comparado ao raciocínio de que evitarei ferir meu semelhante pois

que o mesmo pode revidar o ferimento e também processar me perante as autoridades. Ambos os fundamentos morais resultarão com maior ou menor eficácia no fomento a uma atitude de não atingimento incolumidade alheia, mas é perceptível a diferença moral entre as posições, visto que a ausência de coerção (efeito externo) poderá ter o efeito de desinibir alguém a ser agressor.

O cálculo das teorias kantianas deontológicas de justiça, portanto, é mais profundo, tanto interna quanto externamente ao indivíduo se comparado às teorias utilitaristas, pois coloca filtros silogisticamente apriorísticos, precoces, aos juízos morais, barrando atitudes práticas aventureiras cujos resultados não são conhecidos de antemão. Conforme veremos, este efeito das teorias kantianas é bem e ilustrado pelas premissas escolhidas por alguns governantes na abordagem de saúde pública da pandemia causada pelo Covid-19.

A escolha das premissas filosóficas dos componentes morais de uma sociedade influencia grandemente a *nomogênese* jurídica, visto que a partir dessas premissas é que os representantes eleitos e não eleitos diretamente escolhem as normas, abstratas ou concretas, aplicáveis à sociedade (REALE, 2002).

Pode-se argumentar, como alguns têm feito, que tanto os esquemas utilitaristas quanto os esquemas deontológicos rawlsianos podem ter, na prática, o mesmo efeito, ou que não está provado que a teoria utilitarista terá o efeito não justo que lhe imputam (LYONS, 1972).⁴ Mesmo assim, está-se a falar em moralidade que produz Justiça e que fazer as coisas certas pelo motivo certo é moralmente melhor do que fazer a coisa certa por motivo meramente egoístico.

⁴ Para uma crítica tanto ao utilitarismo quanto à teoria da justiça de Rawls, bem como uma teoria das capacidades, vide Sen (2000). Opinando pela similitude das bases rawlsianas e utilitaristas, vide Brett (1994).

Deve-se admitir que a diferenciação entre os fundamentos da moral utilitarista e kantiana/rawlsiana não é fácil pois que existe não apenas um, mas vários círculos concêntricos no quesito da geração de dor/prazer, utilidade em sentido amplo e na própria finalidade prática das ações. Rawls explana a sociedade utilitarista se justifica nos mecanismos para se conseguir “o maior saldo líquido de satisfação” a partir das participações individuais. Conforme reconhece o próprio Rawls, sua teoria de justiça, todas as doutrinas éticas sérias levam, em maior ou menor grau, em consideração, fundamentos teleológicos (RAWLS, 2002). A questão, então, reside no fato de que as premissas deontológicas da teoria rawlsiana são colocadas de forma inclusiva e apriorística, enquanto o cálculo utilitarista projetado *a posteriori*, aceitando resultados fáticos independentemente de um ‘contrato’ virtualmente estabelecido a partir de uma justiça universal.

O certo é que a cronologia, a instrumentalidade e a reciprocidade igualitária são fatores relevantes para a diferenciação. Os efeitos dessa diferenciação na justiça e na moral, contudo, são grandes.

Um problema tratado por Rawls é o problema da justiça distributiva “sustentável”, ou seja, como estruturar instituições para que a cooperação social equitativa, eficiente e produtiva possa se manter no tempo?

A estrutura básica está organizada de tal modo que quando todos seguem as normas publicamente reconhecidas de cooperação, e honram as exigências que as normas especificam, as distribuições específicas de bens daí resultantes são consideradas justas (ou pelo menos, não injustas), quaisquer que venham a ser. (RAWLS, 2003, p. 70).

A distributividade, em Rawls, é característica da aceitação comum das “regras do jogo”, que podem, inclusive, resultar na vantagem adicional a indivíduos. Nisso é que os auxílios emergenciais cumprem um papel legítimo de distributividade: enquanto for necessário que haja interrupção das atividades que mantém sob controle a saúde pública, o auxílio, financiado por todos, é direito para aqueles que momentaneamente não podem prover-se do necessário. Segundo Tramontina, para a teoria de justiça rawlsiana, “todos aqueles que colaboram devem beneficiar-se adequadamente pelo seu envolvimento. Os benefícios que são produzidos coletivamente devem ser distribuídos equitativamente.” (TRAMONTINA, 2011, p. 88).

Questões sobre a governança pública, gestão eficiente e sustentabilidade do modelo de auxílio adotado, muito embora relevantes, não cabem no escopo deste trabalho, mas devem também ser considerados.

Já a distributividade, ou justiça distributiva, do utilitarismo é fundada, não na presunção de igualdade igualitária da pessoa, mas em um cálculo de maximização dos benefícios gerais de uma distributividade dos bens mínimos, e de uma prevenção dos malefícios que uma não distributividade acarretaria para o próprio indivíduo que procede o cálculo. Um tal o raciocínio pode ter realmente um valor prático, mas certamente terá um valor moral reduzido.

Há também a questão da utilização de máscaras para a proteção mútua dos indivíduos contra a transmissão da Covid-19. Se todos os indivíduos se utilizam de equipamento de proteção individual que impede a transmissão de doença infecciosa, considera-se a transmissão eventual como um acidente inevitável. Contudo, se parte dos indivíduos se recusa a utilizar máscaras de proteção, há uma assimetria de comportamento cujo resultado

será uma transmissão injusta da doença e uma utilização injusta do sistema de saúde para o tratamento de indivíduos que não contribuíram para a saúde geral.

Rawls, em interessante trecho de sua Teoria, assim coloca:

Alguém que se vacinou contra uma doença contagiosa ajuda os outros e também a si mesmo; e embora essa proteção possa não ter valor para essa pessoa em particular, ela pode ser válida para a comunidade local, quando todas as vantagens forem consideradas. (RAWLS, 2002, p. 297).

O utilitarismo clássico aceita ao menos considerar a hipótese de sacrifício de alguns cidadãos em benefício de um possível resultado benéfico para outra parte da população. A teoria de justiça rawlsiana não permite esse raciocínio, pois quebraria os princípios de Justiça, dado que nenhum cidadão tem o direito de expor a perigo concreto o outro e ao mesmo tempo ser protegido por comportamento preventivo da parte do outro.

A situação da distributividade dos meios de tratamento contra a doença torna-se injusta se não houver cooperação ampla e irrestrita dos cidadãos, e está a justificar sanções para que o comportamento condizente com os princípios de Justiça seja induzido, inserindo vetores justificantes no ordenamento.

Voltando à questão da distributividade dos meios materiais de subsistência de uma população que não pode exercer suas atividades profissionais de forma costumeira, significa dizer que, como o resultado do distanciamento de cada um refletirá na saúde coletiva, a coletividade financiará a inatividade daqueles que cessaram temporariamente suas atividades. O valor de Justiça deste arranjo de subsistência coletiva é reconhecido imediatamente.

A justificativa moral para tal arranjo pode diferir um pouco a partir do referencial moral de Justiça.

Os motivos que conseguimos vislumbrar para que um utilitarista consinta em que a sociedade financie a inatividade, ou isolamento, dos trabalhadores é que, não fosse assim, o vírus se espalharia de forma tão rápida que poderia: 1) infectá-lo mais facilmente caso a doença se espalhe de modo desordenado 2) tornar os leitos dos hospitais indisponíveis caso ele próprio precise de tratamento; 3) a situação econômica apresentaria uma piora tal que poderia prejudicar também sua própria economia.

Já para os motivos deontológicos kantianos/rawlsianos, o que importa não é somente o efeito reflexo do isolamento nele próprio, mas sim: 1) se uma pessoa vulnerável será devidamente protegida pelo isolamento (tomando por premissa que todos pudessem estar na situação original de poder ser de alguma forma vulnerável); 2) se as necessidades mais prementes das pessoas em isolamento serão atendidas; 3) se todos carregarão igualmente o peso do tratamento profilático.

Esta diferenciação é importante, pois, segundo Rawls (1997, p. 290):

Tanto a justiça como equidade quanto o perfeccionismo estabelecem de forma independente uma concepção ideal da pessoa e da estrutura básica, de modo que não só certos desejos e inclinações são desestimulados, mas também o efeito das circunstâncias iniciais por fim poderá desaparecer. A diferença consiste em que no utilitarismo, não podemos ter certeza do que irá acontecer. Como não há nenhum ideal incorporado em seu princípio básico, o ponto de partida pode sempre influenciar o caminho que vamos seguir.

Devemos, assim, nos perguntar: se houvesse garantia para a maioria de que ela não seria afetada de modo adverso pela pandemia,

haveria, mesmo assim, motivação suficiente para a distributividade? Deve-se reconhecer que para o utilitarista é mais difícil justificar essa proteção do grupo minoritário, enquanto que para a ética deontológica tal comportamento é obrigatório, a despeito de safar-se individualmente o indivíduo.

Rawls aponta como uma das principais diferenças entre sua teoria e a teoria da utilidade está contida na ideia de reciprocidade:

Como disse, o fato de o princípio de diferença incluir uma ideia de reciprocidade distingue-o do princípio da utilidade restrita. Este último é um princípio agregativo maximizador sem nenhuma tendência inerente quer para a igualdade quer para a reciprocidade; qualquer tendência dessa natureza depende das consequências de sua aplicação em determinadas circunstâncias, que variam de caso para caso. As duas comparações fundamentais exploram esse fato: como dissemos, a primeira ressalta a vantagem dos dois princípios com respeito à igualdade (as liberdades básicas iguais), a segunda, com respeito à reciprocidade. (RAWLS, 2003, p. 173).

O utilitarismo clássico, chamado por Rawls de “utilidade restrita”, atrai a crítica deste último por ser ambíguo e vago, e não passível de ser reconhecido por todos (RAWLS, 2003). Uma maior felicidade possível para o maior número não possui densidade suficiente para direcionar ações.

A opção utilitarista pela imunidade coletiva com sacrifício de minoria vulnerável vai diametralmente de encontro ao “princípio da diferença” elaborado por John Rawls, cujo teor é que as desigualdades “têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.” (RAWLS, 2003, p. 60).

Embora Rawls se refira a desigualdades sociais e econômicas, nada nos impede de aquilatar esta situação sobre este prisma, visto

que a opção aqui analisada justamente coloca os menos favorecidos em desvantagem, prejudicando-os.

Certamente, também, ninguém tomaria uma tal decisão sanitária se não soubesse de antemão em qual momento de sua vida sobreviria tal pandemia, se em uma idade avançada ou em um momento em que estaria doente, fazendo-a não passar pelo teste da “posição original” de Rawls.

A estratégia da imunidade de grupo traduz pensamento utilitarista muito semelhante a versão original do pensamento de Jeremy Bentham, pois redundando em uma aceitação de eventuais perdas por uma minoria cujos interesses estariam sendo sacrificados para permitir o menor sofrimento (uma maior utilidade) da maioria dos indivíduos como grupo (questão econômica). Talvez a ética que subjaz ao cálculo utilitarista – *salus populi suprema lex esto* – a saúde do povo deve ser a suprema lei – é a proteção imediata da população de efeitos que, no decorrer do tempo, seriam “tão ou mais severos que o vírus”, pois que uma condição econômica debilitada resultaria em risco alimentar que, por sua vez, resultaria em doenças e em prejuízos maiores.

Para Sandel (2015, p. 66), as objeções ao princípio utilitarista de Bentham inclui que ele não atribui “o devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais e reduz equivocadamente tudo que tem importância moral a uma única escala de prazer e dor.”

Difícilmente a opção utilitarista de imunidade coletiva passaria em técnicas de ponderação (sopesamento) tais como a preconizada por Robert Alexy (2008) quando os valores já esposados fossem contrabalançados por interesses meramente econômicos.

As possibilidades jurídicas que surgem da opção utilitarista citada não passam pela máxima da adequação, muito menos da proporcionalidade em sentido estrito, visto que, *in extremis*, pode ter

o condão de privar um cidadão até mesmo da possibilidade de ser pessoa (morte), hipótese não aceitável, por suposto. Não será justa a exigência, mesmo que potencial, da parte de uma maioria, para que os indivíduos em desvantagem optem por desistir de direitos de forma absoluta. Seria certamente inconstitucional qualquer opção de decisão que não preservasse a precondição de aquisição de direitos dos cidadãos, que é a vida.

De fato, há de se reconhecer a incompatibilidade de um pensamento puramente utilitarista com o Estado Democrático de Direito, particularmente com princípios generalíssimos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e também com objetivos fundamentais da República Federativa, dentre eles aqueles registrados no art. 3º do Escrito Constituinte: construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária estão íntima e necessariamente ligados aos de promover o bem de todos sem preconceitos decorrentes de situações desfavoráveis tais como idade e “quaisquer outras formas de discriminação”, incluindo-se, obviamente, a proteção contra a utilização do indivíduo como instrumento de um possível benefício a um grupo majoritário.

CONCLUSÃO

Especificamente se tratando da doença pandêmica causada pelo Covid-19 é de se reconhecer que fatores como idade mais avançada e comorbidades pré-existentes colocam tais pessoas em maior risco de morte.

A aceitação do risco eventual de que pessoas em grupo de vulnerabilidade possam ser consideradas como baixas aceitáveis para o bem de uma grande maioria saudável e fora de ‘grupo de

risco' não é condizente com o objetivo primário da República de promover o bem de todos. Certamente o cálculo utilitário privilegiaria a liberdade da maioria dos cidadãos para exercerem suas profissões e atividades econômicas, mas sacrificaria aspectos de justiça relacionados com a solidariedade e a igualdade.

A escolha utilitarista da imunidade de grupo também parece ter o problema de tratar os indivíduos como não merecedores de especial proteção para sua saúde pelo fato de que já estão em momentos da vida que tornaria esta proteção menos útil para a sociedade como um todo, acrescentando um fator ainda maior de indignidade ao cálculo utilitarista.

O sacrifício exigido pela justiça utilitarista também não está de acordo com a ideia de não instrumentalização da vida humana, visto que, ao negar-se direitos básicos de saúde e sobrevivência, vê-se o indivíduo não como pessoa, mas como uma não-pessoa, ou pessoa destituída de toda a proteção necessária, ferindo, assim, de morte os imperativos de justiça que traduzem, em grande medida, a moral adotada pela maioria dos Estados Democráticos de Direito.

A distributividade de bens essenciais às pessoas que paralisaram suas atividades pelo bem da comunidade (embora também para o seu próprio) é apropriada segundo os padrões da teoria rawlsiana de justiça, ao passo que a sanção àqueles que deixam de cumprir regras sanitárias cuja razão é válida apenas se cumprida pela maioria também o é.

Assim, a visão simplesmente imediatista, pragmática e consequencialista de uma abordagem utilitarista clássica na gestão da saúde pública deve ser descartada por ferir, sob vários aspectos, concepções de justiça cuja negligência resulta na desobediência a preceitos constitucionais, bem como na quebra de importantes

princípios essenciais para a preservação dos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito.

Uma abordagem deontológica, a partir de princípios que obrigam o raciocínio de alteridade igualitária para a proteção de todos terá efeitos muito mais profundos, pedagógicos, práticos, sustentáveis e moralmente apropriados do que uma teoria que leva em conta cálculo de custo-benefício coletivo puro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. [S. l.]: Batoche books, Kitchener, 2000. Disponível em: <http://site.ebrary.com/id/2001956>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel coronavírus**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRETT, Selene. Rawls theory of justice and his criticism of utilitarianism. **UCL Jurisprudence Review**, p. 59–73, 1994. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein:journals/ucljurev1&i=67>. Acesso em: 6 out. 2020.

DAMÁSIO, António R. **A estranha ordem das coisas**. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

LYONS, D. Rawls versus utilitarianism. **The Journal of Philosophy**, v. 69, 1972. Disponível em: <http://sci-hub.tw/10.2307/2025370>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005.

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

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

RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova Iorque: Universidade de Columbia, 1993.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TRAMONTINA, Robison. **Uma teoria das obrigações políticas**: uma proposta a partir do Liberalismo Político. (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public**. [S. l.]: WHO, 2020. Disponível no site: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

WU, J. T. *et al.* Estimating clinical severity of COVID-19 from the transmission dynamics in Wuhan, China. **Nat Med.**, v. 26, p. 506–510, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0822-7>

O MODELO DE CONTRATO SOCIAL IDEALIZADO POR JOHN RAWLS E O VÍCIO DE CONSENTIMENTO

Herôdoto Souza Fontenele Júnior¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o modelo de contrato social idealizado por John Rawls e o vício de consentimento, através de uma análise que será realizada mediante os ensinamentos deste autor, vez que as ideias de Rawls até para quem discorda de seus pensamentos podem ser consideradas um tanto quanto razoável, conforme verifica-se pelo exposto a seguir.

Neste viés, Rawls aponta determinados fatores como essenciais para se estabelecer um contrato para toda sociedade, de modo que, a partir desses pressupostos poderia se formar uma sociedade um tanto quanto mais justa e equânime, isso porque, coloca como basilar a questão inerente ao bem estar social.

Desse modo, levanta-se o seguinte questionamento: qual seria o modelo de contrato social idealizado por John Rawls?

Com as mais variadas formas de discussão existentes, quanto a possíveis modelos ideias de composição social, ou ainda, vários debates acerca de justiça social e correção de desnivelamentos coletivos, é de suma importância o enfrentamento da problemática em questão, tendo-se como hipótese inicial que o modelo idealizado por John Rawls poderia de fato corrigir as assimetrias existentes no sistema, sendo por sua vez capaz de potencializar um equilíbrio comunitário.

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio; Advogado; juniorfonteneleadv@gmail.com

Ademais, será de grande importância adentrar em outras questões discutidas no modelo de contrato vislumbrado por Rawls, como por exemplo, se o consentimento das partes seria o suficiente, ou não, para tornar um contrato justo, bem como fazer uma análise de outros elementos que orbitam o cenário contratual, na tentativa de identificar alguns “vícios” que podem ocorrer com determinada frequência em razão das circunstâncias negociais ou até mesmo por uma possível característica do negociador.

O consentimento é uma parte importante dos contratos atuais, porque, na falta deste, eles não podem ser executados. Os vícios de consentimento são qualquer fato, manifestação ou atitude que prejudica o contrato, muita das vezes gerando uma situação de desproporcionalidade para uma das partes.

Os vícios normalmente se manifestam através de fraude, erro, intimidação, ameaça e violência. Quando celebramos um contrato, a vontade das partes é manifestada, acordada verbalmente ou assinada em um documento. Essa manifestação é conhecida como consentimento. O consentimento pode ser afetado por fatores externos às partes, que chamamos de vícios de consentimento. Esses vícios podem ser enganos, erros ou fraudes. Isso pode resultar em decisões erradas do contratado, uma vez que não aderiram à realidade contratual.

Portanto, é objetivo geral deste artigo analisar o contrato social idealizado por John Rawls e o vício de consentimento, destacando o modelo almejado pelo autor, como também verificar as diferenças deste modelo quando comparado a outros defendidos por outros autores. Para compreender melhor os constituintes de um contrato social e os vícios de consentimentos será realizada uma revisão de literatura acerca do assunto.

Para tanto, será utilizada a pesquisa exploratória com a finalidade de investigar a resposta para o problema delimitado, bem como a pesquisa bibliográfica para evidenciar o posicionamento do autor perquirido, demonstrando as visões e contribuições que outros autores dispensam ao tema ora analisado.

Destarte, o intuito do presente texto é elencar de forma objetiva os ensinamentos perseguidos por tal autor, a fim de verificar e discutir sinteticamente as centrais características do modelo de contrato social almejado por Rawls, com a finalidade de demonstrar e exemplificar as principais críticas feitas pelo pensador, bem como apreciar as essenciais teses defendidas por ele para justificar a busca pela equanimidade, situação em que distribuições sociais e talentos individuais deveriam ser revestidos em prol do bem comum.

1 O CONTRATO SOCIAL E SUAS DIVERSAS IDEALIZAÇÕES

O contratualismo ou a teoria do contrato social é um conceito usado para designar um acordo implícito dentro de um cenário em relação aos direitos e responsabilidades do Estado e de seus cidadãos, o acordo entre um grupo e seus membros ou mesmo o mero acordo entre indivíduos. Todos os membros de uma sociedade devem aceitar os termos do contrato por sua escolha de ingressar na sociedade sem violá-los, o que significaria um retorno ao estado de natureza (SANDEL, 2015).

A teoria do contrato social é algo relativamente moderno, de forma que se pode encontrar ideias na “República” de Platão ou na obra de Francisco Suarez, na chamada Escola de Salamanca, quando ele teoriza sobre o direito natural na tentativa de limitar o direito divino da monarquia absoluta. A rigor, a ideia do estado de natureza foi exposta por Thomas Hobbes em sua obra “O Leviatã”

em 1651, onde ele expõe que, sem a sociedade, viveríamos em um estado de natureza onde cada um de nós teria uma quantidade ilimitada de liberdades naturais. A parte negativa é que isso supõe o “direito a todas as coisas”, e isso inclui até a liberdade de atacar quem ameaça a autopreservação de si mesmo; existe um estado permanente de guerra de todos contra todos (*Bellum omnium contra omnes*, na obra original). O que Hobbes propõe é a transferência de parte desses direitos naturais, graças a um contrato social, a uma entidade estatal, que ele chamara de Leviatã, e que seria responsável pela manutenção da paz e segurança (HOBBS, 2009).

Deve-se ter em mente que as descrições do estado da natureza são meramente teóricas; a descrição de uma realidade histórica passada não se destina a nenhum caso (que, por outro lado, seria mais que complicado), mas a necessidade lógica de todas as empresas a fazer certa transferência de direitos, a fim de obter segurança e certeza nas relações sociais. Os direitos são articulados em obrigações positivas e negativas; por exemplo, não ser roubado (obrigação negativa) acarreta uma obrigação positiva recíproca de devolver o roubado (HOBBS, 2009).

O contrato social serve a um propósito específico, o benefício de todos, e é legítimo apenas na medida em que serve a esse propósito. Quando ocorrem falhas no contrato, é possível renegociar os termos por meio de eleições ou da legislatura. John Locke, por exemplo, passou a falar de um direito hipotético de rebelião no caso de o contrato levar à tirania. Os membros do produto da sociedade do contrato social aceitam a punição como consequência das ações que poderiam realizar contra ela. Isso se deve ao fato de que eles têm certeza das consequências de suas ações e isso é preferível à completa falta de definição de um estado permanente de guerra (HOBBS, 2009).

John Locke, em sua obra de 1689, “Segundo Tratado sobre Governo Civil” articula outra teoria sobre o contrato social que, ao contrário de Hobbes, não defende a monarquia absoluta (o Leviatã vê tudo e controla tudo) e até articula o direito de rebelião contra a tirania e o direito das partes contratantes de modificar ou abolir o governo (LOCKE, 1994). Por esse motivo, ele é considerado um dos principais pensadores do liberalismo. Além disso, para aumentar as diferenças entre os dois, Locke acredita na existência de uma racionalidade humana, constitutiva da lei natural e na bondade natural do homem, enquanto Hobbes considerava o homem imoral por natureza, sem lei ou Deus.

Jean Jacques Rousseau, em seu “Contrato Social ou Princípios do Direito Político” de 1762, elaborou uma versão do contrato social baseada no conceito de soberania popular, que ele considerou indivisível e inalienável. Sua teoria inclui uma concepção da vontade geral de natureza holística ou coletiva, algo mais do que uma simples soma de indivíduos (ROUSSEAU, 1999). Assim, difere da concepção lockeana, mais individualista. Rousseau sustenta que, como parte de um corpo coletivo, os indivíduos abandonam seu egoísmo natural para criar uma vontade geral que decide o que é bom para a sociedade como um todo.

Isto posto, os posicionamentos destacado até aqui, são de suma importância para demonstrar a amplitude do tema, bem como evidencia a dificuldade de se formar um contrato social que consiga atender e corresponder aos anseios de todos os membros do corpo social, dessa forma, teve-se a exposição de emblemáticas correntes acerca do contrato social, as quais robustece o estudo em questão, e ainda, será de grande importância para demonstrar o quão diferente é o modelo pensado por Rawls.

1.2 O VÍCIO DE CONSENTIMENTO: FATORES HISTÓRICOS

A violência como vício do consentimento já era adotada pelo direito romano. Para analisar esse vício, podemos usar dois critérios: um concreto e subjetivo, e o outro abstrato e objetivo, ou seja, um critério que atenda à condição particular do indivíduo vítima de violência ou de um homem comum, cujas características podem variar de acordo com a lei. Nesse sentido, é necessário que a violência seja grave (SILVA, 2008).

É necessário que a violência exista quando é praticada contra uma pessoa razoável e pode inspirar o medo de expor sua pessoa ou fortuna a um mal considerável e presente. Assim, não há contrato válido quando outrem é coagido e forçado sob a influência de uma pressão irresistível sobre ele. Sobre o caráter determinante subjetivo que a violência deve ter para configurar o vício do consentimento, a maioria dos autores concorda. Os civis exigem que a violência tenha sido decisiva, a jurisprudência é expressa no mesmo sentido, quando o medo apenas desempenhou na preparação e na conclusão do ato um papel secundário e acessório, os tribunais se recusam a declarar a nulidade (SILVA, 2011).

Assim que o medo injusto funcionar como motivo determinante, o consentimento é viciado e o contrato é anulado, sem a necessidade de qualquer condição adicional e sem fazer distinção derivada da natureza do ato jurídico, da origem da violência, o procedimento utilizado ou a circunstância do risco. Os autores franceses unem-se com a nulidade do ato à operação da vontade originada pela violência. E a substância da violência é o medo do mal, toda a violência, em resumo, é resolvida com um medo que distorce a manifestação da vontade. Existe violência quando o consentimento é dado sob a regra do sofrimento atual ou do medo do sofrimento

futuro, a doutrina concorda que o que deve estar presente é o medo. Portanto, ameaças verbais simples são capazes de constituir violência, e a proximidade do mal não é necessária. O mal pode ser contra a pessoa ou contra a propriedade, pois para a pessoa o sofrimento pode ser tanto físico quanto moral, é necessário que a ameaça seja um determinante do consentimento e que seja adequado para despertar o medo de uma pessoa normal (VENOSA, 2008).

Por fim, torna-se relevante destacar que ao decorrer da historicidade foram se afluando as discussões referentes a determinadas condições que poderia tornar determinado contrato nulo ou anulável, bem como fatores internos e externos que pudessem desequilibrar as relações contratuais. Rawls, objeto deste estudo, possui opiniões diversificadas e bem definidas acerca dos elementos capazes de atribuir força moral a um contrato e conseqüentemente, torná-lo justo, elementos estes que serão melhor destacados no tópico subsequente.

2 CONSENTIMENTO X AUTONOMIA E RECIPROCIDADE

O consentimento tem um peso bastante considerável para validação dos contratos atuais, de modo que, “vícios” em sua órbita podem anular ou tornar determinado contrato nulo. Rawls figura central deste estudo, não descarta o consentimento, mas por outro lado não o coloca como elemento preponderante para validação de um contrato, vez que entende que outros elementos como autonomia e reciprocidade de benefícios podem ser considerados cruciais ao invés daquele, até porque, tal autor parte do pressuposto de que não é porque se consentiu que determinado contrato será justo.

Partindo desta premissa, pode-se observar na obra de Michael Sandel – Justiça: O que é fazer a coisa certa – alguns exemplos que corroboram com a ideia encampada por John Rawls, isso porque se pegarmos como evidência o episódio narrado em seu livro em que uma senhora paga para um prestador de serviços a quantia de 50 mil dólares para consertar um vazamento no banheiro de sua residência (25 mil no início do trabalho e o restante parcelado), será possível verificar desde logo, que o mero consentimento não é capaz de garantir justiça em uma relação, vale destacar que o caso supramencionado foi descoberto e o prestador do serviço abusivo foi preso, todavia, o principal objetivo da ilustração e demonstrar a desproporcionalidade vivenciada, sendo que de fato houve o consentimento entre ambos, porém, o resultado final foi um acordo injusto, visto que o bombeiro hidráulico se valeu de uma vantagem que lhe colocou em posição de melhor negociador, situação em que indubitavelmente a senhora caso não tivesse havido intervenção, indubitavelmente teria saído no prejuízo (SANDEL, 2015).

O exemplo explicitado acima é um importante alicerce na construção do raciocínio defendido por Rawls, pois demonstra claramente que diferentes pessoas possuem uma série de diversidades de conhecimentos, posição social, dentre outros fatores, que podem influenciar diretamente em uma negociação contratual, de modo que, até mesmo o momento da negociação podem trazer resultados totalmente diferentes, demonstrando por sua vez várias “causalidades” que podem tornar alguns contratos injustos.

Neste viés, sem adentrar muito na questão da posição original que será especificada adiante, é necessário desde já demonstrar que vários fatores podem influir na pactuação de um contrato, de modo que, seria importante então que o ponto de partida para a

pactuação de um contrato colocam-se os pactuantes em condições equitativas, para não haver ou ao menos reduzir o máximo possível as desproporcionalidades negociais.

Uma vez evidenciado os problemas que orbitam o consentimento, é imperioso destacar a razão de Rawls refutar este elemento como preponderante para a validação dos contratos em geral e apontar a autonomia e a reciprocidade como elementos mais convincentes e ponderados.

Pois bem, Rawls coloca como preponderante a questão da autonomia, sendo condição fundamental para que os indivíduos dissociados de fatores alheios e em condições de paridade pudessem definir quais as cláusulas deveriam estar adstritas ao contrato almejado, logicamente que dentro de um estudo mais aprofundado referente a um possível cenário de definição do contrato social, existem outros elementos sugeridos pelo autor que devem ser observados mais afundo, como a posição original e o véu da ignorância, porém, o objetivo precípua neste tópico é pontuar que na visão de Rawls a autonomia em conluio com a reciprocidade seriam fatores de maior pertinência para atribuir força moral a um contrato.

Neste sentido, o segundo fator seria a reciprocidade, ou seja, a troca de benefícios seria um elemento mais justo que o consentimento, vez que o segundo conforme já destrinchado anteriormente, não é capaz de garantir resultados proporcionais, por outro lado a reciprocidade além de chegar mais próxima da proporcionalidade, seria também capaz de conferir força moral ao contrato, vez que objetivaria a troca concreta de benefícios, sendo importante destacar que dentro de um mesmo cenário, pode-se ter tanto a reciprocidade quanto o consentimento, porém, o primeiro

fator seria um dispositivo mais equânime para conferição de força moral a situação, pelas razões já explicitadas acima.

Neste sentido, destaca Michael Sandel (2015, p. 162):

Apesar de nossa tendência a ver o consentimento em qualquer reivindicação moral, é difícil compreender nossa vida moral sem reconhecer a importância da reciprocidade em si. Analisemos um contrato de casamento. Suponhamos que eu descubra, após vinte anos de fidelidade de minha parte, que minha mulher mantém encontros com outro homem. Eu teria dois motivos para me sentir ofendido. O primeiro invoca o consentimento: “Nós tínhamos um acordo. Você fez um juramento e quebrou sua promessa.” O segundo tem a ver com a reciprocidade: “Mas eu sempre lhe fui fiel. Com toda certeza não merecia ser tratado assim. Minha lealdade não tem preço.” E daí por diante. A segunda queixa não faz referência ao consentimento, e ele não é necessário. Ela seria moralmente plausível ainda que jamais tivéssemos trocado juras matrimoniais mas tivéssemos vivido maritalmente durante todos aqueles anos.

Isto posto, Sandel (2015, p. 155) ainda destaca a busca pela equidade de Rawls, demonstrando de forma bastante cristalina a visão do autor:

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se a considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.

Destarte, Rawls ao minimizar o fator consentimento e exaltar os fatores da autonomia e reciprocidade, se pauta em critérios que transcendem a obrigação ou não de realizar o que se comprometeu a cumprir, ele parte de uma visão democrática de cooperação mútua entre os membros, situação em que se a base estrutural da sociedade fossem autônomas para decidir os princípios que regeriam a sociedade, bem como fosse possível estabelecer uma reciprocidade de dogmas, critérios, respeito e cooperação entre os indivíduos, estaria configurado o modelo idealizado por Rawls, modelo este que recebe inúmeras críticas, principalmente no que tange a inviabilidade de implantação, contudo, não se pode olvidar que o modelo poderia trazer menos polarização de ideais, mais equanimidade entre os cidadãos e poderia vir a calhar em uma grande redução das diferenças sociais.

2.1 O CONTRATO SOCIAL E O VÍCIO DE CONSENTIMENTO SEGUNDO JOHN RAWLS

No século XX, houve uma espécie de renascimento da tradição Contratualista em dois aspectos claramente diferenciados. Uma delas destaca a igualdade natural no status moral das pessoas e considera a justiça, entendida como equidade, como o principal valor que deve governar o contrato social afastando qualquer tipo de vício de consentimento (VENOSA, 2012). O principal expoente dessa corrente, que alguns supõem inspirado em Kant, é John Rawls que pode ser considerado o mais importante teórico político contemporâneo do contrato social.

A situação inicial, definida até o estado de natureza, é a «posição original» definida por Rawls. Por ela Rawls entende uma situação hipotética, um experimento mental, no qual indivíduos agindo racionalmente, por si mesmos ou em nome de outros, escolhem

os princípios de justiça que desejam governar para sempre e para todos como computadores da sociedade em que vivem. A posição original representa “a igualdade dos seres humanos como pessoas morais.” (RAWLS, 2000).

Rawls perseguia um bem estar social, objetivando formar uma sociedade mais justa e equânime, nesta toada, levando-se em conta que os cidadãos que compõem o meio social possuem diferentes origens, bem como diversas religiões, ambições, talentos, crenças, dentre outras diversidades, como seria possível delimitar o que seria justo para determinado meio social ?

Partindo desta proposição, levando em consideração que alguns poderiam fazer parte de uma maioria, já outros discordantes por sua vez, fazer parte consequentemente de uma minoria, é que se faz importante levar em consideração o “véu da ignorância” destacado contundentemente por John Rawls. Esse “véu da ignorância” nada mais é do que, ao fazer a análise dos princípios e regras que comporiam o contrato social, as pessoas analisariam esses institutos se divorciando de todas suas opiniões, crenças, origens, opções de vida, entre outros fatores, com o propósito de que se fizesse um paralelo dos “dois lados da moeda” a qual poderiam estar, de modo a avaliar tanto os benefícios e prejuízos dos respectivos lados, a fim de se apreciar e se reputar quais seriam os meios mais ponderados para o equilíbrio do bem estar da sociedade.

Neste sentido:

Rawls raciocina da seguinte forma: suponhamos que estamos reunidos, como agora, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva – para elaborar um contrato social. Que princípios selecionaríamos? Provavelmente teríamos dificuldades para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes,

que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não. Temos de chegar a um consenso. Mas até mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais. Não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo. (SANDEL, 2015, p. 154-155).

Desse modo, Rawls afirma que a partir do momento em que os cidadãos estivessem adstritos ao “véu da ignorância”, numa análise precipuamente do bem coletivo, levando em consideração que determinada pessoa poderia fazer parte de um lado minoritário, ele dispõe que de plano se refutaria o utilitarismo, isso porque seria incerta a posição que cada qual ocuparia no meio social. Neste mesmo sentido, haveria uma maior flexibilização e aceitação de liberdades individuais básicas para o meio como num todo, ou ainda mais, haveria um divórcio de privilégios sociais e econômicos em prol dessas mesmas liberdades destacadas.

Outra questão levantada por Rawls é acerca dos elementos capazes de tornar um contrato, justo ou não, frisa-se de plano que numa análise bem objetiva quanto ao conteúdo enfrentado, que o autor aponta que apenas o fator do consentimento para validação não seria capaz de tornar um contrato justo, ele entende que tal elemento deve sim ser levado em consideração e respeitado, porém, afirma que apenas o fato de se consentir não cria uma obrigação moral e muito menos é capaz de garantir, por si só, uma relação de equidade.

Na visão de Rawls, conforme já demonstrado anteriormente, fatores como autonomia e reciprocidade, se fazem muitos mais efetivos para garantia de justiça e equidade do que o mero

consentimento, vez que o simples fato de se consentir pode ser desproporcional por vários fatores que transcendem os “vícios” já também mencionados em tópicos anteriores, dentre os quais pode-se citar que, há diferença de negociadores, uns negociam melhor, outros não; outro fator fundamental pode ser a posição do negociador, um indivíduo em situação completamente desfavorável do que em circunstâncias habituais, está suscetível a realizar piores negócios; além do que é possível identificar que acordos pautados apenas no “consentimento” podem também ocasionar beneficência apenas para uma das partes, indo de encontro com a tese defendida por Rawls, conforme se observa a seguir:

Imaginemos, no entanto, um contrato entre duas partes que tenham o mesmo nível de poder e conhecimento; que se situem de forma idêntica, e não diferente. E imaginemos que o objeto desse contrato não seja um conserto hidráulico ou qualquer outro trato comum, mas os princípios que governam nossa vida em conjunto, que determinam nossos direitos e deveres como cidadãos. Um contrato como esse, entre partes como essas, não daria margem a coerção, engano ou outras vantagens injustas. Seus termos seriam justos, quaisquer que fossem eles, devido tão somente ao acordo em si. Se você puder imaginar um contrato assim, terá compreendido a concepção de Rawls de um acordo hipotético baseado na equanimidade. O “véu de ignorância” garante a equanimidade do poder e do conhecimento que a posição original requer. Ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha. (SANDEL, 2015, p. 163).

Para ilustrar o pensamento de Rawls, importante se faz ilustrar um episódio narrado por Michael Sandel na obra “Justiça: O que é fazer a coisa certa”, em tal livro, Sandel utiliza de vários exemplos,

dentre os quais, um episódio que se amolda perfeitamente para consubstanciar a tese defendida seria o da troca de figurinhas realizadas entre seus filhos, em que o mais velho se valendo de todo seu conhecimento dos jogadores de beisebol, acabava por fazer trocas desarrazoadas e injustas com o irmão mais novo, se valendo da inocência do segundo frente ao primeiro, verifica-se que no caso em tela, tinha-se o consentimento e a voluntariedade, porém, não era um acordo justo, que necessitou da intervenção do pai, para que não mais ocorresse, bem como serve para comprovar que levando-se em conta todos os fatores que orbitam um contrato, pautando-se somente no consentimento, um acordo nem sempre conseguirá atingir benefícios mútuos para as partes contratantes (SANDEL, 2015).

Outro ponto que merece destaque é o princípio da diferença defendido por Rawls, sendo este fator determinante para corrigir as assimetrias existentes em razão das diferenças sociais e econômicas, tal princípio não parte do pressuposto de contraposição aos membros ricos e privilegiados da sociedade, mas sim do argumento de que esse preceito auxilia na correção das desigualdades inerentes ao meio, partindo da proposição de que que talentos e habilidades individuais são de fato, características e dons únicos daqueles que os dotam, não se desvencilhando portanto dos valores meritocráticos, por outro lado, acredita e afirma veemente que os lucros e benefícios de tais dons também devem ser revestidos para o bem comum.

No entanto, pode-se argumentar que Rawls em sua posição original é guiado por um conjunto de intuições moral entre as quais se destaca sua evidente preocupação com o bem-estar da humanidade, seu objetivo de alcançar maior igualdade entre os seres humanos, suas ideias sobre liberdade política e religiosa. E o

vêu da ignorância é uma maneira de apresentar o requisito moral de se colocar no lugar dos outros.

Rawls (2000) aborda a questão da injustiça estrutural, ou seja, aquela que é aplicada às leis e políticas que violam abertamente os princípios que devem governar uma sociedade bem ordenada. Assim, a desobediência civil ocorre quando o governo, coberto pelo arcabouço institucional, gera opiniões injustas contra algum setor da cidadania, levando a uma contradição entre a referida ação estatal e o objetivo do Estado, que é garantir a justiça.

Assim sendo, Rawls refuta o consentimento como fundamento basilar de um contrato, apontando a autonomia e reciprocidade como fatores fundamentais, sendo estes elementos capazes de atribuir força moral ao contrato, e além disso, capazes de garantir equanimidade. Dessa forma, levando-se em conta a força que estes vetores têm para Rawls, caso se utilizasse destas premissas somadas ao já citado “vêu da ignorância”, estaria um contrato social submetido a idealização encampada pelo autor, vez que teríamos pessoas em situações extremamente semelhantes, negociando sobre as mesmas condições, se pautando em dogmas de cooperação, com a finalidade precípua de gerir a vida em conjunto, prezando antes tudo, pelo contentamento coletivo.

CONCLUSÃO

Através dos argumentos elencados anteriormente, é possível verificar de plano que Rawls defende por meio de suas análises uma sociedade mais justa e equânime, refutando sobremaneira o utilitarismo, apregoando que os indivíduos devem estar pautados em um contrato social que atenda a coletividade como um todo, capaz de garantir tanto direitos da maioria quanto das minorias,

de modo que, antes de qualquer projeção e progressão individual, deve-se vislumbrar benefícios em prol da comunidade social.

É importante que nenhum contrato contenha vícios de consentimento, como a fraude, uma vez que é essencial que ele tenha plena validade para as partes. Através deste trabalho, pudemos compreender que, quando a vontade de uma pessoa está sendo manipulada para realizar um ato, está sendo cometido um vício de consentimento que segundo Rawls é uma afronta ao princípio da equidade, ética e da Justiça Social.

Como o contrato social não pode modificar a posição original, ele deve seguir princípios de equidade. E as regras que emergirão do contrato devem ser justas sem favorecer nenhuma parte em particular. Desta forma, verifica-se que Rawls elenca o princípio da diferença para sanar os as assimetrias existentes, sejam elas por fatores naturais, sejam elas por fatores sociais, de maneira que, defende que os indivíduos nem sempre devem estar situações iguais, mas sempre em posições equânimes, evitando por sua vez disparidades ocasionadas por um “loteria natural”, objetivando sempre, que os ganhos e benefícios oriundos do talento individual fossem também revestidos em favor do bem coletivo, como medida de justiça.

Evidencia-se que para Rawls um contrato não pode ser considerado moralmente válido apenas por estar presente o pressuposto do consentimento, devendo também estar dotado de autonomia e reciprocidade para que seja justo, e, que com os requisitos elencados acima somados ao “véu da ignorância” poderia se chegar ao modelo de contrato social idealizado pelo autor, vez que os pactuantes observariam todos os lados inerentes ao meio social se divorciando de suas crenças e opiniões pessoais para decidir o melhor para o bem comunitário.

Por muitas vezes, por trás do véu da ignorância, pessoas podem cometer vícios de consentimento, pois agem egoisticamente e motivadas pelo interesse próprio, razão pela qual adstrita a tal “véu”, conforme sugestionado por Rawls, os indivíduos escolheriam melhor os princípios que regeriam o meio social.

Dessa forma, fica claro o objetivo idealizado por John Rawls que era submeter ao corpo social um contrato único, que regeria a vida de todos, situação em que os cidadãos de maneira cooperativa, desprendidos de todos seus interesses pessoais e pautados na máxima boa-fé, escolheriam o melhor cenário para toda a coletividade, tendo todo um cuidados com as cláusulas e regras que regeriam a sociedade, vez que seria incerta a posição inicial dos pactuantes.

Dentro desse quadro, os princípios da justiça e da equidade devem estar estabelecidos no contrato social. De acordo com Rawls, a existência de restrições impostas pelo véu da ignorância representa a expressão da demanda moral por imparcialidade dirigida a quem deve escolher os princípios correspondentes.

Destarte, em virtude da relevância moral e social dos fundamentos defendidos por Rawls, pode-se concluir que o modelo de contrato social defendido por tal pensador preza sobremaneira pelo bem estar global, se pautando sempre nos valores coletivos, reconhecendo os valores meritocráticos e individuais do ser e como tais podem ser revestidos em prol da comunidade, protegendo as liberdades individuais e coletivas, colocando-as à frente das questões financeiras, nunca se divorciando do principal fundamento de sua teoria, qual seja, desenvolver uma sociedade pautada nos valores de justiça e equidade social.

REFERÊNCIAS

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2ª Edição, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Civilização brasileira: Rio de Janeiro. 2015

SILVA, Patrick Lendl. **Fatos jurídicos: teoria e prática**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário jurídico conciso**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

A RAZÃO PÚBLICA DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS COMO MEIO DE CONFERIR LEGITIMIDADE SOCIAL ÀS DECISÕES PROFERIDAS POR TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Irenice Tressoldi¹

INTRODUÇÃO

O filósofo americano John Rawls iniciou o processo de reflexão acerca dos elementos da sua teoria social nos anos 50, que desencadeou na publicação do livro *"A Theory of Justice"* em 1971. A teoria da justiça como equidade é, portanto, uma teoria moderna de justiça, formulada para representar um contraponto ao utilitarismo que até então vinha sendo amplamente desenvolvido e difundido nos campos filosófico, sociológico e jurídico. A ideia geral da teoria da justiça como equidade desenvolve-se a partir da escolha de princípios por pessoas livres e iguais que serão aplicados à estrutura básica da sociedade, firmando-se, assim, na ideia da sociedade como um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais ao longo do tempo, passando de uma geração para outra.

Rawls propõe que, em uma posição original equitativa, os cidadãos representativos, por trás de um véu da ignorância, escolham os princípios fundamentais aplicáveis à estrutura básica da sociedade. Depois de escolhidos os princípios fundamentais, os cidadãos representativos passam a escolher a constituição política da sociedade e as leis que regem a vida social, levantando-se paulatinamente o véu da ignorância. Ao cabo, chega-se ao exercício

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio; Advogada; irenicetressoldi@gmail.com

da jurisdição, quando o véu da ignorância já está completamente removido.

No exercício da jurisdição, as decisões judiciais, especialmente as oriundas da análise de conformação constitucional, devem seguir uma razão pública de justificação, baseada nas escolhas dos cidadãos na posição original e na vida política pública do Estado. Devem, portanto, ser independentes de doutrinas filosóficas, religiosas e morais professadas na vida privada.

As decisões de um tribunal, especialmente daqueles que analisam a conformidade constitucional das leis e atos normativos do Estado, por fazerem parte do debate político público, devem ser desenvolvidas a partir de uma razão pública firmada em uma concepção política de justiça compartilhada, amplamente aceita pelos cidadãos ou a eles acessíveis. Assim, em decisões de tribunais, não há espaço para que os magistrados debatam em termos públicos – voltado à análise dos interesses e dos anseios da coletividade, no intuito de promover o bem comum –, com base em doutrinas filosóficas, morais ou religiosas particulares.

Contudo, um tribunal constitucional deve estar atento aos anseios da sociedade, consideradas suas peculiaridades históricas e culturais. Essas peculiaridades são encontradas na cultura de fundo da sociedade, em instituições da sociedade civil, que podem fornecer parâmetros de doutrinas razoáveis abrangentes para que o tribunal interprete a constituição política da melhor forma possível.

Assim, ao mesmo tempo em que deve apoiar suas decisões em uma razão pública, um tribunal constitucional deve considerar as doutrinas razoáveis abrangentes, encontradas em uma razão não pública compartilhada por grupos sociais, para promover um debate público e plural. Com isso, identifica-se o exercício da jurisdição por um tribunal constitucional como o destino da cultura

de fundo da sociedade civil, ao mesmo tempo em que é a fonte exemplar de produção da razão pública nos termos propostos pela teoria da justiça como equidade. A depender dos mecanismos nos quais o tribunal apoiar a solução dos conflitos judicializados, a razão pública da sua decisão será mais ou menos legitimada pelo consenso sobreposto da cultura de fundo da sociedade civil.

Com a temática proposta, extrai-se o seguinte problema de pesquisa: considerando o tribunal constitucional como um local propício para o debate de doutrinas abrangentes da cultura de fundo da sociedade civil, nos termos propostos por John Rawls, como se constituiria uma base adequada para formar a razão pública de um tribunal para atender o ideal de justiça?

Para investigar o tema proposto, será utilizada como estratégia argumentativa a reconstrução das ideias de posição original, doutrinas abrangentes, formação do consenso sobreposto e da razão pública na teoria da justiça como equidade. Em seguida, investigar-se-á quais as circunstâncias necessárias para que as decisões de um supremo tribunal constitucional possam ser entendidas como fonte de produção e de destino da razão pública, nos termos propostos pela teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo, com investigação qualitativa para análise de conceitos e premissas da literatura científica acerca dos temas pesquisados, especialmente nas obras “Uma teoria da justiça” e “O Liberalismo Político”, ambos de autoria de John Rawls. Pretende-se, assim, estudar os conceitos propostos pelo autor e pensar como a jurisdição constitucional brasileira poderia aproveitá-los para proferir decisões legítimas e conformes com os interesses da coletividade.

Ao final, constata-se que, ao formar a razão pública, o tribunal constitucional deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis em suas decisões, sendo, portanto, um local para discussão da razão não pública da cultura de fundo da sociedade. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas escolhas. Um exemplo desse modelo de atuação na jurisdição constitucional brasileira, pode ser identificado nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal que empregam o instituto do *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil.

1 A POSIÇÃO ORIGINAL E OS DOIS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Antes de John Rawls formular a teoria da justiça como equidade, predominavam no pensamento filosófico anglo-saxão as teorias utilitaristas de justiça. Desenvolvidas a partir da metade do século XVIII, elas têm como principais representantes os trabalhos de David Hume (1711-1776) e de Jeremy Bentham (1748-1832).

Johnston (2018) aponta que, ao longo do tempo, as teorias utilitaristas de justiça desdobraram-se em diversas vertentes, as quais, de um modo genérico, são permeadas pela ideia de que a noção do bem independe e precede a ideia de justiça. A partir dessa premissa geral, buscam promover o bem-estar do maior número de pessoas, mesmo que isso represente sacrifícios por parte de setores menos representativos. Esse viés acabou provocando questionamentos acerca da efetiva promoção de justiça na sua aplicação, relacionados, principalmente, às renúncias que deveriam ser feitas por grupos sociais menos representativos para

maximização do bem-estar de uma parcela maior da sociedade. Evidentemente, o utilitarismo contribuiu significativamente para a evolução do pensamento social, filosófico e jurídico da época, notadamente quando pensado como forma de oposição ao estado totalitário e à grande concentração de poder.

A evolução do pensamento social decorrente dos arranjos filosóficos construídos ao longo do tempo, passando por Kant (1724-1804), Adam Smith (1723-1790), Karl Marx (1818-1883), J.S.Mill (1806-1873), aliado às próprias revoluções sociais e econômicas do século XIX, firmaram as bases de uma ideia de justiça social, cujas dificuldades de efetiva distribuição de justiça serviram de pano de fundo para a elaboração da teoria da justiça como equidade por John Rawls, a qual, desde então, vem estimulando os debates acerca da esfera da justiça mais do que em qualquer outra teoria da justiça social do século XX (JOHNSTON, 2018).

A teoria da justiça como equidade de John Rawls pode ser caracterizada como uma concepção liberal, na medida em que protege e dá prioridade a certas liberdades básicas iguais, permitindo aos indivíduos o exercício livre de seus valores, consciências, crenças e modo de vida, bem como apoia o livre mercado nas relações econômicas e fornece o mínimo social para os membros menos favorecidos da sociedade. É, também, democrática porque prevê direitos políticos iguais e procura estabelecer oportunidades iguais de escolhas educacionais e profissionais. É igualitária na proporção em que procura manter o valor justo das liberdades políticas, estabelece a igualdade justa de oportunidades e determina o mínimo social visando ao máximo de benefícios aos membros menos favorecidos da sociedade (FREEMAN, 2007).

Outrossim, a estrutura fundamental da teoria da justiça como equidade de John Rawls cerca-se da ideia de que a sociedade é um

sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais ao longo do tempo, que passa de uma geração para outra.

O pressuposto inaugural da formulação da teoria da justiça como equidade é a criação de uma posição original igualitária, que se relaciona com o ponto de partida do contrato social de Rawls e caracteriza-a como uma teoria contratualista. A posição original é uma posição hipotética representativa e a-histórica, destinada a apresentar a melhor opção em assuntos como a distribuição de direitos e deveres e a divisão das vantagens da cooperação social justa.

Ao tratá-la como uma concepção política de justiça, Rawls (2011) aponta que a justiça como equidade e sua posição original representam uma concepção de justiça firmada com base em um acordo político racional, bem-informado, voluntário e público compartilhado pelos cidadãos. Essa razão compartilhada de justiça deve ser independente de doutrinas filosóficas e religiosas incomensuráveis e conflitantes professadas pelos cidadãos, no intuito de atingir-se uma situação na qual se conquiste o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis.

Uma concepção política de justiça possui três características principais: (a) é uma concepção moral de justiça, elaborada para se aplicar à estrutura básica da sociedade, ou seja, destinada às instituições políticas, sociais e econômicas, em um sistema de cooperação de uma geração até a seguinte; (b) é uma visão autossustentada, o que significa que não pressupõe uma doutrina abrangente específica aplicável à estrutura básica da sociedade, mas representa uma parte constitutiva essencial que se adequa a várias doutrinas abrangentes razoáveis existentes na sociedade regulada por ela, razão pela qual pode conquistar o apoio destas

doutrinas; e (c) seu conteúdo é expresso por ideias fundamentais, às quais Rawls chama de cultura de fundo da sociedade civil, implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática, que compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação, bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento geral, relacionada à vida cotidiana das diversas associações sociais, como igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, clubes e times (RAWLS, 2011).

Na teoria da justiça como equidade o aspecto de distribuição de justiça funda-se na previsão de dois princípios de justiça, que constituem o objeto do acordo original. Os dois princípios de justiça são escolhidos apoiados em doutrinas razoáveis abrangentes, que formam um consenso sobreposto, e aplicam-se à estrutura básica da sociedade, a qual compreende suas principais instituições sociais, tais como a constituição política, as estruturas econômicas fundamentais e as principais organizações sociais, no intuito de formar uma sociedade bem ordenada.

Referidos princípios são aqueles que “[...] pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de uma associação.” (RAWLS, 2008, p. 14-15). Os princípios devem ser escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso significa que as pessoas na posição original desconhecem sua posição na sociedade, classe, *status* social ou sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, inteligência, força etc., a fim de evitar que alguém seja favorecido ou desfavorecido pelas circunstâncias pessoais. Nisso se apoia denominação de “justiça como equidade”, tendo em vista que “[...]”

os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa.” (RAWLS, 2008, p. 14-15).

Rawls acredita que as pessoas na posição original, sob o véu da ignorância, não optariam pelo utilitarismo, diante da possibilidade de estarem no grupo oprimido, caso isso maximizasse os benefícios da maioria. Consoante se extrai de Sandel (2011, p. 177), Rawls “[...] argumenta que a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade.”

Com essas premissas, Rawls acredita que as pessoas livres e iguais na posição original, em situação de igualdade e equidade, sob o véu da ignorância, escolheriam dois princípios de justiça: o primeiro trata de liberdades básicas iguais para todos os cidadãos e o segundo relaciona-se à equidade social e econômica, transmitida por meio da igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença.

Por meio do primeiro princípio conferem-se iguais liberdades para os cidadãos. De acordo com a teoria de Rawls, deve-se estabelecer um sistema de iguais liberdades para todos, compatível com os direitos e as liberdades dos outros indivíduos. Nesse arranjo, não devem ser privilegiadas circunstâncias naturais (habilidades naturais) ou fatores que independem dos agentes, como condições sociais e familiares privilegiadas. As diferenças produzidas por esses fatores devem ser equilibradas com a aplicação do primeiro princípio nas instituições básicas da sociedade.

Nesse passo, Rawls (2008) aponta como liberdades básicas integrantes do primeiro princípio, que devem ser iguais a todos: a liberdade política, consistente no direito ao voto e a exercer cargo público e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que

compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação, relacionadas à integridade da pessoa; o direito à propriedade pessoal; e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito.

A dimensão das liberdades básicas aplicada à estrutura fundante das instituições, implica em condições para fortalecer liberdades jurídicas efetivas nas bases sociais. Uma vez garantidas, as liberdades básicas fornecem uma estrutura sólida para desenvolvimento dos poderes morais e da dignidade dos cidadãos, o que os torna efetivamente livres.

Ao tratar do segundo princípio, Rawls (2008, p. 74) define que “[...] se aplica, em primeira análise, à distribuição da renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade. Embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos.”

Nesse viés, o segundo princípio da justiça como equidade divide-se em duas partes: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, assim definidos por Rawls (2008, p. 376):

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (ver formulação liberalismo político)

A igualdade equitativa de oportunidades que Rawls propõe vai além da igualdade formal de oportunidades do liberalismo clássico de posições sociais abertas para fixar uma igualdade mais substantiva, corrigindo desvantagens sociais decorrentes das diferenças de classes. Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls menciona

dois requisitos impostos pela igualdade equitativa de oportunidades (embora ele implique que há mais), quais sejam, evitar acumulações excessivas de propriedade e riqueza e manter iguais oportunidades de educação a todos (FREEMAN, 2007).

A aplicação desse princípio relaciona-se com a justiça procedimental pura, na qual uma justa distribuição de renda, riquezas, poderes e posições de autoridade (índice de bens primários) será resultante da conformidade com as instituições de base. Nesse passo,

[...] as distribuições das vantagens não são julgadas em primeira instância, confrontando-se um estoque de benefícios disponíveis com desejos e necessidades de dados indivíduos conhecidos. A distribuição dos itens produzidos se realiza de acordo com o sistema público de normas, e esse sistema define o que produzir, quando produzir e por quais meios. (RAWLS, 2008, p. 106).

Em complemento à igualdade equitativa de oportunidades, o princípio da diferença (segunda parte do segundo princípio) pressupõe que as desigualdades econômicas e sociais devem ser empregadas de modo que sejam vantajosas para todos, especialmente para os grupos que estão em pior situação.

Nesse viés, convém destacar que o princípio da diferença não estabelece o sistema econômico de modo a permitir que os benefícios cheguem aos pobres, como um reflexo tardio da distribuição. Pelo contrário, o princípio da diferença se concentra primeiro nas expectativas dos menos favorecidos em determinar o sistema de propriedade pessoal e controle, produção e troca. Logo, um sistema econômico justo sob o princípio da diferença faz os menos favorecidos da sociedade melhores do que os menos favorecidos em qualquer outro sistema econômico, desde que seja

compatível com as liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades (FREEMAN, 2007).

Portanto, na teoria da justiça como equidade de Rawls a maximização dos benefícios dos menos favorecidos da sociedade pelo princípio da diferença, conforme apontado acima, não pode violar liberdades básicas, nem a igualdade equitativa de oportunidades. Assim, desigualdades em renda e riqueza são permitidas desde que resultem em benefício de todos, especialmente da parcela menos favorecidos da sociedade, mas também com a condição de que essas desigualdades não ofendam a igualdade equitativa de oportunidades, ou o igual valor das liberdades básicas dos demais membros da sociedade ou mesmo daqueles menos favorecidos.

Rawls (2008) destaca que o primeiro princípio tem prioridade lexical sobre o segundo princípio. Assim, somente se atinge o debate acerca da igualdade depois que as liberdades básicas estiverem devidamente satisfeitas. Do mesmo modo, a igualdade equitativa de oportunidades – primeira parte do segundo princípio – tem prioridade lexical sobre a segunda parte do segundo princípio – princípio da diferença –, no intuito de possibilitar aos cidadãos meios efetivos para desenvolver e treinar suas habilidades naturais, para que possam tirar maior proveito das oportunidades abertas e alcançar o respeito próprio e seu *status* de cidadãos iguais.

Dessa reflexão é possível ponderar que, nos termos da teoria da justiça como equidade, uma sociedade que distribui de forma equânime a justiça, pressupondo-se ser esta aquela na qual os indivíduos têm possibilidade de exercer suas liberdades fundamentais, poderes e cidadania (esta entendida no sentido de participar das escolhas e decisões políticas e sociais) de maneira completa e plena, é aquela na qual há uma justa e concreta (não

necessariamente igual) divisão de renda e riquezas. Isso porque a garantia de direitos, liberdades e poderes afastada de um ambiente social e econômico favorável ao seu desenvolvimento compromete a eficácia do exercício desses direitos e liberdades.

Ao priorizar a distribuição da renda, riquezas e poderes aos membros menos favorecidos da sociedade, a teoria de Rawls possibilita um desenvolvimento mais pleno das instituições sociais e dos próprios indivíduos, uma vez que o desfrute dos poderes sociais, políticos e morais só é passível efetivação com a distribuição de renda e riquezas, que se reverte na concretização das liberdades dos cidadãos.

Até esse ponto foram traçadas as linhas gerais dos princípios da justiça definidos por John Rawls e sua aplicação à estrutura básica da sociedade. No próximo tópico, abordar-se-á a formação da sociedade no modelo rawlsiano a partir da posição original.

2 DOUTRINAS ABRANGENTES, FORMAÇÃO DO CONSENSO SOBREPOSTO E BASES DA RAZÃO PÚBLICA

Rawls (2008) fixa a construção da sociedade numa sequência de quatro estágios. Antes de especificá-los, é importante destacar que os princípios da justiça escolhidos na posição original devem permanecer hígidos nos demais estágios de construção da sociedade. Por isso, a fixação da ideia geral dos princípios escolhidos na posição original, conforme apontado no item acima, é de fundamental importância para construção da base do raciocínio dos demais estágios e do que será dito adiante.

O filósofo desenvolve, então, a ideia da construção da sociedade com base em uma sequência de quatro estágios da seguinte forma: inicialmente, as pessoas na posição original escolhem os princípios de uma concepção de justiça, que servirá

para regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições. Depois de decidirem por uma concepção de justiça, devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar as leis, em consonância com os princípios da justiça acordados inicialmente, resultando numa situação social justa e aproximada de um sistema voluntário de cooperação entre pessoas livres e iguais, cujas relações mútuas são equitativas. O último estágio destina-se à aplicação das normas nos moldes escolhidos e a sua obediência pelos cidadãos (RAWLS, 2008).

Rawls define que o primeiro princípio é o padrão principal da convenção constituinte, que “[...] define um *status* comum de cidadania igual e realiza a justiça política”, enquanto que o segundo princípio se destaca na definição legislativa, onde “[...] as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, desde que as liberdades iguais sejam preservadas.” Por fim, o último estágio relaciona-se à “[...] aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral.” (RAWLS, 2008, p. 244).

Conforme a estrutura social solidifica-se e avançam-se os estágios de construção da sociedade, o véu da ignorância vai sendo paulatinamente levantado, possibilitando que as pessoas passem a fazer escolhas mais concretas da aplicação daqueles princípios de justiça escolhidos na posição original.

Para formar os princípios que integram a teoria da justiça como equidade, Rawls entende que, para conciliar as divisões de doutrinas religiosas, morais e filosóficas individuais, os cidadãos devem renunciar às visões filosóficas e morais abrangentes que costumeiramente se usa em debates de questões políticas

fundamentais na vida pública, utilizando-se, para tanto, de uma razão pública, orientada por uma “[...] concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar.” (RAWLS, 2011, p. 12).

Rawls (2011) relaciona essa capacidade de usar a razão pública para decidir questões políticas e, conseqüentemente, renunciar a doutrinas religiosas e morais abrangentes, à capacidade das pessoas de serem razoáveis e de serem racionais. A primeira é uma capacidade moral de justiça, definida como o poder para entender, aplicar e cooperar com os outros em termos de cooperação social, enquanto que a segunda refere-se à condição de ter uma concepção racional de bem, ou seja, ao poder de formar, rever e buscar racionalmente uma concepção de valores que dá sentido à vida. Essas duas capacidades fundam os dois poderes morais de pessoas livres e iguais, os quais Rawls presume que todos os cidadãos possuem, porém, cujas características são fundamentais para estabelecer os princípios fundantes de justiça e para estabelecer posteriormente a cooperação social.

Esses poderes morais apontam a aproximação da teoria de justiça como equidade com a moral kantiana, relacionada ao imperativo categórico (razão prática pura), e ao imperativo hipotético (razão prática empírica). Segundo Rawls (2011, p. 64-65), o razoável possui dois aspectos: o primeiro é a “[...] disposição de propor termos equitativos de cooperação e de cumpri-los, desde que os outros também o façam”; e o segundo é a “[...] disposição de conhecer os limites da capacidade de juízo e de aceitar suas conseqüências para o uso da razão pública para guiar o legítimo exercício do poder político em uma democracia constitucional”, o que representa uma forma de tolerância e confere robustez à ideia de razão pública.

Nessa perspectiva, pessoas são razoáveis quando estão dispostas a propor princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e a submeterem-se voluntariamente a eles, diante da garantia de que os outros farão o mesmo, pois entendem que as normas são razoáveis e aplicáveis a todos, aproximando-se da ideia de reciprocidade. Assim, o razoável não tem características altruístas ou egoístas, mas se liga aos princípios da justiça que supostamente serão aceitos pelos demais e à razão cooperativa, alcançando o consenso sobre as questões políticas fundamentais. Diversamente, o racional relaciona-se às deliberações destinadas a realizar fins e interesses que são peculiares do indivíduo, buscando-se os meios mais eficazes para realizá-los de acordo com o próprio plano de vida (RAWLS, 2011).

Rawls (2011) trata, portanto, o razoável e o racional como ideias independentes, onde o razoável aproxima-se do âmbito público e o racional faz parte de um âmbito privado, no qual o indivíduo desenvolve um projeto particular de vida e de bem. Embora, na concepção de Rawls, o razoável não derive do racional e vice-versa, os dois poderes da pessoa complementam-se, uma vez que, ao mesmo tempo em que os cidadãos possuem seus próprios projetos particulares de vida e de bem, estão dispostos a manter termos justos e recíprocos de cooperação, ainda que para isso tenham que renunciar parcialmente às suas concepções particulares de bem. Assim, na cooperação equitativa, o razoável conecta-se com a capacidade de ter um senso de justiça e o racional com a capacidade de ter uma concepção de bem e ambas são fundamentais para especificar os termos da cooperação social.

A importância da combinação de ambas as capacidades, releva-se na medida em que os indivíduos possuem dificuldades de fazer julgamentos de razoabilidade ao equilibrar objetivos em

um projeto de vida determinado. Contudo, quando se trata de avaliar demandas intersubjetivas que surgem na esfera pública, é imprescindível a realização de julgamentos razoáveis e válidos, com a explicação das fontes como causas do desacordo razoável entre pessoas razoáveis. Esse desenho trata da pluralidade e da diversidade, as quais, na vida pública e política, encontram na tolerância uma ideia inafastável.

Rawls (2011, p. XVII) aponta que

[...] O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes que são razoáveis, ainda que incompatíveis entre si, é o resultado esperado do exercício da razão humana sob a estrutura de instituições livres de um regime democrático constitucional. O liberalismo político também pressupõe que uma doutrina abrangente razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que também podem existir doutrinas abrangentes desarrazoadas, mesmo insanas, em uma sociedade. Em tal caso, o problema consiste em contê-las, de maneira que não corroam a unidade e a justiça da sociedade.

Como se espera de uma concepção liberal de justiça, a teoria da justiça como equidade trata o Estado como neutro e independente de doutrinas filosóficas, religiosas ou morais existentes na sociedade. Assim, não se preocupa em avaliar os juízos de valor de determinada doutrina compreensiva, nem espera que os indivíduos compartilhem de uma mesma doutrina razoável, apenas de uma mesma concepção política de justiça.

Por meio dessa base, a justiça como equidade firma-se somente na própria concepção de justiça, sem negar a existência de outros valores aplicáveis a situações pessoais e particulares. Com essa ideia de razão pública – e não privada – de doutrinas abrangentes razoáveis, a justiça como equidade objetiva que as

instituições possam obter o apoio de um consenso sobreposto, que abrange todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis e conflitantes, onde os próprios cidadãos livres e iguais, considerando doutrinas abrangentes particulares, veem a concepção política como derivada de outros valores seus ou, pelo menos, não conflitantes com eles (RAWLS, 2011).

Esse arranjo, na perspectiva do liberalismo político, resultaria em uma sociedade bem ordenada, a qual, segundo Rawls (2011), significa três coisas: 1) é uma sociedade na qual cada um aceita e sabe que todos os demais cidadãos aceitam os mesmos princípios de justiça; 2) reconhece-se publicamente que a estrutura básica da sociedade implementa os princípios de justiça que todos aceitam; e 3) é aquela na qual os cidadãos têm um senso de justiça efetivo, razão pela qual agem em conformidade com as instituições que consideram justas.

Assim, a ideia da razão pública coaduna-se com o exercício da democracia, na medida em que o objeto da razão dos cidadãos é o bem público, referido numa concepção política e moral de justiça aplicada à estrutura básica da sociedade.

De acordo com Rawls (2011), a razão pública é pública de três maneiras: (a) como razão dos cidadãos como tais; (b) seu objeto é o bem público, além de questões de justiça fundamental; e (c) sua natureza e seu conteúdo são públicos, porque determinados pela concepção política de justiça da sociedade e conduzidos sob essa base.

O conteúdo da razão pública é mais facilmente identificado quando contrastado com a razão não pública. Consoante leciona Rawls (2011), as razões não públicas são variadas, contudo, existe somente uma razão pública. As razões não públicas podem ser encontradas em associações de todos os tipos, como igrejas,

universidades, sociedades científicas e associações profissionais, que formam a cultura de fundo da sociedade, em oposição à cultura política, a respeito da qual se ocupa a razão pública. Porém, convém apontar que essas entidades deliberam acerca da razão pública restrita aos seus membros e não à coletividade, espaço este reservado à cultura política e, portanto, à razão pública. Assim, em uma sociedade democrática, um cidadão que não mais reconheça a autoridade da razão de uma entidade pode deixar de ser membro dela sem, contudo, conflitar-se com o poder estatal.

Assim, a razão pública tem seu conteúdo fornecido pela razão política de justiça – em contraste à cultura de fundo, que é a razão não pública. A razão política de justiça é caracterizada pela: (a) existência de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; (b) atribuição de prioridade especial, sobretudo em relação às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; e (c) estabelecimento de medidas para que todos os cidadãos tenham meios para fazer uso efetivo de sua liberdade e das oportunidades fundamentais (RAWLS, 2011).

A construção da razão pública deve ser justificável a todos os cidadãos, com formas de argumentação que contem com aceitação ampla e façam parte do senso comum, de modo a proporcionar à razão pública uma base pública de justificação equilibrada. Rawls (2011) sugere que os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica oferecem as respostas razoáveis para uma concepção política completa ou justa. Essas respostas são conferidas pela pessoa política responsável pela tomada de decisões no espaço intersubjetivo, cuja justificação pública das decisões tomadas não se reduz apenas à argumentação válida, mas à argumentação dirigida aos outros.

Razão pública, então, é aquela compartilhada publicamente pelos cidadãos democráticos, destinada à construção das identidades e das prioridades da sociedade. Nesse viés, a razão pública tem por objeto o bem público, fornecido por uma concepção política de justiça e formada no âmbito do debate público, com justificação pública de seus fundamentos, o que legitima a atuação das instituições públicas. Sadurski (2017) destaca que a razão pública desempenha um papel especial no contexto da legitimidade do poder político, relacionado ao uso da coerção para que os indivíduos cumpram uma diretiva emitida por uma autoridade, mesmo que discordem de seu conteúdo. A ideia de legitimidade tem, nessa perspectiva, a função de determinar os critérios, os fundamentos e o alcance do dever moral de cumprir as regras.

Ainda, o conteúdo da razão pública sofre influências dos períodos históricos e culturais de cada sociedade. Não é, portanto, estanque, admitindo a inclusão de temas para debate conforme a construção histórico-cultural-política. Essa dinamicidade da razão pública tem por escopo a estabilidade social e efetividade dos princípios basilares de justiça, na medida em que convirjam com questões importantes para o debate social em períodos e espaços determinados.

Rawls (2011) limita o discurso da razão pública a fóruns públicos de deliberação democrática, como o discurso de juízes, de agentes públicos e de candidatos a cargos públicos e seus administradores de campanhas.

Para Rawls (2011), a razão pública aplica-se, então, aos cidadãos e às autoridades estatais de modos diferentes. Aos cidadãos em suas escolhas pessoais, ou às instituições não públicas, a razão pública não exerce uma força essencial, uma vez que constituem a cultura de fundo da sociedade. De outra banda,

quando os cidadãos se envolvem na defesa de posições políticas em fórum público, a razão pública se aplica a eles como membros de partidos políticos, candidatos ou outros grupos que os apoiam, bem como se aplica ao modo como os cidadãos devem votar nas eleições quando elementos de constituições essenciais e questões de justiça estiverem em debate.

Às autoridades estatais, a razão pública aplica-se nos fóruns oficiais, ou seja, aos legisladores no Parlamento, ao Executivo em seus atos e pronunciamentos públicos e, de maneira especial, ao Judiciário, sobretudo quando trata do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis em um Estado Democrático. Nessa perspectiva, Rawls (2011) aponta que um Tribunal Supremo Constitucional deve fundamentar suas decisões em uma base de justificação de razão pública, o que faz dele o local exemplar do exercício da razão pública.

Essa perspectiva da caracterização do tribunal constitucional como o local privilegiado para o exercício da razão pública, bem como a conexão pretendida neste trabalho entre as decisões dos tribunais com a cultura de fundo da sociedade civil, serão analisadas no próximo tópico.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FONTE DA RAZÃO PÚBLICA

Segundo Rawls (2011), uma democracia constitucional caracteriza-se como dualista, na medida em que distingue o poder constituinte do poder ordinário e a constituição da lei ordinária. Ao exercer seu poder para proteger a constituição, o tribunal supremo age de modo a “[...] evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a

interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista.” (RAWLS, 2011, p. 275-276).

Assim, ao elaborar o raciocínio de suas decisões, o tribunal deve argumentar com base nos valores políticos que formam a razão pública, de modo a expressar a melhor interpretação da constituição política elaborada sob a base dos princípios fundamentais de justiça, coadunando-os com a realidade sociocultural do momento histórico a que se aplica.

Isso significa, outrossim, que os magistrados não devem fundamentar as decisões com base em suas convicções pessoais, filosóficas, morais, religiosas, ou seja, em suas doutrinas particulares abrangentes, sob pena de deturpar a essência do Estado Democrático de Direito (RAWLS, 2011).

Nesse sentido, Rawls (2011) assevera que o papel de um tribunal supremo é o de fazer valer a razão pública, no sentido de torná-la continuamente apropriada, servindo de modelo da razão pública. Assim, as decisões dos magistrados não podem dispor de nenhuma outra razão que não seja a razão pública, de índole política. Para além desses casos, “[...] devem decidir de acordo com o que pensam que os casos precedentes, as práticas e tradições constitucionais e os textos históricos constitucionalmente importantes exigem.” (RAWLS, 2011, p. 278-279).

Tramontina e Parreira (2014) destacam que as deliberações do Supremo Tribunal Federal – denominação atribuída ao tribunal constitucional no Brasil –, enquanto uma instituição que integra a estrutura básica da sociedade, devem se basear em critérios rigorosamente estabelecidos e, portanto, orientados pela razão pública, a fim de resguardar os princípios da justiça de influências ideológico-partidárias.

Com esse papel de fundamentar suas decisões com base em razões políticas, o tribunal exerce um importante papel educativo acerca da razão pública, construindo o seu conteúdo e estabilizando os princípios de justiça na dinâmica social do seu tempo e local.

Rawls (2011) aponta, ainda, que a razão pública depende de uma base pública de justificação. Assim, as decisões dos tribunais devem considerar as forças políticas e sociais das doutrinas abrangentes e do consenso sobreposto da sociedade, respeitando seu ideal histórico e cultural. Para tal desiderato, deve se utilizar de fóruns públicos com a sociedade civil formar a fundamentação de suas decisões e, assim, conferir a elas legitimidade social.

A justificação pública é, portanto, voltada à manifestação dos cidadãos, por meio da sociedade civil, acerca das razões que envolvem decisões de questões políticas públicas, que confere legitimidade à ideia da razão pública do tribunal. Essa construção de John Rawls é absolutamente coerente com a sua concepção de uma ideia política de justiça, pois a legitimidade da razão pública formada nas decisões tomadas pelas instituições públicas, nesse cenário, provém de deliberações democráticas acerca das doutrinas abrangentes que compõem a cultura de fundo da sociedade.

Dessa feita, ao mesmo tempo em que o tribunal forma e dá publicidade a um consenso sobreposto com base em uma razão pública, ele deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis abrangentes em suas decisões. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição política, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas decisões.

No direito brasileiro, a justificação pública em instituições da sociedade civil pode ser encontrada pela aplicação do instituto do

amicus curiae, incluído expressamente no exercício da jurisdição pelo artigo 138 do Código de Processo Civil,² como uma modalidade de intervenção de terceiros no processo judicial.

O instituto representa uma forma de construir a razão pública pelos tribunais por meio de fóruns públicos de debate com instituições da sociedade civil que comportam doutrinas abrangentes capazes de fornecer uma base de justificação social que legitima a razão pública das decisões judiciais.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal que, na jurisdição brasileira, tem como função avaliar a conformação constitucional da legislação e dos atos normativos federais, tem se utilizado cada vez mais do auxílio do *amicus curiae*, por meio da realização de audiências públicas que promovem o debate entre as instituições da sociedade civil para decidir casos complexos.

Dessa feita, realizar audiências públicas com a intervenção de terceiros na modalidade de *amicus curiae* pode representar um modo de coadunar as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal com os interesses e perspectivas dos cidadãos, legitimando social e culturalmente a razão pública do tribunal e fazendo com que correspondam efetivamente aos interesses coletivos e à promoção do bem comum.

² Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

CONCLUSÃO

Consoante se extrai da teoria da justiça como equidade de John Rawls, o tribunal que promove a análise da conformidade constitucional de leis e atos normativos traduz-se como o local privilegiado do exercício da razão pública. Assim, nos debates questões políticas pelos tribunais não há espaço para uma razão que não seja a razão pública.

Formar a razão pública significa que as decisões de um tribunal constitucional devem ser firmadas em uma concepção política de justiça compartilhada, amplamente aceita pelos cidadãos ou a eles acessíveis. No intuito de guardar relação com as circunstâncias históricas e culturais da sociedade, pode-se apontar que ao considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis existentes na sociedade, as quais variam de acordo com o tempo e espaço, o tribunal confere uma justificação pública às suas decisões.

Nessa senda, promover um debate público e plural é fundamental para que o tribunal constitucional esteja efetivamente atento aos anseios da sociedade, consideradas as suas peculiaridades históricas e culturais. Essas peculiaridades são encontradas na cultura de fundo da sociedade, por meio de instituições da sociedade civil, que podem fornecer parâmetros de doutrinas razoáveis abrangentes para que o tribunal interprete a constituição política da melhor forma possível.

A justificação pública pode ser identificada na manifestação dos cidadãos, por meio das instituições da sociedade civil, que integram a cultura de fundo da sociedade. Formar a razão pública de um tribunal com base em uma justificação pública, significa conferir legitimidade à razão pública que envolve decisões de questões políticas públicas de um tribunal constitucional.

Sustenta-se, assim, que ao mesmo tempo em que o tribunal forma e dá publicidade a um consenso sobreposto com base em uma razão pública, ele deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis abrangentes em suas decisões. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas escolhas.

No direito brasileiro, essa justificação pública em instituições da sociedade civil pode ser encontrada na realização de audiências públicas com a utilização do instituto do *amicus curiae*, incluído expressamente no exercício da jurisdição pelo artigo 138 do Código de Processo Civil, como uma modalidade de intervenção de terceiros no processo judicial. O instituto supracitado representa uma forma da construção da razão pública pelos tribunais por meio de fóruns públicos de debate com instituições da sociedade civil que comportam doutrinas abrangentes capazes de fornecer uma base de justificação social à razão pública das decisões judiciais.

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, tribunal que tem a função de avaliar a conformação constitucional da legislação e dos atos normativos federais do Brasil, tem se utilizado cada vez mais do auxílio do *amicus curiae*, por meio da realização de audiências públicas que promovem o debate entre as instituições da sociedade civil para decidir casos complexos, o que pode representar um modo de coadunar suas decisões com os interesses e perspectivas da sociedade civil, tornando-as apropriadas aos interesses coletivos e promoção do bem comum nos moldes da teoria da justiça rawlsiana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

FREEMAN, Samuel Richard. **Rawls**. Oxon: New York: Routledge, 2007.

JOHNSTON, David. **Breve história da justiça**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SADURSKI, Wojciech. Judicial Review and Public Reason. **Comparative Judicial Review**, n. 17/38, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2965225. Acesso em: 1 out. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal como locus da razão pública. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, p. 213-232, 2014. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2891>. Acesso em: 29 out. 2020.

COTAS DE GÊNERO E EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA COMO INSTRUMENTOS DE REPRESENTATIVIDADE FEMININA QUALIFICADA A LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Izabelle Epifânio¹

INTRODUÇÃO

Esse estudo visa analisar se a teoria da justiça de John Rawls e o princípio da diferença aplicado por ele seriam suficientes a fim de justificar cotas de gênero, no sentido de equidade, que versa acerca da igualdade material, como instrumentos aptos a ampliar a participação feminina na política.

Atualmente existe uma previsão legal sobre o tema, pautada na Lei das Eleições, em que se prevê as cotas de gênero para os partidos, em uma proporção de pelo menos trinta por cento de candidatos de um determinado gênero a ser obrigatoriamente cumprida, porém, apesar da existência dessa ação afirmativa, a participação feminina ainda é inexpressiva.

Pretendeu-se analisar a cota de gênero devido ao fato de que, em que pese as mulheres sejam a maioria dos eleitores, ainda há muitas disparidades quanto a ocupação delas em cargos eletivos, uma vez que não há distribuição adequada de recursos, influência, e possibilidades para se sagrarem vencedoras do pleito, estando à margem de uma representação qualificada, que somente poderá

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito de São Paulo; Pós-graduada em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Mato Grosso; Advogada; Professora Substituta no Curso de Direito na Universidade do Estado de Mato Grosso de Diamantino; izabelle_epifanio@hotmail.com

ser alcançada caso implementadas políticas como a da educação para cidadania.

Assim, objetiva-se responder aos seguintes questionamentos: Qual a relação da teoria da justiça de John Rawls com a participação feminina na política? Como são implementadas as cotas de gênero no Brasil? Como garantir uma representatividade feminina qualificada na política por meio das cotas de gênero?

Para fins metodológicos, a abordagem do artigo será desenvolvida com base nos métodos qualitativos e quantitativos, qualitativo porque se fará o uso de artigos científicos, dissertações e quantitativos pois serão levantados percentuais com relação a participação feminina na política brasileira, a compreensão do texto se dará por meio do procedimento técnico de análise bibliográfica, de natureza pura, e com relação aos objetivos será descritiva.

Diante do que foi exposto, no primeiro capítulo será desenvolvida a relação da equidade estabelecida na obra *Uma teoria da Justiça* de John Rawls, com a participação feminina nos espaços públicos de poder, o segundo capítulo versa acerca da implementação das cotas de gênero na política brasileira, por meio da legislação objetivando-se diminuir a desigualdade estabelecida entre homens e mulheres ao longo dos séculos, e, por fim, o terceiro capítulo trata sobre a educação para cidadania como forma de se estabelecer uma representação política feminina qualificada, inspirando outras a ocuparem ambientes cujos detentores ainda são os homens, e a construir um lugar de fala dentro da cidadania.

1 A TEORIA DA JUSTIÇA SEGUNDO JOHN RAWLS: A EQUIDADE E PARTICIPAÇÃO FEMININA NO ESPAÇO PÚBLICO

O conceito de justiça estabelecido por John Rawls pressupõe a criação de um contrato social hipotético, em que são definidos princípios norteadores da sociedade, sem que existam pré conceitos individuais sobre personalidade, gênero, vontades, talentos, ou privilégios, sejam eles sociais ou econômicos.

A obra *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls (1997) propõe que, para sejam definidos os princípios que irão sustentar uma sociedade justa é necessário que todos os participantes estejam em condições de equidade, sobrepostos por um véu imaginário, em que ninguém saiba exatamente quem é, qual sua religião, seus dogmas e habilidades, e por isso, conseguirão fazer escolhas em um contrato hipotético, baseadas em critérios gerais, e não individuais.

A partir disso, conseqüentemente haverá uma distribuição adequada de vantagens, e também coibir-se-ão desigualdades, vez que os frutos pertencem a coletividade como um todo, mas para tanto, é preciso utilizar um véu da ignorância, a fim de que todos possam fazer escolhas imparciais. Assim, uma das principais características da justiça como equidade reside no contexto de que o conceito de justo antecede o de bem (RAWLS, 1997).

No entanto, apesar dos indivíduos estarem em circunstâncias equânimes objetivando alcançar a justiça como equidade, por meio do chamado “véu da ignorância”, é preciso também definir quais princípios definirão as desigualdades sociais e econômicas, havendo a adoção do chamado princípio da diferença, em que se permite a possibilidade de certas desigualdades existirem.

Para Aristóteles, em *A política* (1985), justiça significa dar às pessoas o que elas merecem, e o que cada um merece será definido

de acordo com o que está sendo concedido. Ele defende assim a meritocracia, em que devem ser dadas coisas e oportunidades a aqueles que vão fazer melhor uso delas de acordo com suas características naturais, partindo do propósito teleológico para uma justa distribuição

Em sentido contrário, Rawls (1997) estabelece que a meritocracia é baseada em conceitos morais falhos, uma vez que a distribuição é feita de acordo com o nascimento, e que isso seria moralmente arbitrário. Para ele, o que importa é se a estrutura da sociedade e o sistema em que ela se estabelece trabalha e fornece benefícios aos que tiveram menos oportunidades

Em suma, em que pese alguns nasçam com habilidades naturais, ou tenham simplesmente ganhado na loteria natural e usufruído de uma qualidade de vida cercada de privilégios, o que faz com que diante de uma linha de partida estejam passos à frente dos demais, o contrato hipotético de Rawls repudia mérito moral como fundamento da justiça distributiva, apesar de ser veementemente possível coibir injustiças ao se corrigir diferenças econômicas e sociais, essa não é a regra (SANDEL, 2020).

A justiça distributiva não é questão de recompensar a virtude ou o mérito moral. Ao contrário, ela trata de atender às expectativas legítimas que passam a existir quando as regras do jogo são firmadas. Uma vez que os princípios de justiça estabeleçam os termos de cooperação social, as pessoas passam a ser merecedoras dos benefícios que obtiveram ao cumprirem as regras (SANDEL, 2020).

Nesse contexto, os liberais consideram a igualdade como sendo um ideal político, havendo dois princípios que embasam essa afirmação, o primeiro dispõe que o governo possui o dever de tratar de forma igual todos aqueles que estão sob sua circunscrição, e o segundo diz que o governo deve se esforçar para que seja

assegurado a todos também igualdade de oportunidades, e se esforçar de todo modo, para que isso se torne uma realidade aos cidadãos que estão sob sua soberania (DWORKIN, 2019).

A liberdade política está, de forma intrínseca, ligada a justiça como equidade, e quando o princípio da liberdade igual é empregado na procedimento político definido pela Constituição, é chamado por Rawls como princípio da participação (igual), permitindo que todos tenham direito de participação no processo, tendo a ideia de que os princípios comuns são necessários e trazem vantagens a todos, e devem ser estabelecidos partindo de um ponto inicial de igualdade, onde cada pessoa é representada de forma equitativa (RAWLS, 1997).

No que tange à extensão da participação igual, a Constituição deve garantir oportunidade equitativa a todos os cidadãos, de modo que possam influenciar, e participar do processo político, pois, em diversas vezes o Estado é incapaz de assegurar um processo político efetivamente democrático (RAWLS, 1997).

É de conhecimento público que a discriminação em face das mulheres iniciou a partir da opressão vivenciada no próprio ambiente familiar, limitando suas possibilidades nas outras esferas da vida em sociedade, como da política institucional e do trabalho remunerado (BIROLI, 2017).

A imagem simbólica das mulheres, como esposas e mães, totalmente voltada aos afazeres domésticos foi construída como não capazes de cidadania, vez que seu papel havia sido destinado apenas ao contexto familiar, e seus direitos individuais não eram reconhecidos como necessários (LISBOA; MANFRINI, 2005).

O problema é estrutural e cultural, visto que as mulheres foram criadas para o espaço privado, destinadas ao cuidado da família,

e por gerações as mulheres sofreram depreciação intelectual, econômica e política.

Assim, foi-se promovendo cada vez mais a separação de gênero, competindo às mulheres a responsabilidade no local privado, pertinente ao ambiente do lar, e aos homens o espaço público, e por conta desse desnivelamento foi necessário instituir-se ações afirmativas, calçadas nas cotas de gênero, com o condão de iniciar um processo de equivalência que fora deixado de lado por muitos anos.

A desigualdade de gênero, que tem diversos fatores basilares, considera que a esfera privada pertence ao mundo feminino, e a política ao mundo masculino, revelando-se a ideologia de gênero um constante obstáculo aos efeitos positivos que poderiam ser experimentados diante das qualificações das mulheres (SANTOS; AMANCIO, 2012).

A obra de Rawls estabelece que a sociedade precisa compensar aqueles que foram advindos de posições menos favoráveis, utilizando-se do princípio da reparação, isto porque desigualdades imerecidas devem ser reparadas, inclusive com incentivo financeiro e educacional, significando assim que, mais recursos devem ser despendidos para que haja maior participação feminina nos espaços públicos, ainda tão pouco ocupados por elas.

Segundo Gusman (1997), o Estado reproduz o sistema preconceituoso, que dá campo à discriminação feminina e margem às desigualdades por meio do sistema educativo, do ordenamento jurídico, e das mensagens que emite à sociedade, além das normas que elabora.

Deste modo, a partir da equidade, será possível se alcançar a igualdade uma vez que, quando se objetiva compensar tais desigualdades históricas e sociais experienciadas pelos indivíduos

pertencentes ao gênero feminino, elas conseguirão desempenhar um papel, até então inalcançado, como sujeito de direitos políticos, que podem desfrutar das mesmas oportunidades concedidas aos homens (LISBOA; MANFRINI, 2005).

Nesse sentido, não basta dar igualdade de oportunidades às mulheres por meio da implantação de cotas de gêneros que obrigam os partidos a preencherem vagas de candidaturas para o pleito, mas é necessário que o Estado também forneça condições que possam assegurar igualdade de resultados.

Assim, a equidade de gênero da ocupação feminina nos espaços públicos de poder será palpável na medida em que o combate à desigualdade de gênero, instaurada há séculos e hierarquizada pelo patriarcado masculino for tangível, iniciando um processo em que se tratam homens e mulheres com justiça

Em um processo político eleitoral, é preciso viabilizar que candidaturas não detentoras do poder político, possam ter meios de sagrarem-se vitoriosas, e isso é possibilitado inclusive, através da distribuição adequada de recursos, de propaganda partidária, do incentivo daqueles que ocupam cargos de gestão nas agremiações, e de percentuais mínimos de gênero estabelecidos em lei.

2 AS COTAS DE GÊNERO NA POLÍTICA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A democracia passou por diversas mudanças ao longo dos séculos, e continua em um processo de desenvolvimento constante. Ao se aperfeiçoar a democracia, o alcance da participação popular nas decisões e nos valores de um Estado são mais fortemente estabelecidos.

Nesse sentido, Ramayana (2012, p. 18) menciona que “A democracia não é outra coisa que a luta pela democracia.” Assim,

constantemente há um desassossego democrático, impelindo por mudanças, pela busca da ordem, pelos direitos dos cidadãos, e de um exercício de poder político que efetivamente vise o interesse público da sociedade.

Gomes (2012) ressalva que em que pese os gregos tenham cunhado o termo democracia, que origina de *demokratia*: demos, povo, e *kratos*, poder, significando poder do povo, ela não é algo estático, estando em permanente construção, sendo considerada por muitos ideal a ser alcançado, e, como ideal, sua concretização exige que todos participem desse processo, independente de gênero, raça, ou classe social.

As mulheres historicamente tiveram que lutar por direitos que até então eram destinados apenas aos homens, foi assim em relação ao direito de ter uma formação acadêmica, ao direito de ingressar no mercado de trabalho, e não foi diferente no que tange ao direito de votar e também de ser eleita (SABINO; LIMA, 2015).

A trajetória de inserção das mulheres em espaços até então desocupados por elas demonstra que, por muito tempo, as mulheres desempenharam papéis no âmbito privado, e a atuação social e política tinha um caráter restrito, não sendo oportunizado o mesmo ambiente para elas (COELHO; BAPTISTA, 2009).

As brasileiras foram pioneiras no âmbito eleitoral, ao passo que a primeira eleitora mulher na América Latina foi brasileira, professora, nordestina, e teve o direito ao voto em 1927, por meio de uma Lei Estadual do Rio Grande do Norte, anos antes do Código Eleitoral de 1932 (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020a).

No ano seguinte, em 1928, a primeira mulher eleita na América Latina também foi brasileira e potiguar, e perdeu o mandato com a revolução de 1930 por discordar do então Presidente da República (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020a).

Mas o direito ao voto feminino somente foi previsto a nível nacional, de forma facultativa, a partir da edição do Código Eleitoral de 1932, com restrições, como anuência dos maridos para as mulheres casadas, e independência financeira para as solteiras e viúvas.

Com a Constituição da República de 1934, as restrições foram retiradas, no entanto, a obrigatoriedade do voto somente foi imposta a todas as mulheres com o Código Eleitoral de 1965, que está em vigor até os dias atuais.

A teoria política é uma teoria de gênero, e é uma discussão que merece análise, já que para uma grande maioria ainda há resistência e não é percebido como um problema, estando a dominação de gênero, e o patriarcado sobre as mulheres em um sistema hierárquico que as mulheres sempre estão em desvantagem (BIROLI, 2017).

No intuito de iniciar um longo processo para assegurar igualdade de fato ao gênero feminino, por ser uma questão de democracia paritária, e não apenas uma questão das mulheres, a legislação buscou tratar sobre a inclusão feminina nas esferas do poder público por meio de ações afirmativas.

A Lei 9.100/95 foi a primeira Legislação a tratar acerca das cotas de gênero, prevendo que 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidatas do sexo feminino nas eleições municipais do ano seguinte (BRASIL, 1995).

O debate sobre a inclusão de ações afirmativas com o objetivo de possibilitar maior representatividade política nos cargos políticos para mulheres se alargou, e, com a publicação da Lei das Eleições – Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997), as cotas de gênero passaram a ser estendidas a todas as instâncias políticas, com a reserva de vagas

por partidos ou coligações no percentual de 30% para cada gênero (SABINO; LIMA, 2015).

Apesar da implementação das cotas de gênero dada pela Lei das Eleições, não haviam sanções para o descumprimento na reserva de vagas, motivo pelo qual muitos partidos e coligações não se preocupavam em cumprir efetivamente o preceito legal.

Diante disso, a Lei 12.034/2009, chamada de mini reforma eleitoral alterou a Lei das Eleições, substituindo a palavra “deverá reservar”, passando o texto a dispor que cada partido ou coligação “preencherá” o percentual de 30% de vagas femininas, e inserindo também a obrigação de destinação do fundo partidário, reserva de tempo para propaganda eleitoral gratuita, e impondo sanções para o seu descumprimento (BRASIL, 2009).

Tais sanções também tiveram o objetivo de coibir as candidaturas femininas laranjas, que eram lançadas com o único intuito de preencher as cotas, sem que houvesse sequer o próprio voto da candidata em si mesmo, situação que vem sendo julgada e condenada pela Justiça Eleitoral, incorrendo em cassação de mandatos, e inelegibilidades.

Em maio de 2018, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, o STF equiparou o percentual mínimo do fundo partidário à proporção das cotas de gênero, estabelecendo o mínimo de 30% às candidaturas femininas, decidindo também por maioria dos votos pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º quanto a fixação de prazo para esta regra, sobretudo, porque a distribuição de recursos não discriminatória deve perdurar enquanto for justificada a necessidade de composição mínima das candidaturas feminina, que por tempos foi tratada com discriminação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Nesse ínterim, notório que em um processo político eleitoral, é preciso viabilizar que candidaturas não detentoras do poder político, que em regra desnivelam a competição, e que por mais de um século foram sub-representadas, possam ter meios de sagrarem-se vitoriosas, e isso é possibilitado, inclusive, por meio de distribuição adequada de recursos, de propaganda partidária, e de percentuais mínimos de gênero estabelecidos em lei.

Esses espaços de poder são há tempos dominados pelos homens, e o debate feminista tem enfrentado desigualdades na participação democrática, com dificuldades de acesso e configurações excludentes da esfera pública e suas hierarquias (BIROLI, 2017).

Apesar da disposição das cotas de gênero na legislação hodierna, os dados demonstram que isso não foi suficiente para promover o aumento do número de mulheres ocupando espaços de poder no Brasil.

Conforme estatísticas apresentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições municipais de 2016 o eleitorado brasileiro era composto por 52,21% de mulheres, sendo que apenas 13,43% das candidatas foram eleitas naquele processo eleitoral, além disso, foi alcançado o número estratosférico de 14.722 candidatas com zero votos e 6.745 candidatas com apenas um voto (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020b).

Já nas eleições gerais de 2018, o percentual de eleitoras foi de 52,50%, o que corresponde a um número superior a 77 milhões de cidadãs, mulheres, das mais variadas classes, cores, e instruções educacionais e o de eleitas correspondeu a 16,11%, o que precisamente diz respeito a 287 mulheres, em um universo de 1.782 vagas a serem preenchidas para ocuparem mandatos eletivos, tendo havido ainda 21 candidatas – de um total de 24 candidatos – com zero votos, e

28 mulheres que obtiveram um voto (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020b).

O que impressiona é o fato de que em 2018 as mulheres já eram mais de 44% das filiadas em partidos políticos, e isso nos leva a pensar o motivo pelo qual, apesar das cotas de gênero, da maioria do eleitorado ser feminino, do alto percentual de filiação, as mulheres ainda representem um número pequeno de candidatas, e um número muito mais escasso de eleitas.

Talvez isso se deva ao fato de que esses espaços de poder, para muitos, são ainda considerados lugares que não devem, nem podem ser ocupados por mulheres, pois há uma visão de que a mulher é um ser frágil, não resistente às minúcias inerentes ao exercício de um poder político.

As mulheres necessitam sair do campo da invisibilidade representativa, e, apesar das ações afirmativas advindas da lei de cotas, ainda é preciso combater o preconceito, e reequilibrar o acesso ao poder com igualdade de oportunidades no campo da vida pública (GROSSI; MIGUEL, 2001).

As cotas de gênero, que determinam o preenchimento das vagas de candidatos nos partidos representam um enorme avanço nessa longa jornada chamada democracia, mas ainda é preciso que a sociedade veja como característica feminina também a identidade de gestora pública, que pode ter um papel de gênero voltado ao lar, mas que também exerce com excelência a representação política que lhe possa ser concedida através do sufrágio universal (COELHO; BAPTISTA, 2009).

A ausência de uma representação qualificada, que desbrave os poderios há séculos dominados pela imagem masculina, que se posicione a fim de efetivamente lutar pelas causas femininas, e que inspire e motive outras mulheres a se sentirem fortalecidas,

e encorajadas a adentrarem o espaço político só ocorrerá a partir de uma educação iminente acerca da cidadania, da justiça, e da política.

3 EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA COMO MEIO DE REPRESENTAÇÃO FEMININA QUALIFICADA

A construção de um diálogo democrático é iniciada a partir de uma educação que possibilita acessibilidade de participação do cidadão a informações concretas e à equidade de oportunidades.

O direito a educação é um direito social reconhecidamente inclusivo, e que propicia a inserção no campo da participação política, ao passo que o processo de conhecimento da cidadania passa pela socialização educacional enquanto bem comum (RIBEIRO, 2002).

A igualdade nas esferas de poder ainda é um desafio, pois, apesar da existência da política de cotas, elas já se mostraram insuficientes para corrigir as desigualdades de gênero enraizadas, sendo de suma importância o preparo e a capacitação das mulheres para adentrarem os espaços públicos.

O processo de participação está intrinsecamente ligado ao processo de empoderamento, pois as mulheres não tiveram acesso ao poder político porque não compartilhavam das tomadas de decisões, sequer possuíam lugar de fala, ou poder da ação coletiva fora do espaço privado (LISBOA; MANFRINI, 2005).

A equidade de gênero, por sua vez, deve ser construída tanto pelo Estado, através das leis e de políticas públicas, quanto na mente dos cidadãos por meio de uma educação para a cidadania que promova a mudança da cultura patriarcal com o fim da dominação masculina nesse espaço, sedimentada através de séculos, criando condições para que as mulheres se empoderem, tornem-se sujeitos

históricos em todas as esferas de poder, podendo assim exercer de fato sua verdadeira cidadania (LISBOA; MANFRINI, 2005)

A conquista do direito da mulher de votar e ser votada, ou de ingressar no mercado de trabalho foram apenas o início da luta feminina para ocupar os espaços públicos de poder, os quais ainda são de dominação masculina. A ausência de representação feminina advém de uma cultura fortemente patriarcal, que merece ser revista – principalmente pelas próprias mulheres, cujo direito fundamental pleno à igualdade de gênero teve reconhecimento expresso na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020d, p. 104).

Imprescindível é a inclusão das demandas femininas das mulheres na agenda do governo, a partir da criação de programas de incentivo, acesso ao conhecimento, designando recursos e condicionando o desenho de políticas públicas as demandas, necessidades e potencialidades das mulheres (GUZMAN, 1997).

Uma reflexão que se obriga acerca do tema é como tornar a presença política da mulher uma representação qualificada, impondo um processo de contribuição democrática entre homens e mulheres. Esta inflexão é necessária, pois se desdobra no contexto das mulheres eleitas protagonizarem uma atuação efetivamente comprometida com temas alinhados às causas atinentes aos direitos das mulheres (ANDRADE; MACHADO, 2017).

Em suma, a democracia precisa de cidadania consciente e participante, e uma cidadania consciente e participante depende do incentivo à educação política, porque a democracia não se esgota no momento do voto, pelo contrário, ela se legitima naquele momento, e continuamente se desenvolve (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020c).

Paralelo a isso, o impacto no desenvolvimento da representação feminina passa pelo contexto educacional de abordagem transformadora da educação, promovendo valores universais compartilhados, o direito ao respeito, a não discriminação, a inclusão de qualidade equitativa, sobretudo nesse tempo de muita desinformação.

Nesse sentido, é claro que todos, podem e devem pautar livremente suas atuações a partir de seu contexto histórico, opções ideológicas ou identidades regionais. No entanto, ainda é uma seara que por vezes é deixada de lado pelas próprias mulheres, o que passa a significar uma representação não caracterizada pelas lutas de gênero, que ainda é um campo a ser fortalecido, principalmente dentro do ambiente político (ANDRADE; MACHADO, 2017).

Mas a educação é o eixo de construção e reconstrução de uma sociedade, sendo o fio condutor para uma representação política com equidade, e nesse sentido o movimento de medidas promotoras de igualdade de gênero na seara eleitoral é uma causa de todos, e não apenas dos movimentos femininas.

A promoção de composição homogênea entre homens e mulheres, sobretudo, fortalece a democracia, mas para que isso possa ser alcançado, as mulheres precisam estar inseridas nos espaços de diretórios partidários, ter conhecimento acerca das funções desempenhadas durante os mandatos eletivos, e isso é possibilitado pela construção da educação cidadã, que pode ter início a qualquer tempo, mas o quanto antes for propiciada, mais cedo os frutos estarão prontos para serem colhidos.

Nesse sentido, apesar das cotas de gênero não incrementarem percentual alto no número de eleitas, elas guardam segurança à participação política das mulheres, e a sua extinção também não seria o meio mais adequado para uma representação qualificada,

mas sim, além dela, a implantação de políticas paralelas, como a capacitação de mulheres para o espaço político, por meio de cursos, convênios e associações com partidos políticos, educando tanto a sociedade civil quanto as próprias agremiações partidárias para educação para cidadania (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020d, p. 181).

Os dados refletem a indispensabilidade de se adotar medidas drásticas para a capacitação feminina no ambiente político, pois, é alarmante que em um país onde a maioria de seus cidadãos e eleitores sejam mulheres, e, não obstante, não ocupem um percentual proporcionalmente satisfatório nos cargos de poder, tendo sido eleitas apenas um número inferior a 17% dos candidatos, de modo que suas pautas não sejam tratadas com o devido comprometimento pelos agentes públicos (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020d, p. 104).

CONCLUSÃO

A justiça como equidade estabelecida por Rawls, juntamente com a política de reparação possui relação com a instituição de políticas afirmativas, e com os outros meios tendentes a coibir anos de promoção de desigualdade entre homens e mulheres, porque a igualdade não se satisfaz apenas com igualdade de oportunidades, mas com meios que assegurem igualdade de resultados.

Ao criar sua Teoria da Justiça, o filósofo repudiou o mérito moral e dispôs que, para que a vida em sociedade seja justa, todos precisam estar em uma posição equânime, utilizando seus próprios benefícios advindos do nascimento, em prol dos demais membros da sociedade, a fim de possibilitar aos que não tiveram a sorte de vencerem na loteria natural dos talentos e das classes sociais e

econômicas, o acesso a recursos e influências, isto porque, não se podem tratar tais desigualdades como naturais, mas as instituições, de modo geral, precisam encontrar artifícios de compensá-las.

O trato com a vida política não pode ser diferente, e os sujeitos detentores de direito, e também de status do poder, tem o dever de elaborar subterfúgios além das ações afirmativas de cotas, a fim de efetivar uma compensação àquelas que, historicamente, ficaram à margem da política, e de outros espaços públicos.

Os movimentos sufragistas inspiraram as mulheres a buscar aquilo que conhecemos hoje como direitos políticos ativos e passivos. No entanto, essa luta se iniciou sem apoio partidário, e cerca de 87 anos depois, há ainda desamparo político à representação feminina dentro dos diretórios políticos.

Só há direitos humanos plenamente eficazes na democracia, e ela não se concentra apenas no momento do voto, ela faz parte de um processo contínuo que envolve debate público, respeito e garantia aos direitos fundamentais.

A desigualdade de gênero na representação política é estarrecedora, e a mulher, apesar de ter conquistado diversos espaços até então dominados pelos homens, constantemente se vê preterida para o poder político pelo gênero, seja pela ausência de representatividade, pela não preferência na destinação de recursos pelos dirigentes partidários, ou por tantos outros motivos ligados à história de distinção entre homens e mulheres, ainda que a igualdade seja direito fundamental expresso constitucionalmente.

No entanto, em que pese a instituição das cotas de gênero pela legislação nacional, conforme exposto no trabalho, elas não promoveram o acréscimo dos números de eleitas no Brasil. Imperioso, assim, que, mais do que o cumprimento de uma tabela obrigatória pelos partidos políticos, haja a implementação de

medidas eficazes na promoção da igualdade, e de uma justiça de gênero eficiente, para que as candidaturas femininas tenham reais chances de conquistarem mandatos eletivos nas urnas, afinal, não basta dar igualdade de oportunidades, é preciso dar condições para que essas oportunidades

O reconhecimento equânime da desigualdade foi um grande passo no combate à discriminação, e o estabelecimento de uma democracia paritária, entretanto, apenas com a realização de uma educação voltada à cidadania, será possível uma representação feminina qualificada no combate às causas das mulheres, e também para que possa inspirar outras a seguirem o mesmo caminho.

A educação política possibilita a todos os cidadãos o efetivo exercício da democracia. E, somente através dela, as mulheres podem, de modo contundente, compreender seu papel de representação político-partidária, propagar sua companhia, aperfeiçoar o exercício de seu mandato, conquistar territórios até então inalcançados, e, por fim, abrir caminho para mais representações qualificadas, que possibilitam de forma efetiva, uma cidadania mais coesa, justa e com diversas vozes femininas atuantes.

Isto porque, o fortalecimento da democracia se faz com a participação de todos, e primordialmente a partir daqueles que tiveram suas vozes caladas, e mentes suprimidas ao longo dos séculos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, D. A. de; MACHADO, M. S. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES: DESAFIOS PARA A EQUIDADE. **Revista Jurídica Da FA7**, v. 14, n. 2, p. 43-64, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/478> Acesso em: 4 ago. 2020.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1985. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x8vsn0>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BIROLI, Flávia. Teorias Feministas da Política, empiria e normatividade. **Lua Nova**, n. 102, p. 173-210, dez. de 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452017000300173&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.100 de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.034 de 29 de setembro de 2009. Altera as leis 9.096, de 19 de setembro de 1995, Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 set. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 85-99, jun. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2009000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2020.

DWORKIN, Ronaldo. **Uma questão de princípio**; tradução Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

GROSSI, Míriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. **Rev. Estud. Fem.**, v. 9, n. 1, p. 167-206, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2020.

GUZMÁN, Virginia. La equidad de género como tema de debate y de políticas públicas. In: GUZMÁN, Virginia. **Memoria del Foro Internacional sobre Ciudadanía, Género y Reforma del Estado**. México: Grupo de Educación con Mujeres, 1997. Disponível em: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Genero-Mujer-Desarrollo/la%20equidad%20de%20genero%20como%20tema%20de%20debate.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

LISBOA, Tereza Kleba; MANFRINI, Daniele Beatriz. Cidadania e equidade de gênero: políticas públicas para mulheres excluídas dos direitos mínimos. **Rev. Katalysis**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2005, p. 67-77. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/download/7103/6570>. Acesso em: 11 ago. 2020.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/uma-teoria-da-justic3a7a.pdf> Acesso em: 28 jul. 2020.

RIBEIRO, Marlene. Educação para a cidadania: questão colocada pelos movimentos sociais. **Educ. Pesqui.**, v. 28, n. 2, p. 113-128, jul. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022002000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 ago. 2020.

SABINO, Maria Jordana Costa; LIMA, Patrícia Verônica Pinheiro Sales. Igualdade de gênero no exercício do poder. **Rev. Estud. Fem.**, v. 23, n. 3, p. 713-734, dez. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2015000300713&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 06 ago. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 29. ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Maria Helena; AMANCIO, Lúgia. Resistências à Igualdade de Gênero na Política. **Ex aequo**, n. 25, p. 45-58, 2012. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602012000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2020.

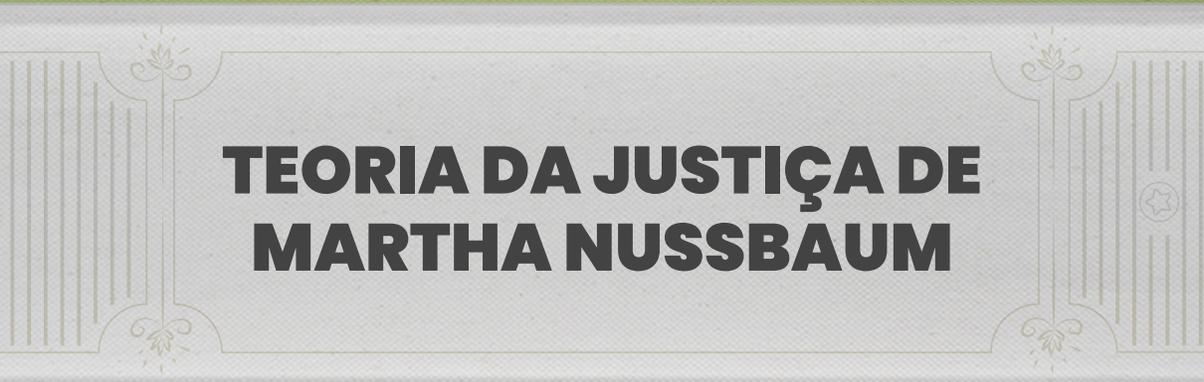
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres. **Notícias STF**, Brasília, DF, 15 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485>. Acesso em: 4 ago. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **A construção da voz feminina na cidadania. Exposição virtual.** Brasília, DF: TSE, 2020a. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/arquivos/portfolio-exposicao-a-construcao-da-voz-feminina-na-cidadania-TSE.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

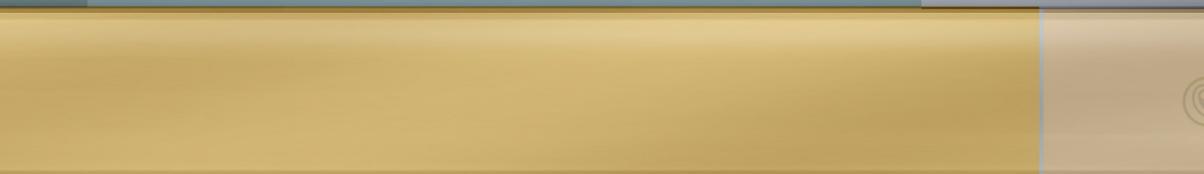
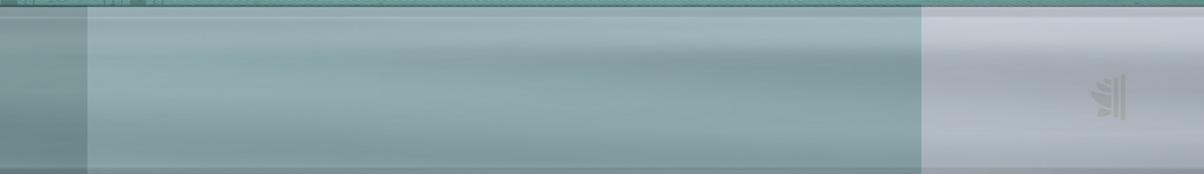
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Campanha Participa Mulher.** Brasília, DF: TSE, 2020b. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas>. Acesso em: 6 ago. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Em livre, Barroso reafirma a importância da educação para a cidadania.** Brasília, DF: TSE, 2020c. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/em-live-barroso-reafirma-a-importancia-da-educacao-para-a-democracia>. Acesso em: 11 ago. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Estudos eleitorais. **Escola Judiciária Eleitoral**, v. 14, n. 1, p. 8-285, jan./abr. 2020d. Edição Especial. Disponível em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v14-n1_final.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.



TEORIA DA JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM



A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA SOB O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM¹

Ana Claudia Rockemback²

Natálie Vailatti³

INTRODUÇÃO

As teorias da justiça social são necessariamente abstratas, indo além do micro e do imediato para o macro e atemporal. No entanto, tais teorias, abordando o mundo e sua vasta complexidade, devem responder aos dilemas reais e transitórios da sua época. A partir disso, a filósofa Martha Nussbaum em *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie* dedica-se a esta proposta.

Abordando três problemas urgentes de justiça social negligenciados pelas teorias atuais e, portanto, mais difíceis de resolver em termos práticos e na vida cotidiana, Martha Nussbaum busca uma teoria da justiça social que pode conduzir a sociedade a uma abordagem mais completa e responsiva à cooperação social.

A ideia do contrato social desenvolvida na obra de John Rawls é uma das abordagens mais consideráveis à justiça social

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. O presente trabalho foi realizado com apoio da Secretaria de Estado da Educação de Santa Catarina (SED) – Bolsa de Estudo UNIEDU/FUMDES – Chamada Pública nº 1423/SED/2019.

² Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduanda em Direito Médico pela Verbo Jurídico; Pós-graduanda em Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia; Bacharela em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista CAPES; acrockemback@gmail.com.

³ Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público e Privado (Direito Material e Processual) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharela em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; natalievailatti@gmail.com.

na tradição ocidental. Mas, como Nussbaum demonstra, mesmo a teoria de Rawls sugerindo um contrato de vantagem mútua entre iguais aproximados, não pode abordar questões de justiça social colocadas por partes desiguais.

Como, por exemplo, é possível estender os direitos iguais de cidadania (educação, saúde, direitos e liberdades políticas) para aqueles com deficiências físicas e mentais? Como é possível abarcar a justiça e as condições de vida digna a todos os cidadãos do mundo? E como é possível abordar o contexto de animais não humanos para as noções de justiça social? Explorando as limitações do contrato social nessas três áreas, Nussbaum concebe uma teoria alternativa baseada na ideia de “capacidades”.

Para além dessa abordagem, o presente trabalho tem como tema A violência obstétrica sob o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum, o qual busca responder o seguinte problema: a partir da proposta de Nussbaum, que apresenta uma lista de capacidades que são indispensáveis para uma vida com dignidade, é possível haver a violação destas capacidades nos casos de violência obstétrica? Caso haja, quais são elas?

A tese a ser defendida é que, se em *Women and Human Development: The Capabilities Approach* Nussbaum apresenta as capacidades como uma estrutura similar dos direitos fundamentais, então nos casos de violência obstétrica, os direitos fundamentais violados nos processos de parturição poderiam ser associados a ideia de violação de capacidades (NUSSBAUM, 2000).

Dessa forma, a fim compreender o arcabouço teórico que responde a estes questionamentos, na primeira parte deste trabalho, aborda-se o conteúdo conceitual do enfoque das capacidades e o seu objetivo, e também apresenta a lista com dez capacidades humanas centrais propostas por Nussbaum.

Na sequência, apresenta-se a distinção de funcionamento e capacidade e o estudo das capacidades combinadas, capacidades internas e capacidades básicas. A diferenciação desses conceitos é necessária para compreender a ideia central da autora e posteriormente adentrar nas possíveis capacidades não garantidas nos casos de violência obstétrica.

E por fim, a pesquisa associa as condutas de violência obstétrica com as capacidades humanas centrais e elenca algumas delas, porque, para Martha Nussbaum, a sociedade só é considerada justa quando garante o funcionamento das capacidades em um nível mínimo, e o que tudo indica, tratando-se da violência obstétrica, é que há uma grave afronta à dignidade humana nos processos de nascimento.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica com abordagem metodológica, que confere aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão do enfoque das capacidades de Martha Nussbaum sob a ótica da violência obstétrica.

1 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

O enfoque das capacidades desenvolvido por Martha Nussbaum, na filosofia, e por Amartya Sen, na economia, tem como ponto de partida as garantias humanas centrais que se fundamentam na ideia das capacidades humanas como norteadoras de uma vida com dignidade. Dessarte, a abordagem de Nussbaum, que é diferente da abordagem de Sen⁴, foca nas habilidades que visam fornecer as condições necessárias para uma sociedade “digna e

⁴ “Sen, o pioneiro, desenvolve a perspectiva econômica da teoria concentrando-se, inicialmente, na mensuração da qualidade de vida (1980) e, recentemente, nas questões de justiça social (2011) enquanto Nussbaum procura estabelecer a base filosófica da concepção.” (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017, p. 32).

justa” por meio dos “direitos básicos de todos os cidadãos”, e a falta de proteção desses direitos constitui uma violação da justiça básica. Com base nessa premissa, o enfoque das capacidades tem como escopo concentrar-se naquilo que as pessoas são capazes de fazer, isto é, nas suas capacidades enquanto seres humanos (NUSSBAUM, 2013).

O intuito de Martha Nussbaum, ao abordar o enfoque das capacidades e a partir dele, propor a lista das dez capacidades humanas centrais, era o de aplicar a sua teoria para discutir os três problemas de justiça⁵ que não foram tratados pelas teorias da justiça desenvolvidas pelos autores clássicos. Assim, aplicar as teorias passadas aos novos problemas sociais não era um caminho possível para Nussbaum, dessa forma, a única possibilidade disponível era a de corrigir as estruturas teóricas já existentes (NUSSBAUM, 2013).

A autora ressalta que o seu projeto é, mais que um projeto crítico, um projeto construtivo, que propõe o enfoque das capacidades para resolver os três problemas de justiça não abordados pela tradição do contrato social. Além disso, John Rawls, teórico influente da tradição ocidental, admite que a sua teoria não abrange os problemas que Martha Nussbaum entende ser relevantes socialmente.

Dessa forma, em *O Liberalismo Político*, Rawls enfatiza que a obra *Uma Teoria da Justiça* propõe uma visão mais adequada da justiça política e social do que as concepções clássicas já exploradas. Para tanto, ele se limitou a uma série de questões tradicionais que estavam no ápice do debate histórico a respeito da estrutura moral e política da democracia moderna enquanto Estado (RAWLS, 2000,

⁵ Os três problemas de justiça elencados por Nussbaum são: (i) o problema da justiça para as pessoas com deficiência e impedimentos físicos; (ii) o problema de justiça que envolve a nacionalidade; (iii) e as questões de justiça que envolvem os animais não humanos (NUSSBAUM, 2013).

p. 36). Nesse sentido, *Uma Teoria da Justiça* aprofunda-se nos elementos dos direitos fundamentais dos indivíduos na sociedade civil, nas liberdades religiosas e nas políticas básicas, na liberdade de circulação, na igualdade de oportunidades, no direito à propriedade e na garantia do Estado de Direito (RAWLS, 2000).

Outro ponto que a teoria da justiça de Rawls se concentra, é na discussão da justiça da desigualdade social e econômica onde os cidadãos são vistos como livres e iguais no meio em que vivem. No entanto, a teoria ignora amplamente as demandas democráticas nas empresas e locais de trabalho, bem como a questão da justiça entre as nações e/ou povos (RAWLS, 2000).

Além das questões fomentadas, Rawls quase não faz menção à justiça criminal e à proteção ambiental ou à proteção da vida silvestre, tampouco às demais questões que ele julga importantes e que não são abordadas em sua teoria, como, por exemplo, a justiça no âmbito familiar (mesmo o autor entendendo que a família é justa de alguma forma). Sendo assim, o pressuposto implícito na concepção de justiça desenvolvida por Rawls, centra-se nos problemas clássicos (RAWLS, 2000).

Assim, Rawls enfatiza o compromisso com a tradição do contrato social ao dizer que o seu objetivo era apresentar uma concepção de justiça que generalizasse e levasse a um nível alto de abstração a teoria do contrato social encontrado em Locke, Rousseau e Kant. Portanto, não se deve pensar que o contrato original visa constituir uma determinada sociedade ou estabelecer uma determinada forma de governo, pelo contrário, a proposta norteadora é de que o princípio da justiça para a estrutura básica da sociedade constitui o escopo do acordo original (RAWLS, 2016).

Segundo o filósofo, a sua própria concepção de justiça encontra dificuldades para resolver quatro problemas de justiça,

sendo eles: o problema de poupar para as gerações futuras, o qual ele denomina de “poupança justa”; a justiça entre as fronteiras nacionais envolvendo os princípios aplicáveis ao direito internacional; o problema das pessoas incapazes, seja temporariamente, seja permanentemente, onde Nussbaum posteriormente se referirá às pessoas com deficiência; e por fim, sobre os animais e o restante da natureza. Para ele, mesmo que se quisesse tratar dessas questões, seria impensável “no âmbito da justiça como equidade, entendida como concepção política.” (RAWLS, 2000, p. 64). Nas palavras de John Rawls (2000, p. 64),

[...] essa concepção apresenta respostas razoáveis aos dois primeiros problemas de extensão: às futuras gerações e aos direitos das gentes, e a uma parte do terceiro, o problema de prover aquilo que podemos chamar de um atendimento médico normal. Com relação aos problemas para os quais a justiça como equidade talvez não tenha uma resposta, há várias possibilidades. Uma delas é que a ideia de justiça política não abrange todas as coisas, nem é de se esperar que o faça. Ou o problema pode ser realmente de justiça política, mas a justiça como equidade não é apropriada nesse caso, por melhor que seja para outros casos.

Destarte, é possível compreender que o trabalho de Rawls, na tradição, teve uma contribuição muito requintada para o modo de se pensar sobre o que a justiça requer quando se parte de uma ideia de que há pessoas iguais com valores e capacidades próprias (NUSSBAUM, 2013).

Nessa lógica, a teoria rawlsiana, como qualquer outra teoria contratualista, não deve em hipótese alguma ser rejeitada, porém, outras teorias alternativas também podem ser exploradas com o intuito de aumentar o entendimento da justiça, além de ampliar aquelas teorias existentes (NUSSBAUM, 2013).

Com isso, a partir do enfoque das capacidades, Martha Nussbaum propõe uma lista de capacidades humanas centrais que são implícitas para uma vida apropriada à dignidade humana. Tais capacidades são apresentadas como fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística, e estão disponíveis para toda e qualquer pessoa, cabendo a sua implementação e a efetivação pelos governos de todas as nações (NUSSBAUM, 2013).

A assimilação da proposta teórica de Martha Nussbaum se dá a partir de três teses: a primeira ressalta que a dignidade não parte de alguma propriedade intrínseca do ser humano, como, por exemplo, a posse de aptidão racional ou qualquer outra habilidade específica, uma vez que à dignidade não é atribuído um valor independentemente das capacidades que um indivíduo possui, mas que a noção da vida com dignidade parte da articulação de princípios políticos que envolvem as capacidades. A segunda, explana que o enfoque das capacidades parte da perspectiva dos direitos humanos, porém, a linguagem desenvolvida no enfoque das capacidades aparenta ser superior à linguagem dos direitos humanos. E por fim, a terceira enfatiza que “as capacidades são direitos.” (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017).

Nussbaum (2013) esclarece que o enfoque das capacidades foi desenvolvido como uma alternativa às abordagens econômico-utilitaristas que coordenavam as discussões sobre a qualidade de vida nas áreas internacionais de desenvolvimento e na política pública. Os economistas da tradição utilitarista avaliavam de forma alternativa a utilidade média ou total da economia através da expressão de satisfação dos indivíduos, e isso gerava um problema, porque as informações sobre a satisfação dos indivíduos não diziam quem eram os que estavam no topo e quem estavam na base.

A utilidade média é um número impreciso e não é capaz de abordar com exatidão os diferentes tipos de pessoas e suas posições sociais. Outra crítica que Nussbaum faz é em relação à confiança na utilidade, porque o utilitarismo não expõe informações sociais relevantes, como por exemplo: como os indivíduos se sentem sobre o que está acontecendo com eles? Eles estão satisfeitos ou insatisfeitos? O que eles são capazes de ser ou fazer? Portanto, o utilitarismo mostra-se deficiente porque o contentamento não é o único ponto relevante na vida humana, mas o esforço ativo também deve ser considerado (NUSSBAUM, 2013).

Sendo assim, a ideia básica do enfoque das capacidades de Nussbaum inicia com uma concepção de dignidade elencada em uma lista com dez capacidades primordiais e indispensáveis para uma vida apropriada ao ser humano. Essas dez capacidades se apresentam como objetivos gerais e são consideradas parte de uma determinação mínima da justiça social; uma sociedade que não as garanta para todos os seus cidadãos em um nível mínimo, não pode ser uma sociedade plenamente justa (NUSSBAUM, 2013). As capacidades humanas centrais são:

- a) **vida:** ter a capacidade de viver até o final de uma vida humana de duração normal, não morrer prematuramente ou antes que a vida se veja tão reduzida que não vale a pena vivê-la;
- b) **saúde física:** ser capaz de ter uma boa saúde, incluindo a reprodutiva, receber alimentação adequada e de dispor de um lugar adequado para viver;
- c) **integridade física:** ser capaz de se movimentar livremente de um lugar para o outro, de estar protegido contra os ataques de violência e agressões sexuais e violência doméstica, e

- dispor de atividades para satisfação sexual e para escolha em questões de reprodução;
- d) sentidos, imaginação e pensamento:** ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio. Envolvendo uma educação adequada, a alfabetização, o treinamento matemático e o científico básico. Também ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão para experimentar e produzir obras ou eventos religiosos, literários ou musicais. Ser protegido por garantias de liberdade de expressão, tanto a expressão política quanto a artística e a liberdade do exercício religioso;
 - e) emoções:** ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, sentir gratidão, e raiva justificada e não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade;
 - f) razão prática:** ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. Aqui inclui a proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa;
 - g) afiliação: a)** ser capaz de viver para os outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social e ter a capacidade de imaginar a situação do outro; **b)** ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação, ser capaz de ser tratado como ser digno, cujo valor é igual aos outros, e aqui inclui as disposições de não discriminação com base na raça, sexo, orientação sexual, etnia, religião e origem nacional;
 - h) outras espécies:** ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com os animais, plantas e o mundo da natureza;

- i) **lazer**: ser capaz de rir, brincar e gozar das atividades recreativas;
- j) **controle sobre o próprio ambiente**: a) **político**: ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida, ter o direito à participação política e proteções de liberdade de expressão e associação; b) **material**: ser capaz de ter propriedade, ter direito de propriedade em base igual a dos outros, ter o direito de candidatar-se a emprego em base de igualdade com os demais. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Para Nussbaum (2013), os elementos de uma vida com dignidade abordados no enfoque das capacidades são plurais e não singulares, e escolher uma das dez capacidades para determinar posições sociais seria um erro porque todas são requisitos mínimos para uma vida digna e são consideradas importantes para qualquer cidadão, em toda e qualquer nação.

1.1 BREVE COMPREENSÃO DO FUNCIONAMENTO E A CAPACIDADE

Para compreender como se dá o funcionamento e a capacidade, se faz necessário o entendimento conceitual das chamadas: *capacidades combinadas*, *capacidades internas* e *capacidades básicas*.

A *capacidade interna* refere-se aos traços da personalidade, também denominadas de capacidades intelectuais, emocionais, físicas e da aprendizagem interna, ou seja, são estados do indivíduo que não devem ser confundidos com aquilo que é intrínseco, mas

com características que já foram desenvolvidas (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017).

A *capacidade combinada* se constitui a partir da soma das capacidades internas com as circunstâncias sociais, políticas e econômicas, onde é possível escolher o funcionamento daquelas. Nesse sentido, é impossível imaginar, pelo aspecto conceitual, que haja o desenvolvimento das capacidades combinadas sem antes o desenvolvimento das capacidades internas. A capacidade interna é adquirida devido a um determinado funcionamento, mas caso não haja meios para essa capacidade funcionar, o indivíduo pode perdê-la, já que a capacidade interna não é “equipamento inato das pessoas.” (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017).

E por fim, a *capacidade básica*, que compreende as capacidades inatas que estão ligadas às características que os indivíduos trazem consigo ao mundo, e em um momento posterior, possibilita o seu desenvolvimento (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017).

A partir disso, é preciso distinguir as capacidades de funcionamentos. O funcionamento nada mais é que a materialização das capacidades, ou seja, é o que torna a capacidade possível de ser realizada. Conforme expõe Strapazzon e Tramontina (2017, p. 35),

[...] as capacidades podem se transformar em funcionamentos. Sem as capacidades não há funcionamentos. As capacidades significam ‘oportunidade de selecionar’. A noção de liberdade de escolha é intrínseca ao conceito de capacidade. Uma pessoa que passa fome e outra que está em jejum têm o mesmo funcionamento no que diz respeito à alimentação, porém não dispõem da mesma capacidade. Aquele que jejuava tem a opção de não jejuar, o outro não tem alternativa. A noção de funcionamento é o destino final da noção de capacidades.

Com isso, a capacidade desempenha conjuntamente com o funcionamento a ideia central da teoria proposta por Martha Nussbaum, que destaca o conteúdo valorativo de cada indivíduo partindo do princípio da capacidade de cada um, englobando a concepção marxista-aristotélica do ser humano que necessita de múltiplas atividades vitais, e não apenas quantidades de recursos.

Portanto, o enfoque às capacidades de Martha Nussbaum será analisado dentro da temática da violência obstétrica, caracterizado atualmente como um problema sério de violação de direitos fundamentais. Assim, será possível identificar quais as capacidades que possuem o seu funcionamento prejudicado dentro dos processos de parturição.

2 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES SOB A ÓTICA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Os processos de nascimento sofrem interferências médicas graves que levam a complicações sérias nos quadros de saúde da parturiente e do recém-nascido. Os dados da pesquisa *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado* da Fundação Perseu Abramo indicam que uma em cada quatro mulheres sofre alguma violência obstétrica antes, durante e após o parto. Além das intervenções desnecessárias, existe um indicativo de raça que torna a situação ainda mais grave: 60% das mortes maternas do SUS são de mulheres negras e pardas (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2010; BRASIL, 2017).

Diante deste cenário, é possível identificar, a partir da teoria de Martha Nussbaum, várias capacidades humanas centrais que são negligenciadas quando se trata da assistência ao parto, como, por exemplo, a vida, a saúde física, a integridade física, os sentidos, imaginação e pensamentos, as emoções e a razão prática

(NUSSBAUM, 2013). A seguir, algumas dessas capacidades serão exemplificadas e inseridas no contexto da violência obstétrica.

A primeira capacidade abordada no rol de capacidades humanas centrais é a *Vida*: “ter a capacidade de viver até o final de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a vida se veja tão reduzida que não vale a pena vivê-la.” (NUSSBAUM, 2013, p. 91). A mortalidade materna é um exemplo claro de como essa capacidade é negligenciada no âmbito dos processos de parturição, visto que 92% dos casos são evitáveis e geralmente decorrem de uma série de eventos malsucedidos (BRASIL, 2007).

Conforme explana Botelho *et al.* (2014), dois terços dos óbitos maternos provêm das complicações obstétricas que ocorrem principalmente com mulheres em condições socioeconômicas baixas. Além disso, o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) traz os dados referentes aos óbitos registrados no município do Rio de Janeiro entre o período de 2000 e 2013, o qual informa que 273 mulheres declaradas brancas vieram a óbito por complicações obstétricas, ao passo que esse número dobrou referente às mulheres negras, chegando a 485 óbitos, ou seja, o índice de mortalidade das mulheres negras é 56% maior que o índice de mortalidade das mulheres brancas no período gravídico puerperal (DATASUS – SIM apud ASSIS, 2018).

Outra capacidade abordada no rol de capacidades humanas centrais é a *Integridade física* e talvez ela seja uma das capacidades mais importantes quando se refere às violências sofridas pelas gestantes em todas as fases do parto. Nussbaum (2013, p. 92) destaca a integridade física como: “ser capaz de se movimentar livremente de um lugar para o outro, de estar protegido contra os ataques de violência e agressões sexuais [...]” Muitas gestantes na

fase ativa do trabalho de parto ainda são obrigadas a permanecer na cama em posição ginecológica (posição de litotomia), que além de limitar os movimentos da parturiente durante as contrações, dificulta a passagem do bebê. O exame de toque (aferimento da dilatação), a episiotomia (corte no períneo para a passagem do bebê) e o descolamento de membrana (rompimento voluntário da bolsa), são consideradas violências obstétricas de caráter sexual, pois, na maioria dos casos, os procedimentos não são previamente informados, tampouco consentidos (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Destarte, a parturiente por não deter o conhecimento técnico, se vê vulnerável e entregue às condutas da equipe médica, sem receber qualquer informação sobre o procedimento a ser realizado, além de ser submetida a outras violências, como é o caso do uso da ocitocina sintética (hormônio utilizado para acelerar as contrações), o enema (lavagem intestinal) e a manobra de Kristeller, (quando o profissional da saúde empurra a barriga da parturiente). Todas essas condutas são exemplos de “violência obstétrica” que afetam diretamente a integridade física das parturientes (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

E por fim, outra capacidade não desenvolvida nos processos de parturição são as *Emoções*: “ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, sentir gratidão, e raiva justificada e não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade.” (NUSSBAUM, 2013, p. 92).

É comum durante o trabalho de parto, a gestante receber xingamentos ao vocalizar nas contrações, e esse tratamento faz com que a mulher sinta medo, ansiedade e insegurança, bloqueando as emoções que deveriam ser externalizadas juntamente com os

hormônios presentes na fase ativa do parto (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Após o nascimento, os protocolos hospitalares com o recém-nascido (aplicação do nitrato de prata, aspiração e corte precoce do cordão umbilical), impedem o primeiro contato da mãe e do bebê, postergando o vínculo essencial da chamada *Golden Hour* ou *Hora de Ouro*, onde são estabelecidos os primeiros vínculos emocionais e o início do processo de amamentação (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Nesse sentido, quando Nussbaum propõe que uma vida com dignidade é ter a capacidade de não morrer prematuramente, de ter a sua integridade física protegida, suas emoções não bloqueadas, e os dados estatísticos mostram que mulheres, principalmente as de baixa renda sofrem (e morrem) em decorrência de inúmeros eventos malsucedidos na hora do parto, o que se compreende, é que não é oportunizado o funcionamento das capacidades em questão, uma vez que os funcionamentos são as materializações das capacidades (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017).

Portanto, é impossível imaginar um pré-natal, trabalho de parto e um pós-parto satisfatório e respeitoso para a mulher sem que as capacidades humanas centrais citadas no texto sejam desenvolvidas e garantidas, posto que a premissa básica por trás de cada uma dessas capacidades tem como argumento a impossibilidade de imaginar uma vida sem a sua efetivação, posto que a violação de qualquer capacidade em questão seria inapropriada à dignidade humana.

Desta forma, a aproximação das capacidades humanas centrais com as violências obstétricas sofridas pelas parturientes, pode ser analisada sob o contexto dos processos de nascimento, visto que o enfoque das capacidades é uma abordagem de direitos humanos e ela está diretamente ligada à ideia de dignidade humana,

porém, é preciso esclarecer que para Nussbaum, as capacidades não são os meios para uma vida com dignidade e sim “maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade nas diferentes áreas das atividades humanas vitais.” (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2017, p. 40).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Martha Nussbaum aborda a teoria das capacidades em *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie* como uma alternativa às injustiças e desigualdades sociais não contempladas pelas teorias clássicas do contrato social propostas por Locke, Hobbes, Kant, Hume e Rawls. Seu intuito era possibilitar a ideia de um mínimo social básico que deveria ser executado por todos os governos a fim de proporcionar uma vida com dignidade.

Nisso, se faz necessário um questionamento: e se fosse possível tirar alguma das capacidades da lista proposta por Nussbaum? E se uma capacidade fosse irrelevante para algum indivíduo, então, seria possível excluí-la da lista e mesmo assim pensar em uma vida digna? Para a autora, a resposta é: seria impensável oferecer a opção de troca às pessoas, como por exemplo, a exclusão de uma determinada capacidade da lista, ou a opção de substituir uma capacidade por outra, já que isso criaria ordens individualizadas, onde uns teriam direitos básicos garantidos e outros não, além de estabelecer uma hierarquia ao invés de igualdade.

Nesse sentido, à luz do enfoque das capacidades e no processo de construção de uma sociedade mais equânime, o debate sobre a violência obstétrica torna-se relevante por estar intimamente ligada à integridade corporal e à dignidade das parturientes. A partir do tema proposto, o objetivo era assimilar algumas capacidades

propostas por Nussbaum com direitos básicos que deveriam ser garantidos no momento do parto.

Sendo assim, buscou-se explicar, de forma concisa, o conteúdo conceitual do enfoque das capacidades proposto por Amartya Sen na economia e por Martha Nussbaum na filosofia, além de apresentar a lista das dez capacidades humanas centrais que Nussbaum entende como objetivos indispensáveis para uma vida minimamente digna.

Em seguida, a pesquisa abordou a distinção de funcionamento e capacidade, além das capacidades combinadas, capacidades internas e capacidades básicas. Com a diferenciação dos conceitos foi possível compreender que a capacidade só é garantida quando há o seu pleno funcionamento, e nos casos de violência obstétrica, o funcionamento de algumas capacidades sofre uma grande negligência.

E por fim, foi possível verificar que capacidades como a vida, a saúde física, a integridade física, os sentidos, imaginação e pensamentos, as emoções e a razão prática deveriam ter o funcionamento garantido para que a gestante, a parturiente e a puérpera pudessem vivenciar as fases da maternidade de forma respeitosa, porém, diante dos dados apresentados, não é o que acontece.

Conforme visto (e não foi um estudo exaustivo das capacidades não garantidas no âmbito do nascimento, então podem haver outras capacidades), as violações às diversas camadas da mulher no momento do parto são muitas, e proporcionar à ela que o seu parto aconteça sem o acometimento de qualquer trauma físico ou psicológico, parece ser o propósito de uma vida considerada digna, pois o enfoque das capacidades, além de todas as suas particularidades conceituais, também busca pelo mínimo de

garantias sociais a serem oportunizadas pelo Estado a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jussara Francisca de. Interseccionalidade, racismo institucional e direitos humanos: compreensões à violência obstétrica. **Serviço Social & Sociedade**, n. 133, p. 547-565, set./dez. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-66282018000300547&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2020.

BOTELHO, Nara Macedo *et al.* Causas de morte materna no Estado do Pará, Brasil. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 36, n. 7, p.290-295, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032014000700290&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual dos Comitês de mortalidade materna**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. (Série A. Normas e Manuais Técnicos). Disponível em: https://deivissonlopes.files.wordpress.com/2013/07/manual_comites_mortalidade_materna.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa e ao Controle Social. **Política Nacional de Saúde Integral da População Negra: uma política do SUS**. 3. ed. Brasília, DF: Editora do Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_populacao_negra_3d.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. São Paulo: SESC, 2010. Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

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

NUSSBAUM, Martha. **Women and human development**: the capabilities approach. New York: Cambridge University Press, 2000.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Dossiê da violência obstétrica “Parirás com dor”**. CPMI da Violência Contra as Mulheres, Brasília, DF: [s. n.], 2012. Disponível em: <http://www.partodoprincipio.com.br>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

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

STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. **Teorias da Justiça e Teoria da Segurança Social**. 1. ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. Disponível em: <https://www.unoesc.edu.br/editora/livros-single/teorias-da-justica-e-teoria-da-seguranca-social>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PERCEPÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE E DA IGUALDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: MELHORAMENTOS DESDE A SUA DENOMINAÇÃO ÀS LEIS EM EVOLUÇÃO

Márcia Cristina de Paula Silva¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal elegeu como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A inclusão de pessoas com algum tipo de necessidades especiais, seja física, mental, ou qualquer tipo de limitação, é algo de crescente relevância no meio social e jurídico desde os primórdios da história da civilização. A inclusão social é uma medida de controle social que atua como meio de integração entre a administração pública e a sociedade a fim de solucionar conflitos e resolver problemas resultantes da formação da sociedade capitalista.

A história mostra que, por muito tempo, eram utilizadas denominações, hoje consideradas politicamente impróprias, e desumanas, para se referir às pessoas com necessidades especiais e, todas traziam em sua essência o preconceito, de que essas pessoas eram dispensáveis, inúteis e desprovidas de valor para a sociedade.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; marcia_cristina46@yahoo.com.br

Com o passar do tempo, movimentos sociais constantes como debates entre organizações sociais, civis, governamentais e entidades de defesa dos direitos da pessoa com deficiência, tiveram participação efetiva na elaboração de documentos oficiais que foram incluídos aos internacionais, tais terminologias foram substituídas por outras, usadas atualmente, dentre elas podem ser citadas: portador de deficiência, pessoas com necessidades especiais e pessoa com deficiência, que têm a aprovação da ONU, tanto pela adequação e por estar livre de qualquer resquício de discriminação. Mesmo com a evolução dos conceitos sociais, muitos ainda usam os termos pejorativos ao se referirem a pessoas com deficiência.

Hoje, o conceito de deficiência ou necessidades especiais abrange todas as formas de limitação física, mental, auditiva, sensorial, de natureza permanente ou transitória, que de alguma forma dificulte ou restrinja o acesso a direitos e garantias como, educação, trabalho, esporte, lazer, e realização de tarefas essenciais à vida diária.

Pensar na implementação de políticas sociais que visem o respeito à dignidade humana, com a participação da sociedade, e direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, são bases que poderão ser os efetivos de mudança para essa parcela da população.

Deve-se lembrar ainda, que as pessoas com deficiência necessitam de mudanças na sua qualidade de vida, para que de fato possa usufruir da dignidade e cidadania, investimentos públicos deverão ser feitos no sentido de qualificar profissionais que, de alguma forma, vão trabalhar ou interagir com essas pessoas, seja em qualquer meio laboral.

Desta forma, o objetivo prioritário deste estudo é contextualizar o leitor, e verificar a inclusão da pessoa com deficiência à sociedade, tendo em vista as melhorias conquistadas e os benefícios que essa inclusão traz não apenas às pessoas com algum tipo de necessidades especiais, mas, para a sociedade como um todo, garantido o pleno gozo dos seus totais direitos, para isso, este estudo tem como base principal o Livro de Nussbaum, *Fronteiras da Justiça* (2013), com o intuito de refletir sobre novas correntes de pesquisa e novas teorias da justiça elaboradas, para enfrentar questões contemporâneas, e fazer alterações e adaptações julgadas importantes.

Assim, serão verificados: o conceito de pessoa com deficiência a discriminação sofrida; princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana; e a inclusão social utópica buscada pelos movimentos sociais e organizações sociais, civis, entre outras.

1 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A DISCRIMINAÇÃO

Por muito tempo, a pessoa com deficiência ficou aquém do sistema jurídico, não possuindo direitos específicos que resguardassem a sua dignidade e os seus espaços de convivência social. Nesse aspecto, a deficiência sempre foi vista como uma doença, da qual era necessária a cura ou a reabilitação para que acontecesse a inclusão social deste ser humano.

A necessidade por cuidado é uma característica da nossa racionalidade e da nossa sociabilidade, portanto, é um aspecto de nossa dignidade, e não algo que deva ser contrastado (NUSSBAUM, 2013).

No contexto do Código Civil, com relação à pessoa com deficiência, através da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a qual também instituiu seu estatuto:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL, 2015).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela ONU em 1975, teve sua importância por trazer o conceito de pessoa deficiente, e influenciar na construção do termo “*pessoa portadora de deficiência*”, adotada pela Constituição Federal de 1988, definindo-a como sendo incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais (ONU, 1975).

A Convenção da Guatemala, trouxe uma eliminação de todas as formas de discriminação contra essas pessoas e o favorecimento pleno de sua integração à sociedade, tratado que foi assinado pelo Brasil em 1999, promulgado pelo Decreto nº 3.956 de 2001, e tem-se a recente Lei nº 13.146/15, que atualiza o termo, “*pessoa com deficiência*”, sendo:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL, 2015).

Define-se, portanto, que a pessoa com deficiência é aquela que está acometida de restrições físicas, sensoriais e mentais, de característica permanente ou transitória. Condições estas que limitam a capacidade da pessoa para o exercício de atividades diárias, originadas ou agravadas pelo ambiente externo.

Logo, nota-se que a tomada de responsabilidade do Poder Executivo com relação à avaliação da deficiência, quando necessária, vai de encontro com a ideia tratada por Nussbaum (2013, p. 120) que reflete “crianças e adultos com impedimentos mentais são cidadãos. Qualquer sociedade decente deve responder às suas necessidades de assistência, educação, autorrespeito, atividade e amizade.”

As capacidades, abordadas defendidas na obra *Fronteiras da Justiça: Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie* de Martha C. Nussbaum, representam garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e efetivadas pelos governos, garantindo um mínimo de dignidade humana. As dez capacidades humanas centrais seriam: a vida, a saúde física, a integridade física, os sentidos, imaginação e pensamento, as emoções, a razão prática, a afiliação, a relação com outras espécies, o acesso ao lazer e a capacidade de ter controle sobre o próprio ambiente, político e material. O foco nas capacidades pode colaborar na efetivação de políticas, sejam sociais ou governamentais, que visem o respeito pela dignidade humana. (NUSSBAUM, 2013).

Nussbaum utiliza a abordagem dessas capacidades para explicar as garantias humanas centrais que devem ser garantidas pelos governos de todas as nações:

[...] argumento que a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano. (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

Para a autora, a sociedade que não garantir essas capacidades em um nível mínimo, não pode ser considerada uma sociedade justa. O enfoque das capacidades caracteriza-se como uma garantia social central compatível com diferentes visões sobre: como lidar com questões de justiça e distribuição que surgiram atualmente, uma vez que todos os cidadãos estivessem acima do nível mínimo social básico.

No meio do Direito Internacional, verifica-se que a ONU, no ano de 1975, elaborou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, onde, seu artigo 3º, expõe:

Art. 3º As pessoas deficientes têm direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja sua origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível. (BRASIL, 2015).

Por sua vez, a abordagem da nomenclatura que se dá às pessoas com deficiência caminhou de um modelo médico, embora existam tratamentos que desprezem essa característica, gerando diversas definições ou em muitos casos, sua extrema especificidade, evoluindo para uma situação negativa no que se refere à proteção desse grupo vulnerável. A polissemia e a multiplicidade de conceitos sobre o termo “portador de deficiência” é uma nota típica da

questão, significando que, em diversas situações concretas, caberá ao Poder Judiciário determinar o conceito, o que, na verdade, gera incerteza e insegurança jurídica, sobretudo porque adotar-se um conceito claro, para evitar problemas de aplicação das disposições normativas (MINHOTO, 2007).

A questão terminológica revela um avanço na preocupação com as pessoas com deficiência, mostrando que a terminologia correta advém de alterações nos valores e conceitos presentes na sociedade e seu modo de lidar com a questão. A expressão “pessoas portadoras de deficiência” tem a capacidade de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa (ARAÚJO, 1997).

Contudo, em artigo posterior, Araújo critica a terminologia dizendo que não é mais adequada, já que a pessoa não porta, ou seja, não conduz a deficiência, pois ela lhe é própria, propondo que o termo adequado seja “pessoa com deficiência” (ARAÚJO, 2008).

Foram utilizadas ainda as locuções: “pessoas com necessidades especiais”, “portadores de necessidades especiais”, “pessoas especiais”, e “portadores de direitos especiais”, culminando atualmente, com o termo “pessoas com deficiência”, em função da terminologia adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, do ano de 2007 e da recente Lei nº 13.146/15.

Ressalta-se e valoriza-se a pessoa, acima de tudo, independentemente de suas condições físicas, sensoriais ou intelectuais. Também em um determinado período pensava-se como ser correto o termo “especiais” e “pessoas com necessidades especiais”. Diante de tais esclarecimentos, é importante ressaltar a necessidade de um esforço coletivo no sentido de empregar a terminologia correta e adequada ao novo modelo inclusivo, pois

não fazê-lo significa dar margem a perpetuação da exclusão e estigmatização destes sujeitos.

A construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa também pelo cuidado com a linguagem. A linguagem expressa, voluntária ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiência. Contudo, a pessoa com deficiência antes de ter deficiência é, acima de tudo e simplesmente: pessoa (SILVA, 2011).

2 PRINCÍPIOS DE IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nessa esteira de pensamento a dignidade da pessoa humana assume um caráter ético, a partir do momento em que se postula a igualdade entre os homens e o reconhecimento de sua dignidade no texto de uma declaração universal, como a Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH de 1948. Nesse sentido, Comparato (2010, p. 71) explica:

Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos pela autoridade competente, da muito mais segurança as relações sociais. Ele exerce, também uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial tardariam a se impor na vida coletiva. É a partir desse componente ético dos direitos humanos positivados pela Constituição que a pessoa com deficiência espera ter uma relação igualitária de acesso e garantia de seus direitos independentemente das suas diferenças físicas ou genéticas

Sarlet (2010, p. 89) retoma que a dignidade da pessoa humana é tarefa do estado:

Consoante já restou destacado, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando

impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia), que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

O respeito à dignidade da pessoa humana implica em proteção à integridade física, moral, à individualidade e espiritualidade do ser humano. Logo, o Direito, que tem sua razão de existir no homem, deve ter instrumentos que visem a impedir qualquer tipo de degradação do gênero humano.

Porém, Nussbaum (2013, p. 278) critica as desigualdades vistas no mundo de hoje, relatando que são moralmente alarmantes e em constante aumento. A sorte de nascer em uma nação e não em outra determina fortemente as chances de vida de cada criança que nasce. Qualquer teoria que proponha princípios políticos que definam os direitos humanos básicos deve ser capaz de confrontar essas desigualdades e o desafio que elas representam.

Neste ponto as desigualdades vão desde raça e sexo, classes sociais, entre outras:

Qualquer teoria da justiça que tem por objetivo fornecer uma base para oportunidades de vida dignas e oportunidades para todos os seres humanos deve reconhecer tanto as desigualdades internas a cada nação quanto as desigualdades entre as nações, e deve estar preparada para tratar da interseção complexa dessas desigualdades em um mundo de interconexão crescente e global. (NUSSBAUM, 2013, p. 279).

A dignidade da pessoa humana permeia do ordenamento jurídico e surge após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incorporando-se às constituições democráticas, ora como norma,

ora como princípio e tem função primordial na garantia dos direitos humanos e fundamentais das parcelas especificadas da população, como por exemplo, a pessoa com deficiência.

Sarlet (2019, p. 98) salienta em sua obra que a dignidade da pessoa humana opera tanto como fundamento quanto como direito:

A concepção de acordo com os direitos fundamentais encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, quando contrastada com a noção de dignidade na condição de um direito (fundamental) à proteção e promoção dessa dignidade, foi percebida, pelo menos na acepção de Jeremy Waldron, como constituindo uma “dualidade de usos”, visto que a dignidade opera tanto como o fundamento (a fonte) dos direitos humanos e fundamentais, mas também assume a condição de conteúdo dos direitos. Tal dualidade, de qualquer sorte, não representa uma incompatibilidade entre os dois usos da dignidade, aspecto que se impõe seja aqui frisado, ainda que não resulte desenvolvido.

Nesse sentido, verifica-se que o pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, onde a dignidade da pessoa humana se dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, a primeira noção de dignidade estava em paralelo a posição social do indivíduo e, portanto é de se conceber que certos indivíduos não possuíam dignidade, por estarem em posições inferiores, como é o caso dos escravos e mais recentemente dos judeus na Alemanha Nazista (SARLET, 2019).

O princípio da igualdade é considerado um dos princípios da Constituição Federal de 1988, o qual tem por fundamento promover o tratamento igualitário entre os indivíduos, levando em conta suas diferenças. Este princípio, que também é conhecido como princípio da isonomia, tem o objetivo de corrigir injustiças sociais históricas,

provenientes do tratamento igual que não pode ser disponibilizado a uma pessoa com deficiência. Nesse caso, o tratamento desigual constitui um elemento extremamente necessário, é por meio dele que o constituinte originário brasileiro busca a igualdade e elimina toda e qualquer forma de exclusão da pessoa no que diz respeito aos direitos assegurados pela Carta Magna.

Sarmiento em sua obra relata desigualdades multifacetadas que vão além das verificadas até então, em torno da pessoa com deficiência. Em sua pesquisa o autor verifica os diferentes modos de preconceito e principalmente desigualdade:

Essa desigualdade tem um forte componente econômico, mas também se deixa permear por outros critérios de diferenciação para a eleição das suas vítimas. Além dos pobres, ela também estigmatiza outros grupos vulneráveis, como os negros, os indígenas, as mulheres, os homossexuais, os presos e as pessoas com deficiência, cada um do seu modo. (SARMIENTO, 2019, p. 60).

A pessoa com deficiência necessita ter sua dignidade respeitada, para alcançar a garantia da máxima efetividade de seus direitos fundamentais, podendo assim participar do estado em igualdade de oportunidades com os demais cidadãos.

Nesse ponto, a questão da deficiência possui mais de um problema incluso, pois apresenta um indivíduo excluído da participação na sociedade, e outro indivíduo sobrecarregado ao realizar seu papel ativo na sociedade e que ao mesmo tempo realiza a assistência, muitas vezes sem reconhecimento público e sem remuneração.

A Lei 13.146/2015, denominada “Estatuto da pessoa com deficiência” garante direitos à igualdade social, externa os meios de discriminação, sendo a discriminação ao deficiente é a conduta de

diferenciar uma pessoa, baseando-se em seus aspectos físicos ou psíquicos.

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. (BRASIL, 2015).

A lei em questão ainda defende em seu Art. 8º que, é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à acessibilidade, à cultura, entre outros, decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

3 A INCLUSÃO SOCIAL NO ASPECTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Quando se fala em direitos fundamentais relacionados à pessoa com deficiência, fala-se também em uma experiência constitucional de possuir e gozar os direitos em âmbito de igualdade com os demais cidadãos. Dentro deste aspecto, torna-se de alta relevância a temática quando se fala na inclusão da pessoa com deficiência e, na fruição dos direitos prestacionais que o Estado

assumiu perante as Organizações Internacionais por meio da Convenção supracitada, nesse sentido:

Só se pode falar em direitos fundamentais no plano das relações entre as pessoas e destas como Estado, o que, a toda evidência, demarca um perfil de Estado, pois ao prever e respeitar direitos fundamentais, o Estado exprime uma forma de ser e de atuar ressaltando a precitada dimensão institucional. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 13).

Logo, sabe-se que os direitos fundamentais são o mínimo necessário à condição da existência da cidadania de qualquer pessoa, portanto a sua fundamentalidade é uma condição de existência para outros direitos. Para Nussbaum (2013), John Rawls foi considerado o filósofo das discriminações e das ações afirmativas, e esse tratamento de desigualdade não deve ser aceito em nenhuma sociedade decente.

A estrutura e os padrões da sociedade, sempre inabilitaram essa parcela de pessoas, privando-as de seus direitos e deveres. Sem respeito, sem atendimento, sempre foram alvo de atitudes preconceituosas e ações impiedosas, o que contradiz com a ideia de deficiência que é frequentemente relacionada a limitações naquilo que se considera como habilidades básicas para a vida social, onde na verdade não é tão fácil apontar de fato quais são essas habilidades.

A inclusão escolar somente, no início da vida da pessoa com deficiência, não resolve todos os problemas de marginalização, o processo de exclusão é iniciado antes do período de escolarização, desde o seu nascimento ou até mesmo antes, exatamente no momento em que aparece algum tipo de deficiência física ou mental, adquirida ou hereditária, em algum membro da família. Isso ocorre em qualquer tipo de constituição familiar, sejam as

tradicionalmente estruturadas, sejam as produções independentes e congêneres e em todas as classes sociais, com um agravante para as menos favorecidas. O nascimento de um bebê com deficiência ou o aparecimento de qualquer necessidade especial em determinado membro da família, altera consideravelmente a rotina e o psicológico de um lar.

Dentro dessa linha de raciocínio, Nussbaum (2013, p. 244) diz que:

Todas as sociedades modernas têm mostrado graves desigualdades em seu tratamento das crianças com deficiências mentais atípicas. Muitas vezes essas crianças não recebem o cuidado médico e a terapia de que precisam. [...] As crianças com impedimentos mentais têm sido segregadas e estigmatizadas ainda mais do que as pessoas com diversos impedimentos físicos. Muitas delas têm sido relegadas a instituições que não fazem nenhum esforço em desenvolver o seu potencial. Além disso, elas são persistentemente tratadas como se não tivessem o direito de ocupar o espaço público.

O desespero e a preocupação tomam conta das atitudes dos patriarcas, mudando toda a dinâmica familiar, e começa ali mesmo, involuntariamente, e pelos próprios pais, a exclusão, e em muitos casos não querem nem comentar sobre o assunto. Então, vem a insegurança, o complexo de culpa, o medo do futuro, a rejeição e a revolta, uma vez que esses pais percebem que, a partir da deficiência instalada, terão um longo e tortuoso caminho de aceitação, compreensão, mudança de hábitos e combate à discriminação e ao isolamento.

Ainda, sobre a inclusão escolar, Nussbaum (2013) deixa seu ponto de vista sobre o currículo dos professores. Para a autora, no caso da educação de crianças com deficiências mentais, as

mudanças principais requeridas são na atitude e no treinamento dos professores que, segundo ela, não seriam terrivelmente caras uma vez introduzidas e entrelaçadas ao currículo docente.

Maciel ainda intensifica a realidade, descrevendo propostas e projetos que não saem do papel:

No plano de governo, o que se vê são programas, propostas, projetos, leis e decretos com lindas e sonoras siglas, que ficam, na maioria das vezes, só no papel. Programas similares e simultâneos são lançados em duas ou três pastas, sem que haja integração de objetivos e metas entre eles. Muitas vezes acontecem ações paralelas entre o governo e a iniciativa privada, que ficam desintegradas, superpostas, sem consistência e dirigidas a pequenos grupos, gastando verbas sem mudar o quadro de exclusão existente. (MACIEL, 2000, p. 53).

O quadro de desafios e inseguranças começa quando os profissionais da saúde no diagnóstico, falam pela primeira vez aos familiares, primeiro das limitações da deficiência ou as possibilidades de desenvolvimento, as formas de superação das dificuldades, os locais de orientação familiar, os recursos de estimulação precoce, os centros de educação e de terapia, talvez essa seja a sequência mais produtiva, porém a conversa é sempre difícil.

As famílias então passam a viver uma realidade que não estavam preparadas, que não era prevista, que não desejavam, uma realidade em que os meios sociais e a mídia pouco abordam e, quando o fazem, é de maneira superficial e sem apresentar os caminhos para a inclusão social. Vale destacar, que os pais dessas crianças, também se tornam especiais, carentes de orientações de como lidar, como educar, de como incentivar os filhos especiais a superar suas limitações, de como enfrentar os desafios do dia a dia, sofrem discriminação, passam a precisar de psicólogos,

profissionais com capacidade no assunto para ajuda-los na nova vida (MACIEL, 2000).

Em *Fronteiras da Justiça*, Nussbaum apresenta dois problemas principais acerca da justiça social e a questão dos impedimentos e deficiências: o tratamento justo para as pessoas que estão na situação de impedimento e a sobrecarga das pessoas que são responsáveis por cuidar e atender seus dependentes.

A questão das políticas públicas tem então duas faces: a do assistido (crianças e adultos com deficiência) e a vida dos seus cuidadores (normalmente adultos e, na maioria dos casos, mulheres, sejam ou não parentes, sejam ou não remuneradas). Além disso, elas têm três "locações": o setor público, o sistema educacional e o lugar de trabalho. (NUSSBAUM, 2013, p. 261).

Contudo, nesses desafios os mais afetados são as pessoas carentes, onde não conseguem proporcionar dignidade ao seu familiar, nem estimular o potencial e suas habilidades, devido a falta de esclarecimento a respeito das deficiências e por não ter o devido suporte. Esse problema abrange diversas nações, sejam desenvolvidas ou não, embora existam muitas entidades que defendem os direitos de igualdade, de inclusão social, o direito de ter direitos.

A sociedade ainda está longe de ter algo plausível, humano e respeitado, por parte da própria sociedade e do estado, as bases de apoio, com suas políticas sociais e educacionais são os itens mais importantes, mas desse modo a ignorância deles garante, que não existe diferença entre direitos básicos e dignidade humana entre uma pessoa sem necessidade especial e uma pessoa com necessidade especial.

Nussbaum (2013, p. 504) ainda aponta que:

O problema é que a maior parte do tempo estamos distraídos, não bem educados para entender os apuros de outras pessoas e (o que tanto Rousseau quanto Batson enfatizam de modo diferente) não dirigidos, através da educação e da imaginação, a visualizar esses sofrimentos vividamente para nós mesmos. Podemos acrescentar um ponto muito salientado por Rousseau, mas não por Batson: as pessoas muitas vezes possuem consciência insuficiente de sua própria vulnerabilidade humana, como se educadas a acreditar que são privilegiadas, ou mesmo autossuficientes e invulneráveis.

A sociedade está ocupada demais para verificar se a pessoa que está ao seu lado precisa de apoio, e pior ainda, os necessitados de políticas públicas não sabem dos direitos reservados para si, assim a busca por eles não é como deveria ser.

É necessário solucionar a ausência de representatividade das pessoas com deficiência no ambiente político e social. Além disso, é preciso desenvolver políticas sócio-governamentais que atendam tanto as necessidades dos indivíduos com deficiência quanto das pessoas responsáveis pelo cuidado desses. O enfoque nas capacidades, apresentado por Nussbaum é ideal para sanar as desigualdades e injustiças presentes na vida das pessoas com deficiências e das pessoas sobrecarregadas com a responsabilidade de cuidar e trabalhar.

O Princípio fundamental da sociedade inclusiva é aquele em que as pessoas com deficiência tenham suas necessidades especiais atendidas. É no atendimento igual às diversidades que se encontra a democracia, a inclusão social, e a harmonização da sociedade. A Constituição no seu Artigo 5º tem como cláusulas pétreas dos Direitos Fundamentais, o direito à vida, direito à igualdade, a saúde, ao lazer, educação à todos. Cabe a todos os

integrantes da sociedade lutar para que a inclusão social dessas pessoas seja uma realidade num futuro bem próximo.

A vivência de uma situação de desigualdade, de diferenciação social ou de exclusão é a privação das oportunidades e dos benefícios da vida social. Estar excluído é ocupar um lugar inferior ao dos demais. A privação, individual e coletiva, é um processo imposto pelo mercado e das relações econômicas, sociais, culturais entre outros e pouco defendido pelas políticas públicas. Tanto que as discussões no meio jurídico relacionadas aos direitos, deveres, e inclusão dos deficientes é fervorosa, tendo simpatizantes e os que não concordam em incluí-los, pondo em jogo os Direitos Fundamentais destas pessoas. Privado das oportunidades sociais adequadas, o indivíduo não pode moldar seu próprio destino e ser agente transformador de sua realidade, contribuindo e sentindo-se parte ativa de sua comunidade.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi pesquisado, pode-se concluir que a inclusão é um direito fundamental, tendo em vista que a Convenção da Pessoa com Deficiência foi ratificada após a emenda constitucional 45/2004, sendo uma norma de caráter constitucional.

Ao analisar a questão das pessoas com deficiência e dos cuidadores, se percebe a possibilidade de reconhecer a importância de proporcionar a participação do indivíduo com necessidades especiais, na sociedade e na política, assim como notar a relevância do papel das pessoas que cuidam, assistem, como um trabalho tão importante quanto os outros. Ao pensar em uma vida sem alguma das capacidades descritas por Nussbaum pode-se concluir que tal vida não possui o mínimo de dignidade para ser vivida, pois é

necessário pensar nessas capacidades como o mínimo de direitos que o indivíduo deve ter. Além disso, a ideia de capacidades induz a pensar na implementação de políticas sócio-governamentais que visem o respeito à dignidade humana.

Apesar dos diversos materiais de estudo e pesquisas científicas, ainda há um grande caminho a se percorrer até que as políticas públicas relacionadas à pessoa com deficiência e seus cuidadores possam ser efetivadas.

Diante disso, a sociedade deve participar do processo de conscientização, que é de suma importância, já que somente por meio dessa participação efetiva serão quebrados os paradigmas em relação às pessoas com deficiência, construindo a formação de novos conceitos sobre essas pessoas.

Para isso, é necessário que o governo invista em campanhas que influenciem a conscientização da sociedade no que diz respeito às necessidades e o acesso aos direitos das pessoas com deficiência. Assim, poderão ser utilizados os órgãos públicos, igrejas, entidades educacionais, mídia, etc., como mecanismos de comunicação que visem transmitir e expandir informações a grupo maior de pessoas. Informações estas que tenham capacidade de quebrar os moldes anteriores do preconceito e discriminação, com o objetivo de formar uma nova consciência social sobre a pessoa com deficiência e suas características.

A inclusão de disciplinas sobre deficiências nos currículos de todos os cursos em universidades públicas e privadas contribuiria para uma maior integração entre as pessoas. Disciplinas como, por exemplo, Libras, Braille, ou ainda disciplinas que tragam em seu conteúdo programático orientações de como se relacionar com as pessoas com deficiência.

Chega-se então, ao objetivo do presente artigo, que serviu e servirá de base para que, o leitor leve consigo novos pensamentos, e anseie também pela igualdade social, a fim de que as leis, normativas e pesquisas científicas para a área sejam efetivamente aplicadas, vez que a sociedade ainda é defasada quando necessita garantir os direitos fundamentais da pessoa com algum tipo de necessidades especiais. Conclui-se assim que, os problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência não estão relacionados à carência de leis, visto que existem inúmeras normas internas e internacionais que garantem todos os direitos que essas pessoas necessitam para verdadeiramente serem incluídas socialmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, 7 de jul. 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114. Acesso em: 20 ago. 2020.

COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Maria Regina Cazzaniga. Portadores de Deficiência: a questão da inclusão social. **São Paulo em Perspectiva**, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v14n2/9788.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Constituição e inclusão social**. Bauru: Edite, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. [S. l.]: Verbatim, 2009.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paul: Martins Fontes, 2013.

ONU. **Declaração dos direitos das pessoas deficientes**. 1975. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed. rev. atual., e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum 2019.

A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E O PAPEL DO CUIDADO NA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

Vladimir Andrei Ferreira Lima¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por temática a análise da centralidade do papel desempenhado pelo cuidado nas relações humanas a partir da teoria da justiça de Martha Nussbaum. O cuidado é valioso do panorama de quem o recebe, sobretudo, quando se está diante da ausência de autonomia do destinatário ou condições materiais imperativas à sua autodeterminação pessoal. Todavia, deve-se atentar, também, para o protagonismo de quem cuida, pois o exercício desta tarefa pode sobrecarregar distintamente algumas pessoas em detrimento de outras – mulheres, em sua grande maioria –, criando um ambiente não isonômico, capaz de afetar negativamente outras capacidades centrais envolvidas no processo.

O tema, embora não seja relativamente novo, é analisado a partir da perspectiva de opressões de gênero, que tem sido debatida na literatura feminista nas últimas décadas.² Todavia, pretende-se aqui enfatizar o cuidado na filosofia da justiça, adotando-se como orientação, a teoria das capacidades de Martha Nussbaum, presente na obra “Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade,

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação strictu sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Processo Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus; Oficial de Justiça – TRT 12^ª; cnvla@yahoo.com.br

² Cf. Greenshaw (2002); Tronto (2007); Okin (2008); Hirata e Debert (2016); Vieira (2019).

pertencimento à espécie” (NUSSBAUM, 2013), analisando-se, criticamente, o tratamento que a autora dá ao cuidado na elaboração de seu referencial de justiça.

Conquanto a autora não eleja o cuidado como um dos direitos fundamentais enumerados em sua lista, reconhece que ele deve permear todas as capacidades centrais, na construção da sua noção de justiça. Mas, dada a centralidade que o cuidado assume nos estudos relacionados a igualdade de gênero, indaga-se: o cuidado deveria (ou não) ser elencado como capacidade primária, pertencente ao conjunto de direitos fundamentais?

Advoga-se a tese de que a resposta a esta pergunta deve ser assertiva, pois delegar seu tratamento a um estágio legislativo posterior é, basicamente, contar com a benevolência do Parlamento em dar um tratamento emancipador e igualitário ao assistido e ao cuidador. Ademais, seu reconhecimento como direito humano *prima facie* teria o potencial de propiciar a revisão das ações estatais que versam sobre o tema, de maneira a envolver todo o extenso núcleo familiar, superando-se a dicotomia público/privado, pautada por um ideário patriarcal.

Emprega-se o método indutivo para fundamentar a hipótese de que o cuidado também é um direito fundamental, e não deveria nortear as políticas públicas apenas de forma acessória, sob pena de fazer fracassar todas as ações voltadas para a garantia das demais capacidades nucleares. Assim, como objetivo, busca-se demonstrar que o cuidado, enquanto capacidade central, deve ensejar medidas estatais voltadas não somente a quem dele necessita, mas também aos cuidadores, valorizando-se o ambiente privado doméstico, como forma de estabelecer a justiça social básica em um momento primário.

E para alcançar os objetivos propostos, no primeiro tópico, intitulado de “as faces do cuidado”, buscar-se-á seu conceito, de forma breve, bem como enfocar sua relação com as capacidades descritas por Martha Nussbaum, e sua importância na teoria da justiça, pois detém aptidão civilizatória³ e edificadora da ideia de dignidade. Na segunda parte, denominada “o assistido”, será pontuado o cuidado como aspecto inerente ao desenvolvimento humano e autonomia de quem dele necessita, bem como ressaltado seu potencial emancipatório, ponderando-se a relevância que as ações assistenciais podem assumir neste cenário. Subsequentemente, no tópico “o cuidador”, demonstrar-se-á que a estrutura social norteia-se pela divisão sexual do trabalho, em que este papel é assumido sobretudo por mulheres. Esquadrinha-se a sobrecarga delas e da rede familiar envolvida no processo, bem como a necessidade das políticas públicas prestigiarem a esfera privada do trabalho (remunerado ou não) daquele que cuida, como forma de garantir a isonomia social. Por fim, na parte final, “o cuidado enquanto necessidade primária”, sublinha-se que, conquanto Nussbaum não o tenha elegido como capacidade central, ele deve ocupar esse espaço, constituindo-se em princípio fundamental básico a orientar a estrutura da sociedade desde seu início

1 AS FACES DO CUIDADO

No dia 02 de junho de 2020, a imprensa nacional noticiou o trágico caso envolvendo a criança Miguel. Segundo a reportagem o garoto teve de acompanhar a mãe, empregada doméstica, no

³ O termo “civilizatório” ou “civilizador” é empregado nesse estudo não sob o prisma colonialista, mas com o propósito de indicar relações justas, em que sejam respeitadas, ao menos em um patamar mínimo, as capacidades nucleares das pessoas.

trabalho, tendo em vista o fechamento das creches em virtude das medidas restritivas para prevenir o contágio pelo coronavírus. A mãe da criança não pode deixá-lo com os avós naquele dia, e continuava trabalhando, ainda que os serviços domésticos não tenham sido considerados essenciais durante a pandemia, naquela localidade (CASO MIGUEL..., 2020).

A notícia menciona que a Sr.^a Mirtes, mãe de Miguel, precisou descer do apartamento até a rua, com os cachorros dos patrões, tendo avisado a estes que não levaria a criança, delegando seu cuidado à empregadora doméstica. Todavia, sua patroa, deixou o garoto sozinho no elevador de serviços, ocasião na qual ele teria se deslocado do 5º para o 9º andar do edifício de luxo, e caído de uma altura de 35 metros, vindo a óbito (CASO MIGUEL..., 2020).

O caso descrito põe em evidência a íntima conexão entre o cuidado e relações de gênero, e permite sua análise sob a perspectiva da filosofia da justiça. Mas antes de se adentrar em seu exame, mostra-se necessário balizar o papel do cuidado e algumas noções da ontologia do termo, presente, sobretudo, na doutrina feminista, pautando-se essa análise pela “Teoria das Capacidades” de Martha Nussbaum (2013), trazida na obra “Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie”.

Nussbaum (2013), em sua abordagem, procura especificar um conjunto de direitos fundamentais, denominados de capacidades, para que a sociedade seja dignamente justa. Estes direitos ou capacidades, inclusive, estariam implícitos na própria noção de dignidade humana. E, as capacidades que ela lista, são importantes “para todo e qualquer cidadão, em toda e qualquer nação, e cada pessoa deve ser tratada como um fim.” (NUSSBAUM, 2013, p. 94). São, pois, como os direitos humanos.

Assim, as capacidades humanas centrais seriam a vida; saúde física; integridade física; sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; outras espécies; lazer; e, por fim, o controle sobre o próprio ambiente, e são assim descritas por Nussbaum (2013, p. 91-93):

1. *Vida*. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.
2. *Saúde física*. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.
3. *Integridade física*. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
4. *Sentidos, imaginação e pensamento*. Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio - e fazer coisas de um modo 'verdadeiramente humano', um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.
5. *Emoções*. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa

- apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento.)
6. *Razão prática*. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa.)
 7. *Afiliação*.
 8. A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política).
 8. B. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.
 9. *Outras espécies*. Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.
 10. *Lazer*. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.
 11. *Controle sobre o próprio ambiente*.
 12. A. *Político*. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.
 12. B. *Material*. Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Verifica-se que o cuidado não foi relacionado na referida lista como capacidade central. Mas é possível inferir que ele possui

íntima relação com todos elas – com algumas, de maneira mais evidente, com outras, menos. A título ilustrativo, no caso descrito, do garoto Miguel, o cuidado (ou a falta dele), foi fator decisivo para seu óbito, violando-se, assim, a capacidade relacionada à vida. Raciocínio semelhante coaduna-se, quando se tem em voga a capacidade da integridade e saúde física, especialmente em relação a pessoas com deficiência e à criança, hipótese na qual pode lhes faltar discernimento ou aptidão física para o pleno desenvolvimento destas capacidades. O cuidado, inclusive, está presente na educação, em razão da sua potencialidade no auxílio do desenvolvimento humano, autodeterminação e emancipação, o que destaca sua relação próxima com a capacidade do sentido, imaginação e pensamento.

Pela teoria das capacidades, os bens primários a serem distribuídos são plurais, e todos eles são direitos fundamentais necessários a uma vida humana decente e digna, de modo que a carência de uma capacidade, não pode ser suprida oferecendo-se quantidade maior de outra (NUSSBAUM, 2013). Quando as políticas públicas centram-se, fundamentalmente, em uma delas, as demais capacidades podem não atingir um nível mínimo adequado. Pautando-se pelo caso envolvendo a criança Miguel, observa-se, por exemplo, que as políticas públicas destinadas às crianças, baseiam-se, sobretudo, na educação através de creches e escolas. Todavia, na mínima falta ou falha dessa política, e na ausência de outras, as consequências podem ser graves, pois não há medidas alternativas adequadas a suprir o cuidado desempenhado por estas instituições, ainda mais em relação àqueles que necessitam dele de forma excepcional.

Nussbaum (2013, p. 121) critica outras teorias da justiça que deixaram para segundo plano o tratamento de questões como,

por exemplo, a das pessoas com deficiência, pontuando que, deve-se “reconhecer a igualdade na cidadania para pessoas com impedimento” e “apoiar apropriadamente o trabalho de sua assistência e educação, de tal maneira que ajudem a lidar com os problemas causados pelas deficiências associadas.”

E o cuidado com essas pessoas exige arranjos atípicos, com diversos tipos de assistência, para que elas tenha uma vida socialmente integrada e produtiva, uma vez que uma sociedade justa não as estigmatizariam, nem impediria seu desenvolvimento, pelo contrário, “apoiaria sua saúde, sua educação, a plena participação na vida social, e mesmo, se possível, na vida política.” (NUSSBAUM, 2013, p. 122-123).

Salienta que os graves problemas de desigualdade decorrentes desse contexto não podem ser ignorados sob o fundamento de que não afetam um número grande pessoas. Outrossim, pondera que as questões relacionadas ao reconhecimento, ao respeito, à inclusão e à assistência das pessoas com deficiência, são complexas e afetam toda a vida familiar. E a saúde, a participação e o autorrespeito das pessoas, depende das decisões que serão tomadas. Uma sociedade justa responderia a essas necessidades protegendo a dignidade dos envolvidos (NUSSBAUM, 2013).

Ante esta breve exposição da teoria das capacidades de Nussbaum abordada, a princípio, sob a ótica das pessoas com impedimentos, pode-se inferir desafios de justiça relevantes. Dentre eles, desponta a relação entre justiça e cuidado, pois o cuidado a quem dele necessita conduz a autodeterminação e emancipação do destinatário. Ademais, as demandas relacionadas ao cuidado influenciam toda a vida familiar. Destaca-se, também, que as capacidades têm pontos de interseção com o cuidado e com as decisões políticas que são tomadas.

Para Hirata e Debert (2016, p. 7), cuidado é epíteto empregado para descrever processos, relações e sentimentos entre pessoas que cuidam uma da outra, ou até mesmo de seres vivos e objetos, abrangendo, pois, várias dimensões da vida social. Outrossim, dialoga com outros conceitos, a exemplo de gênero e trabalho, a natureza ao mesmo tempo multidimensional e transversal, além evocar atuações amplas do Estado, através de políticas públicas voltadas para o segmento populacional considerado dependente. Conota, também, “um conjunto de práticas, atitudes e valores relacionados com o afeto, o amor e a compaixão envolvidos nas relações intersubjetivas.”

Tronto (2007, p. 288) menciona quatro fases do cuidado: *cuidar de*, *importar-se com*, *oferecer o cuidado* e *recebê-lo*, às quais soma uma dimensão moral. O *cuidar de* algo envolve “o reconhecimento da necessidade do cuidado em primeiro lugar”, exigindo qualidades especiais como a da atenção. *Importar-se com* algo pressupõe a internalização das responsabilidades pelo trabalho que necessita ser realizado, estando a tônica moral na própria responsabilidade. *Oferecer o cuidado* corresponderia ao trabalho em si considerado, e compreende a qualidade moral da competência, “a qual, frequentemente, supõe-se que seja uma questão técnica e também bem compreendida, acredito, como uma categoria moral.” E, *recebê-lo*, “é a resposta ao seu oferecimento”, tendo como qualidade moral a receptividade, e não seria a única obrigação daqueles que recebem o cuidado, mas exige que os envolvidos neste processo revisitem a questão do quão bem o processo se desenrolou. E, o cuidado, “pode ser oferecido na família, em instituições sociais e por meio de mecanismos de mercado.”

Nesse contexto, percebe-se a centralidade do cuidado e seu papel civilizatório, equalizador e emancipador, que permeia tanto

quem cuida, como quem o recebe, ambos influenciados diretamente pelas ações estatais. É o que assevera Nussbaum (2013, p. 207) ao expor que “refletir sobre o cuidado significa refletir sobre um campo amplo de capacidades do lado tanto do que cuida quanto daquele que é cuidado”. E os tópicos seguintes, destinam-se a analisar o cuidado sob essas duas perspectivas.

2 O ASSISTIDO

Objetiva-se neste tópico enfatizar a relação entre cuidado e quem dele necessita, com o intuito de demonstrar a centralidade que o cuidado assume nas relações sociais sob a perspectiva do assistido. Ademais, torna-se mister destacar que ele deve ser garantido como efetiva funcionalidade em várias dimensões da vida social, sendo necessário ponderar, também, a importância do cuidado individualizado para o assistido, fatores estes que, congregados, são determinantes para sua emancipação e para construção de um ideário de justiça em que ele assume caráter primário.

Retomando-se o caso narrado no início do tópico anterior, podemos extrair, que é inquestionável que as crianças têm especial necessidade de cuidado, em razão de seu peculiar estágio de desenvolvimento. O mesmo ocorre com os idosos, as pessoas com deficiência, as gestantes, os acometidos por doenças, os acidentados, dentre outras inúmeras possibilidades. O fato é que, certamente, do início ao fim da vida necessitaremos de intensa e contínua assistência, uns em maior, outros em menor grau.

E o cuidado guarda íntima relação com as capacidades listadas por Martha Nussbaum, conforme já ressaltado. Ele está presente na assistência social, na medicina, na educação, no asseio,

no ambiente doméstico etc. É, pois, fenômeno multifacetado. No fato envolvendo a criança Miguel, o cuidado estava presente, por exemplo, na educação ofertada pela creche, e dentro de seu núcleo familiar. Assim, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada, se percebe a manifestação do cuidado. E sua mãe, além de cuidar do infante, cuidava de outros lares na condição de empregada doméstica. Logo, em seu lar, Mirtes exerce o cuidado, casualmente auxiliada pelo grupo familiar, de forma não remunerada, e o cuidado remunerado na condição de doméstica, em outras residências. E o Estado pode ter (e tem), também, papel determinante em todas essas esferas.

Assim, no que diz respeito à correlação entre responsabilidades estatais e capacidades, Nussbaum (2013) distingue capacidade de funcionalidade, esta última como sendo o efetivo gozo daquela. E ressalta que, em relação a algumas capacidades, basta que as políticas públicas as assegurem, e, no que diz respeito a outras, elas devem visar sua efetiva funcionalidade. Assim, no que tange à participação política e à atividade religiosa, por exemplo, seria suficiente que o Estado assegurasse apenas a capacidade, ou seja, a oportunidade de seu exercício. Mas no que se refere às áreas do autorrespeito e dignidade, a efetiva funcionalidade seria o objetivo apropriado das políticas públicas.

No que é relativo às crianças, Nussbaum (2013) diz que a funcionalidade pode ser, com efeito, o objetivo em muitas áreas, como educação compulsória e assistência médica compulsória, justificável tanto pela imaturidade cognitiva, quanto pela importância para seu desenvolvimento – inclusive, é o que também sugere para pessoas com impedimentos mentais grave, que, em muitos casos, não podem fazer escolha sobre a assistência de

sua saúde, ou consentir com relações sexuais, e até mesmo fazer avaliação adequada sobre o perigo de um trabalho ou ocupação.

E um bom cuidado é implementado de forma individualizada. Conforme adverte Nussbaum (2013, p. 202), em remissão aos ensinamentos de Sen, os indivíduos têm necessidades variadas, bem como é variável, também, sua habilidade de converter esses recursos em funcionalidades. E exemplifica mencionando que “as crianças precisam de mais proteínas (um nutriente caro) do que adultos, [...] e mulheres grávidas ou lactantes precisam de mais nutrição do que mulheres não grávidas.” Logo, a variação das necessidades são características generalizadas da vida humana, cuja questão não pode ser adiada, é onipresente.

Retomando-se o caso narrado, verifica-se que as políticas públicas do Estado tiveram como norte a educação (partindo do pressuposto que a creche em que o garoto estudava era pública), pois este geralmente é foco das ações direcionadas às crianças e adolescentes. Todavia, basta a mínima negligência na oferta desta prestação, que também é um direito fundamental, para que todas as demais capacidades sejam comprometidas.

Assim, diante da imperatividade de se fecharem as creches e escolas em razão da crise sanitária, delegou-se à unidade familiar o papel de assegurar todas as capacidades da criança. Mas, a falta de políticas voltadas para quem desempenha o trabalho de cuidado, sobretudo de forma não remunerada no seio familiar, cria relações desiguais entre as pessoas.

Na situação narrada, Mirtes, mãe de Miguel, e empregada doméstica, não tinha com quem deixar a criança, razão pela qual teve de levá-lo ao trabalho, um fator socioeconômico que contribuiu para o trágico desfecho. Já outras famílias, diante do fechamento das escolas e creches, podem contar com o trabalho doméstico de

outras pessoas, como o de Mirtes, para cuidar de seus filhos(as) e das tarefas do lar.

Esta breve reflexão permite concluir a importância ímpar das políticas públicas voltadas à assistência, visando ao crescimento, desenvolvimento e autonomia daqueles que delas necessitam. Todavia, tais diretrizes não podem negligenciar quem cuida, esquecendo que estas pessoas também necessitam de cuidado, sob pena de sobrecarregá-las desigualmente.

E as tarefas de cuidado são majoritariamente executadas pelas mulheres, em razão de uma divisão racial e sexual do trabalho, herança de uma estrutura social patriarcal e colonialista. Ademais, boa parte deste dever de cuidado é absorvido em atividades domésticas, em grande parte, não remuneradas.

Assim, a opção por certas políticas públicas, ou pela sua ausência, pode ensejar opressões a pessoas que estão em posições de maior vulnerabilidade. É o que pontua Crenshaw (2002, p. 180):

As consequências em termos de gênero dessas políticas já foram colocadas por vários críticos que reconhecem a pesada carga depositada sobre as mulheres. Em geral, são as mulheres que sofrem as consequências adicionais criadas pela retração dos serviços que antes eram cobertos pelo Estado. Por exemplo, quando o Estado corta recursos relativos aos cuidados com os jovens, doentes e idosos, as necessidades não supridas recaem, em grande parte, sobre os ombros das mulheres, a quem tradicionalmente se atribuíram essas responsabilidades. Além disso, as adicionais estruturas de classe determinam quais mulheres executarão fisicamente esse trabalho e quais mulheres pagarão outras, economicamente desfavorecidas, para que prestem esse serviço. Assim, mulheres pobres acabam tendo de carregar o peso do cuidado da família dos outros, além da própria. As consequências do ajuste estrutural – especialmente onde a desvalorização da moeda reduziu os salários – colocam tais mulheres em uma posição econômica que as força a assumir ainda

mais trabalho, geralmente marcado pelo gênero, que as mulheres da elite podem assegurar através do mercado

Da ponderação de Crenshaw, percebe-se a importância do cuidado sob a perspectiva de quem cuida. E as políticas estatais devem, também, resguardar estes agentes, sob pena de tornar inalcançável a justiça, fortalecendo discriminações estruturais.

3 O CUIDADOR

Quem cuida também merece ser cuidado. Nussbaum (2013) acentua que as políticas públicas deveriam fazer com que o papel de cuidado do dependente fosse uma escolha real, não um imperativo derivado da indiferença social.

Assim, a título ilustrativo, Nussbaum (2013) destaca a sobrecarga de quem cuida de seus dependentes, o que lhes traz as seguintes carências: necessidade de se reconhecer que o que fazem é trabalho; de assistência humana e financeira; de oportunidade de empregos recompensadores e de participação na vida social e política, o que, inclusive, se liga à justiça de gênero, uma vez que a maior parte do cuidado é executado por mulheres.

Neste mesmo norte, Nussbaum (2013, p. 203) reconhece que a própria estrutura social pode limitar os indivíduos de forma atípica. Destarte, “uma cultura que tradicionalmente desencoraja as mulheres a se educarem precisa destinar mais recursos para o letramento das mulheres do que dos homens.”

Nota-se, assim, que é íntima a relação do cuidado com gênero, e até mesmo com aspectos raciais e classistas. Por exemplo, no trabalho doméstico – ocupação diretamente relacionada ao cuidado –, 80% das trabalhadoras são mulheres. Em 2018, no Brasil, país que tem o maior contingente de empregadas domésticas, 92,7%

da categoria era composta por mulheres e, deste percentual, 65% do contingente eram negras. Ainda, somente 27% das trabalhadoras tinham a carteira de trabalho assinada, e apenas 38,9% contribuíam para a Previdência Social, sendo que a renda média é inferior ao salário mínimo, em várias formas da ocupação⁴ (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2020; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020).

Ademais, há o trabalho doméstico dentro do lar, este não remunerado, executado, também, predominantemente pelas mulheres, reafirmando a divisão sexual do trabalho. Antunes (2009, p. 108) assim sintetiza essa dinâmica:

A mulher trabalhadora, em geral, realizada sua atividade de trabalho duplamente, dentro e fora de casa, ou, se quisermos, dentro e fora da fábrica. E, ao fazê-lo, além da duplicidade do ato do trabalho, ela é duplamente explorada pelo capital: desde logo por exercer, no espaço público, seu trabalho produtivo no âmbito fabril. Mas, no universo da vida privada, ela consome horas decisivas no trabalho doméstico, com o que possibilita (ao mesmo capital) a sua reprodução, nessa esfera do trabalho não diretamente mercantil, em que se criam condições indispensáveis para reprodução da força de trabalho de seus maridos, filhos/as e de si própria.

Estes dados confirmam que, conforme percebeu Nussbaum, para as mulheres que executam a atividade de cuidado, o encargo é menos uma possibilidade de escolha, e mais um dever inesquivável que lhe é atribuído. Desse modo, não há como se construir uma noção sólida de justiça, divorciado da centralidade que o cuidado

⁴ Relevante mencionar, que mesmo no setor público, os trabalhos relacionados à ideia de cuidado também são direcionados às mulheres. Em pesquisa realizada a partir de dados de Chapecó e 14 municípios que integram a Associação dos Municípios do Alto Irani – Amai, no oeste catarinense, apurou-se que as mulheres ocupam, em regra, secretarias das áreas de saúde, educação e assistência social, reproduzindo a divisão sexual do trabalho também na esfera pública (SEITENFUSS, 2019).

assume nas relações sociais, permeada por desigualdades de gênero.

A presidenta da Associação dos Cuidadores de Idosos da Região Metropolitana de São Paulo, Lídia Nadir Gorge, pontua, em entrevista relacionada a demandas relativas ao cuidado e ao trabalho das mulheres, que “para as cuidadoras serem cuidadoras de outras pessoas, elas largam as famílias delas aos cuidados dos vizinhos e dos amigos.” (VIEIRA, 2018, p. 181).

Outro exemplo dessa dinâmica de como as relações de cuidado impactam a estrutura social a partir da perspectiva de gênero, pode ser extraído do depoimento de Creuza Oliveira, presidenta da Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD) que, relatando a realidade de várias mulheres, destaca que elas trabalham durante o dia e estudam à noite mas, muitas vezes, têm de se privar dos estudos, já que as universidades não ofereceriam creches onde poderiam deixar a criança no período noturno. Some-se, também, as ocasiões em que a doméstica sai para trabalhar, e por vezes não contam com creches para deixar os filhos. E, complementa: “são várias as situações em que a legislação não protege as mulheres e o Estado não garante políticas públicas para a população, especialmente para as mulheres, de serviços públicos.” (VIEIRA, 2018, p. 183).

Esses depoimentos corroboram a necessidade de (re)pensar o cuidado, também sobre o prisma de quem cuida, destacando-se que ele se estende por uma rede de relações privadas. Nussbaum sublinha que, em relação às crianças, o cuidado ordinário é assumido desproporcionalmente pelas mulheres, tendo em vista que os homens estão menos dispostos a aceitar as limitações na vida profissional que esta tarefa impõe. E, em alguns locais, a tarefa de cuidado envolve uma rede de apoio ou membros da extensa

família com quem a mulher pode contar, em outras não. Deste modo, há trabalho assistencial realizado no âmbito privado por mulheres, sem remuneração e sem reconhecimento público, que se destaca como uma questão de justiça a ser considerada (NUSSBAUM, 2013).

Os teóricos políticos do passado, como Locke, Rousseau e Hegel, tratavam a esfera pública e a privada de maneira separada, operando cada uma delas a partir de princípios diferenciados. E os filósofos da justiça contemporâneos perpetuaram esta tradição de “esferas separadas”, ao ignorar a família e, sobretudo, elementos como a divisão do trabalho em seu seio e as manifestações de dependência econômica a ela relacionadas, bem como a estrutura de poder (OKIN, 2008).

Nussbaum (2013) acentua que conquanto Rawls coloque a família como uma das instituições que formam parte da estrutura básica da sociedade, pois influencia decisivamente nas chances de vida da pessoa, repudiando, ao menos oficialmente, a distinção entre público e privado, ele não regula o trabalho dentro da unidade familiar, negligenciando a justiça política neste âmbito.

Okin (2008) faz constatação semelhante, ao pontuar que a família é pressuposta na teoria política, que toma os sujeitos, que servem de ponto de partida, como sendo maduros e independentes, sem explicitar o que possibilitou eles chegarem nesse estágio. Nesse contexto, Rawls não discutiria em sua filosofia a justiça interna das famílias, conquanto ela faça parte dos componentes iniciais da estrutura básica, que, inclusive, deveria sofrer a incidência dos princípios da justiça, bem como pressupõe uma família justa para sua concepção de desenvolvimento moral.

Transpondo-se essa análise para o caso do garoto Miguel, fica nítido que a negligência política de amparo a quem cuida, pode levar a desfechos desastrosos. Com a restrição de ações assistenciais

voltadas a quem necessita de cuidado, sobrecarregam-se aqueles que assumem este papel, e que não contam com políticas aptas a ampará-los.

A dicotomia entre as esferas públicas e privadas, do modo que foi consolidada na filosofia política, reproduziu relações patriarcais de dominação, negligenciando, sobretudo, a divisão do trabalho equânime no ambiente doméstico. Percebe-se, assim, que as políticas públicas devem se atentar, também, para quem desempenha este papel de cuidado. Elas podem converter-se em importante instrumento para sanar desequilíbrios de gênero, raça e classe no desempenho das tarefas relacionados ao cuidado, seja ele remunerado ou não.

4 O CUIDADO ENQUANTO NECESSIDADE PRIMÁRIA

Em que pese o protagonismo que o cuidado desempenha nas relações sociais, Nussbaum (2013, p. 85, 91) não parece percebê-lo como uma capacidade autônoma. A filósofa “emprega a ideia de um nível mínimo para cada capacidade, abaixo do qual se acredita que aos cidadãos não está sendo disponibilizado um funcionamento verdadeiramente humano”. Afirma também que “ainda que por razões práticas talvez seja necessário fixar prioridades temporais, as capacidades são entendidas tanto como mutuamente assistentes, quanto todas de relevância central para a justiça social.” Deste modo, elas dialogam entre si, e todas são indispensáveis, não podendo uma sociedade ignorar uma delas com a finalidade de promover outra em maior proporção.

Ressalta, ainda, que sua lista de direitos não seria uma explicação exaustiva da justiça política, de maneira que “pode haver outros valores políticos importantes, estreitamente conectados com

a justiça, e que ela não incluiu em seu esquema.” Logo, classifica a lista como aberta, e passível de ser modificada ao longo do tempo (NUSSBAUM, 2013, p. 91).

Todavia, em relação ao cuidado, Nussbaum parece compreender que ele só estaria entre as necessidades primárias em contextos excepcionais, não merecendo, a princípio, ser tratado como uma das capacidades centrais:

Em primeiro lugar, entendemos o cuidado em épocas de dependência aguda ou assimétrica está entre as necessidades primárias dos cidadãos, cuja satisfação, até um nível mínimo será uma das marcas de uma sociedade dignamente justa. Como este *insight* pode ser incorporado na lista de capacidades? [...] Diria que o cuidado não é uma coisa única, e que, portanto, não deveria, ou, pelo menos, não precisaria ser introduzido como uma capacidade única separada e extra em adição às outras. (NUSSBAUM, 2013, p. 206).

Verifica-se que, para Nussbaum, pelo fato do cuidado não ser “uma coisa única”, não deveria (ou não precisaria) ser uma capacidade destacada das demais. Deixa subentender assim que, em razão dele se inter-relacionar com as demais capacidades, lhe pareceria desnecessário inseri-lo como outra capacidade à parte. Todavia, todas as demais capacidades apresentadas, também não são “uma coisa única”, tendo caráter multifacetado. Ademais cada uma das capacidades dialoga com as outras, em um movimento simbiótico, de modo que, a princípio, não parece adequado que o cuidado deveria ser tratado de forma diferente.

Tendo em vista Nussbaum (2013, p. 191-192) defende que o enfoque das capacidades “especificaria certas condições necessárias para que uma sociedade seja dignamente justa, na forma de um conjunto de direitos fundamentais para todos os cidadãos” e que a lista de capacidades deve ser pensada

“considerando-a incorporada na lista das garantias constitucionais”, desponta como indagação se o cuidado, então, não deveria ter sido incorporado a esta lista.

A relevância prática é que os direitos integrantes da lista das capacidades estariam garantidos *prima facie* pela Constituição, e subsequentemente seriam implementados pela ação legislativa e judicial. “As capacidades desta lista serão consideradas direitos humanos centrais, em função dos quais a justiça social básica é definida.” (NUSSBAUM, 2013, p. 204).

Em determinados momentos, Nussbaum também parece se inclinar ao reconhecimento do caráter primário do cuidado. São várias as passagens em que ela (re)afirma esse protagonismo. A título ilustrativo, quando se propõe a examinar a questão da deficiência como um problema de justiça, confrontando sua teoria com os princípios eleitos por Rawls, ela reconhece que, “por considerarmos o caso da deficiência, somos levados a focar na importância do cuidado como um direito social primário.” E em seguida, tece crítica à visão de Rawls, “uma vez que sua pressuposição de que os cidadãos são ‘plenamente cooperativos’ o impede de dar ao cuidado um papel suficientemente central.” (NUSSBAUM, 2013, p. 218).

Ademais, delegar a solução de determinados problemas para um estágio legislativo subsequente, na concepção de Martha Nussbaum, é apelar à caridade para a consideração desses interesses posteriormente, deixando-os de serem estimados a partir da justiça básica (NUSSBAUM, 2013).

Para demonstrar o papel central que o cuidado assume, a título hipotético, peguemos por exemplo a seguinte passagem:

Os impedimentos e as deficiências levantam aqui dois problemas distintos de justiça social, ambos urgentes. Em primeiro lugar figura a questão do tratamento justo

para pessoas com impedimentos, muitas das quais precisam de arranjos sociais atípicos, incluindo diversos tipos de assistência, se queremos que tenham vidas socialmente integradas e produtivas. Em outra época, Sesha⁵ e Jamie,⁶ teriam, provavelmente morrido na infância, ou, se tivesse sobrevivido, teriam sido internados em alguma instituição na qual receberiam os cuidados básicos, sem jamais terem chance de desenvolver suas capacidades para o amor, a alegria e, no caso de Jamie, para conquistas cognitivas substanciais e, provavelmente, para cidadania ativa. (NUSSBAUM, 2013, p. 122).

Desse excerto, depreende-se que em decorrência da ausência de assistência e de arranjos atípicos para as pessoas com impedimentos, elas poderiam acabar sendo privadas de várias capacidades que lhe permitiriam ter uma vida integrada e produtiva, bem como o desenvolvimento para o amor e outros sentimentos. Mas, Nussbaum (2013) admite que, ainda assim, o cuidado básico seria essencial para sua sobrevivência: “[...] se tivessem sobrevivido, teriam sido internados em alguma instituição na qual receberiam os cuidados básicos [...]”

E a centralidade do papel de cuidado é pluralente e multifacetada, pois descreve Nussbaum (2013, p. 207) que:

Refletir sobre o cuidado significa refletir sobre um campo amplo de capacidades do lado tanto do que cuida quanto daquele que é cuidado. A boa assistência aos dependentes, sejam eles crianças, idosos ou deficientes,

⁵ Nussbaum (2013) menciona que Sesha possui paralisia cerebral congênita e retardo mental grave: ela será sempre dependente, pois precisa ser cuidada, alimentada, lavada, etc. Necessita de ajuda de profissionais, como uma enfermeira em tempo integral.

⁶ Relata Nussbaum (2013) que Jamie Bérubé possui síndrome de Down, mas possui, desde o nascimento, a assistência de uma gama de médicos e terapeutas, além de frequentar uma boa pré-escola local em Illinois, que lhe dá autoconfiança, sendo que as outras crianças reagem bem à sua personalidade. Ademais, seus pais, familiares e amigos formam um mundo na qual ele não é visto como uma criança com síndrome de Down, mas alguém especial. Possivelmente conseguirá viver por conta própria e até encontrar um emprego, mas precisará dos seus pais, mais do que outras crianças, por toda vida.

coloca o apoio às capacidades no âmbito da vida, da saúde e da integridade física no centro de suas ações. Também provê estímulo para os sentidos, imaginação e pensamento. Encoraja laços emocionais e remove ‘medo e ansiedade excessivos’; de fato, o bom cuidado constitui uma forma valiosa de relação. O bom cuidado também apoia a capacidade dos assistidos para o raciocínio prático e escolha; encoraja a afiliação de muitos tipos, inclusive a afiliação social e política, onde for apropriado. Protege o bem crucial do autorrespeito. O bom cuidado também apoia a capacidade de divertir-se e aproveitar a vida. [...] Em resumo, dado o papel íntimo e básico que o cuidado tem na vida daqueles que são assistidos, devemos dizer que abarca, ou deveria abarcar, todo o campo das capacidades humanas centrais.

Tronto (2007, p. 300) pondera a íntima conexão entre o bom cuidado com noções de justiça e igualdade, pois, “se o recursos utilizados para o cuidado forem desiguais, nós nunca seremos capazes de alcançar o objetivo democrático da igual oportunidade ou aquilo que os teóricos da justiça descrevem como competição aberta e justa por empregos na sociedade.” Ressalta que a igualdade no acesso ao bom cuidado é pressuposto para que as pessoas tenham oportunidades. Ele lembra, ainda, lição de Jody Heymann, o qual pontua que o pertencimento a classes menos abastadas, implica ter menos recursos para cuidar bem dos filhos e, em consequência, os níveis de desigualdade no tratamento podem converter-se em falta de isonomia no acesso à educação, aos bons empregos e à igualdade econômica.

Com esses apontamentos percebe-se que o cuidado pode desempenhar um papel nuclear em uma proposta filosófica da justiça. Como adverte Tronto (2007, p. 289), conquanto o mundo esteja em constante transformação, ele ainda não mudou o suficiente, e “um conceito nada mais é que um conceito.” Eles

podem ser poderosas ferramentas intelectuais, mas não são tudo que se necessita intelectual e politicamente.

Acrescenta que o cuidado, apenas enquanto conceito, possui tão somente “dimensões normativas para se autodirigir”. No entanto, não é detentor de “elementos normativos para se autodirigir”, com os objetivos para o qual foi criado. Desta maneira, o “bom cuidado” poderia, inclusive, levar a maus propósitos. Cita, a título ilustrativo, o colonialismo, que se pautou no discurso do cuidado. Os exploradores se convenceram que estavam desempenhando, na verdade, um papel civilizatório, e não oprimindo os povos colonizados (TRONTO, 2007, p. 289).

Okin (2008, p. 320) criticando a incompletude da teoria política estatuída em uma “era pré-feminista”, destaca que a esfera “pública” é generificada, e foi edificada como afirmação da superioridade e dominação masculina, pressupondo a responsabilidade feminina pela esfera doméstica. E sugere como reflexão:

as práticas nos locais de trabalho, no mercado ou no parlamento seriam as mesmas se elas tivessem se desenvolvido pressupondo que seus participantes teriam de acomodar-se às necessidades de dar à luz, educar um filho, e às responsabilidades da vida doméstica? As políticas e seus resultados seriam os mesmos se aqueles que nelas estão engajados fossem pessoas que também tivessem responsabilidades cotidianas significativas voltadas para os cuidados dos outros, ao invés de serem aqueles que menos probabilidade têm, em toda a sociedade, de ter essa experiência?

A resposta a estas indagações, confirma a necessidade de impingir-se tratamento primário do cuidado, colocando-o como questão básica de justiça desde o momento inicial.

Conferir centralidade ao cuidado permite retificar desigualdades estruturais na sociedade, derivadas de relações

patriarcais e classistas que se cristalizaram com o passar dos anos. A filosofia tem negligenciado aspectos relacionados à justiça de gênero, a partir da clivagem entre esfera pública e privada, de modo que, eleger o cuidado como princípio fundamental, (re)orientando as políticas públicas destinadas a proteger e emancipar tanto o assistido, como quem cuida dele, teria o potencial de construir uma sociedade mais isonômica.

Diante de todas estas constatações, mostra-se imperativo indagar se, talvez, o desfecho do caso do menino Miguel não poderia ter sido diferente, se a estrutura social constituída fosse norteadada pela ideia de cuidado. Talvez a responsabilidade pela assistência da criança, não recaísse exclusivamente sob sua mãe, o que lhe conferiria outras possibilidades, como não necessitar levar o garoto ao ambiente laboral. Alternativas estatais, também poderiam resguardar as trabalhadoras responsáveis pelo cuidado, assim como o fez com os demais trabalhadores considerados não essenciais durante a pandemia. Haveria, assim, a possibilidade de uma revisão e equalização de responsabilidades.

Afinal, como salienta Nussbaum (2013, p. 275) “as teorias são somente uma influência na vida das pessoas, mas são uma influência”, de modo que, se a filosofia não teorizar soluções capazes de retificar as desigualdades, o ideário de justiça se reduz a mera utopia.

CONCLUSÃO

Buscou-se explicitar nesse estudo a distribuição desigual das responsabilidades ligadas ao cuidado, sob a perspectiva de gênero. E o cuidado é determinante tanto do panorama do assistido, quanto de quem cuida.

Sob o prisma do assistido, demonstrou-se a centralidade que o cuidado assume nas relações sociais em relação àqueles que dele necessita, podendo a tarefa ser descentralizada entre diversos agentes, ao invés de concentrar-se, exclusivamente, na figura feminina. Destacou-se, ainda, que o cuidado deve ser assegurado enquanto efetiva funcionalidade em diversas dimensões da vida, e que o bom cuidado é individualizado, de acordo com as necessidades do destinatário.

Já sob a perspectiva do cuidador, ponderou-se a importância das políticas públicas também se orientarem a atender às suas necessidades, evitando sobrecarga daqueles que exercem esse papel. Ressaltou-se a íntima relação do cuidado, seja ele exercido de forma remunerada ou não, com aspectos ligados a gênero, raça e classe, e que a tradicional dicotomia erigida pela filosofia, entre ambiente público e privado, reproduziu uma divisão patriarcal do trabalho no ambiente doméstico, negligenciando a justiça política nesta esfera.

Apontou-se que Nussbaum enaltece a importância do cuidado, bem como sua inter-relação com sua lista de capacidades centrais, que devem ser garantidas em um piso mínimo, necessário à dignidade. Todavia, ela não insere o cuidado com uma capacidade autônoma.

Mas, após demonstrar-se nesse estudo o protagonismo que o cuidado pode desempenhar na consecução de uma estrutura social mais justa, acredita-se que ele deve ser (re)pensado como capacidade primária e autônoma.

A importância de conferir-lhe caráter nuclear, reside no fato de que as capacidades são direitos fundamentais, e definem a estrutura social básica desde seu início. O viés civilizador, emancipatório, e equalizador do cuidado, assim, não dependeria de caridade de um

estágio legislativo subsequente, sendo que as políticas públicas voltadas para assistência de quem dele necessita e, também, para o cuidador, definidas em caráter primário, contribuindo para uma sociedade justa, inclusive, retificando desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

CASO MIGUEL: como foi a morte do menino que caiu do 9º andar de prédio no Recife. G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/05/caso-miguel-como-foi-a-morte-do-menino-que-caiu-do-9o-andar-de-predio-no-recife.ghtml#>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIO-ECONÔMICOS. **Quem cuida das cuidadoras**: trabalho doméstico remunerado em tempos de coronavírus. [S. l.]: Dieese, 2020. n. 96.

HIRATA, Helena; DEBERT, Guita Grin. Apresentação. **Cad. Pagu**, n. 46, p. 7-15, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104_83332016000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 3 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Banco de dados**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

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

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 305-332, maio 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200002/8618>. Acesso em: 7 ago. 2020.

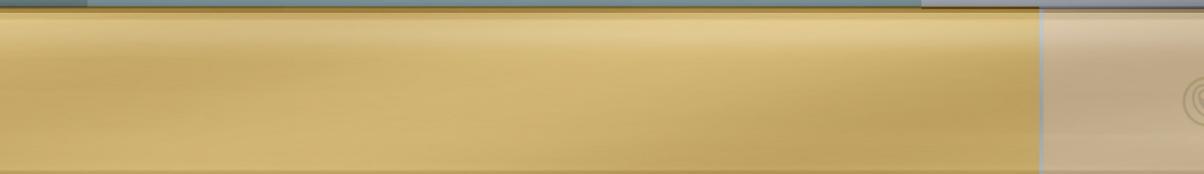
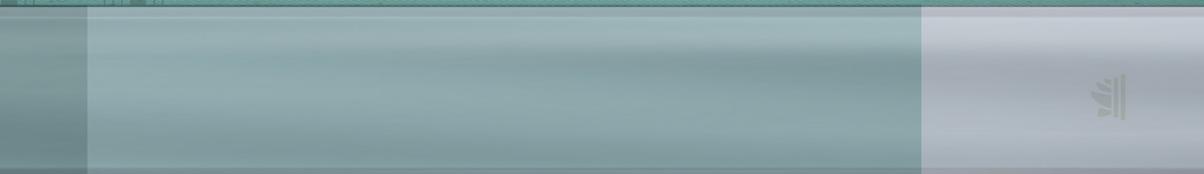
SEITENFUSS, Roberta. Mulheres na esfera pública: cotas partidárias e ocupação de cargos políticos. *In*: VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). **Direitos fundamentais, trabalho digno e igualdade**: debates acadêmicos. Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.

TRONTO, Joan. Assistência democrática e democracias assistenciais. **Sociedade e Estado**, v. 22, n. 2, p. 285-308, maio/ago. 2007.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **O cuidado como trabalho**: uma interpelação do Direito do Trabalho a partir da perspectiva de gênero. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.



TEORIA DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES



FELICIDADE NA PERSPECTIVA ARISTOTÉLICA: UMA ASSOCIAÇÃO À PSICOLOGIA POSITIVA E AO DIREITO

Gil Nogueira Gil¹

INTRODUÇÃO

A felicidade é um conceito que faz parte da humanidade há séculos. Sócrates no século V a.C. promove uma introdução que seria revolucionária ao associar felicidade à reflexão e à sabedoria, apresentando o que os gregos chamariam de Eudamonia. A partir daí, o tema felicidade nunca mais abandonou o debate social.

Contudo, existe alguma relação entre Felicidade e Direito? Parece que sim, pois, mais tarde, Aristóteles, na célebre obra *Ética a Nicômaco*, apresenta elementos que compõem debates sobre felicidade e Direito. Talvez o mais intrigante, e que muitos não sabem, é que o direito à felicidade é previsto na dogmática jurídica de vários países, bem como que já havia associação desde a Grécia Antiga. Se, desde a antiguidade, renomados filósofos gregos, os quais até hoje estudados, a faziam, isso, ao mínimo, merece uma reflexão.

E por que seria importante relacionar Direito à felicidade? No final do século XX, uma nova corrente da psicologia vem demonstrar que, independentemente da cultura, as pessoas querem mais do que viver, querem vida com significado, com bem-estar. Nas palavras de Martin Seligman, a ciência da Psicologia Positiva chega oferecendo orientação para o que Aristóteles chamou de “vida boa”. De que adiantaria promover inúmeros direitos se no fim o cidadão

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduando em Psicologia Positiva & Coaching pelo IBC; Mentor, Coach & Counselor; Oficial de Justiça; Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; desenvolvimento@gilnogueiragil.com.br

não conquista a vida plena? Se o Estado serve ao povo e não o contrário, não deveria ele ter a felicidade como escopo? Não seria ela uma reconstrução da dignidade humana?

O objetivo desse artigo é realizar uma associação entre as abordagens de felicidade na filosofia grega - especialmente a de Aristóteles - e os direitos fundamentais; bem como aos estudos atuais relacionados à psicologia positiva. Analisaremos a convergência de suas acepções. Busca-se, também, demonstrar o surgimento dos conceitos e debates sobre felicidade com os filósofos gregos até chegar ao nosso constitucionalismo vigente a fim de que não se pense inovador colocá-la no debate jurídico e, desse modo, conseguirmos dar maior concretude ao conceito para que mais tarde desenvolvamos reflexões sobre uma outra compreensão de felicidade na prática para fortalecer a visão como um direito fundamental, com sua aplicação no fim legislativo, jurisprudencial e nas políticas públicas.

Para atingir esse propósito, inicialmente, uma breve reflexão inicial sobre a relevância da Felicidade no Estado e sobre o que é a Psicologia Positiva se faz necessária, já que poucos sabem qual o seu objeto de estudo e da importância da felicidade para o indivíduo e para as organizações. Com base em seus conhecimentos, poder-se-á inferir a importância da satisfação do povo para o desenvolvimento do Estado e cumprimento de outros direitos fundamentais. Em sequência, trataremos a iniciativa Socrática para depois nos determos na perspectiva Aristotélica e suas contribuições para o Direito contemporâneo; incluindo associações à psicologia positiva. Por fim, trataremos a influência política e na dogmática internacional.

Investigaram-se bibliografias, teses e trabalhos envolvendo o tema. Os Livros que inspiraram este artigo foram: inicialmente, na

filosofia, Ética a Nicômaco de Aristóteles. Posteriormente, sobre a psicologia positiva recorreu-se aos autores americanos onde lá os debates são mais expressivos, sobretudo a Martin Seligman com os livros *Felicidade Autêntica* e *Florescer*. No Brasil, nos pareceu pouco explorado. Contudo, a referência inicial para ambientação com o debate sobre o Direito à Felicidade no País foi a tese de doutorado de Saul Tourinho Leal. Vejamos, portanto, relevantes percepções de felicidade; examinemos que a felicidade, embora um conceito indeterminado, pode ser associada a direito fundamental e que as ideias de Aristóteles se fazem presentes hodiernamente.

1 A RELEVÂNCIA DA FELICIDADE NO ESTADO E A PSICOLOGIA POSITIVA: UMA REFLEXÃO INICIAL²

Há muitos motivos para se considerar relevante a felicidade no contexto jurídico e político de um Estado. Um deles é que ela é um objetivo de vida de muitas pessoas. Outro é que o bem-estar tem reflexos no contexto social e comunitário. Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não a mera ausência de doença ou incapacidade.

O Professor de economia da Universidade da Califórnia, Richard Easterlin, na sua publicação *“Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence”*, em 1974, já estabelecia o conhecido Paradoxo de Easterlin: pessoas com rendimentos mais elevados tendem a relatar que são mais felizes. Contudo, uma vez que um indivíduo se eleva acima da linha de pobreza ou “nível de subsistência”, a principal fonte de aumento do bem-estar não é

² Alguns raciocínios desta seção foram abordados no artigo “Felicidade Intercultural e Direito: Uma Apresentação da Dogmática Constitucional” submetido à disciplina Desenvolvimento Humano e Interculturalidade.

a renda, mas sim os amigos e uma boa vida familiar. Países em que havia rendimentos suficientes para as necessidades básicas, o aumento da renda *per capita* não significou aumento do nível de felicidade (CLARK; FRIJTERS; SHIELDS, 2008). Não obstante haver contestações ou outras perspectivas de análise da adaptação hedônica, Easterlin revisitou o paradoxo em 2010 quando publicou amostras de 37 países, confirmando-o (EASTERLIN *et al.*, 2010).

Nesse sentido, pesquisas demonstraram que o bem-estar das pessoas traz benefícios a médio prazo sob a forma de estabilidade e satisfação familiar, satisfação nas relações interpessoais, desempenho no trabalho, boa saúde e maior longevidade (LYUBOMIRSKY; KING; DIENER, 2005). Portanto, não é uma questão puramente subjetiva, mas o bem-estar das pessoas contribui, e muito, para o bom funcionamento social e comunitário (HERVÁS, 2009).

Como já trazido na introdução, o interesse em estudar o bem-estar e a vida satisfatória remonta ao tempo da Grécia clássica. Nesse sentido, Aristóteles inicia a obra *Ética à Nicômaco* com uma reflexão sobre a relevância de compreendermos os fins de nossas ações, fazendo uma diferenciação entre os fins individuais e coletivos.

Ele entendia que

ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser algo maior e mais completo, quer a atingir, quer a preservar. Embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados. (ARISTÓTELES, 1991).

E, mais a frente, complementa que a felicidade é, portanto, algo absoluto e autossuficiente, sendo também a finalidade da ação (ARISTÓTELES, 1991).

Já a Psicologia Positiva foca nas forças e virtudes que permitem tanto aos indivíduos, quanto às organizações e comunidades atingirem seu desenvolvimento pleno. Isto é, já podemos nesse momento começar a perceber uma associação entre os objetos do filósofo e desta ciência. Ela é justamente o estudo científico das forças e virtudes do humano comum, a fim de descobrir o que funciona, o que é certo e o que está melhorando (SHELDON; KING, 2001). Em vez de focar o viés negativo predominante de algumas abordagens da psicologia tradicional, ela aprofunda o estudo sobre a felicidade; tendo como expoentes Martin Seligman, professor da Universidade da Pensilvânia e ex-presidente da Associação Americana de Psicologia; e Mihaly Csikszentmihalyi da Universidade de Chicago.

Se temos que compreender a finalidade das nossas ações e o fim destas for a felicidade; bem como os fins do Estado serem mais impactantes, não deveria este mesmo Estado colocar a felicidade coletiva como fim de suas ações legislativas e de políticas públicas? Será que, antes de definir pautas de direitos fundamentais, a felicidade não deverá estar como finalidade destes direitos e com um efeito até mesmo expansivo sobre eles?

Por que não felicidade ser um direito fundamental? Para Robert Alexy, não é vedado nem à Ciência do Direito, nem à jurisprudência, fundamentar as normas concretas historicamente desenvolvidas em normas mais gerais. Pelo contrário, essa é uma tarefa essencial da Ciência do Direito, e para a jurisprudência esse procedimento é, no mínimo, útil (LEAL, 2015).

Salienta-se que não se está a falar em direito subjetivo passível de se exigir felicidade do Estado, mas de garantir a liberdade e instrumentos para se buscar a felicidade, bem como para esta ser um dos fins e modo de atuação daquele. A felicidade se faz elementar pois tangencia demais direitos – quiçá seja o fim último deles – como a ter saúde, educação, bem-estar, desenvolvimento etc.

Em razão disso, talvez o mínimo que se espera é uma atenção do Estado neste sentido. Existindo o dever do Estado de propiciar os meios, seja para nortear políticas públicas ou pautar análises de decisões judiciais, se este focar em sua legislação e em suas políticas públicas (educacionais, de infraestrutura etc.) em cuidados não só circunstâncias, ambientais, mas com ensino focado em comportamentos e pensamentos que geram felicidade, teremos uma sociedade feliz, isto é, atendida pelo Estado, partindo-se da premissa que este deve atender ao povo e não o contrário.

2 EM QUE CONSISTE A FELICIDADE PARA ARISTÓTELES: A RELAÇÃO INICIAL COM A PSICOLOGIA POSITIVA

A filosofia nos trouxe as acepções de felicidade. Chegar a um conceito de felicidade talvez seja uma tarefa árdua ou impossível de generalizar. Cada um tem o seu conceito e, muitas vezes, nem sabe que é a ela que tanto busca em outros objetivos e ações em sua vida.

Neste sentido, a própria filosofia muitas vezes parece embaralhar a busca da sabedoria e não perceber que se trata da busca à felicidade. Por esta razão, trazer todos os sentidos de felicidade da filosofia grega seria tarefa demasiada longa. Opta-se, portanto, neste momento, trazer convergências entre as acepções

de Aristóteles e a Psicologia Positiva no século XXI, verificando-se que esta aperfeiçoa e/ou corrobora a visão Aristotélica.

Na linha do trazido no capítulo anterior, relacionado à finalidade das ações, Aristóteles entende que todo conhecimento e todo trabalho visam a algum bem, a uma finalidade. A Medicina visa à saúde, o construtor naval ao navio, a economia à riqueza. E qual seria o bem supremo? Para ele, “quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz”; e que “sempre optamos por ela mesma e jamais como um meio para algo mais”. Complementa:

E como tal entendemos a felicidade, considerando-a, além disso, a mais desejável de todas as coisas, sem contá-la como um bem entre outros. Se assim fizéssemos, é evidente que ela se tornaria mais desejável pela adição do menor bem que fosse, pois o que é acrescentado se torna um excesso de bens, e dos bens é sempre o maior o mais desejável. A felicidade é, portanto, algo absoluto e autossuficiente, sendo também a finalidade da ação. (ARISTÓTELES, 1991).

E o que seria felicidade? Antecipando-se no século IV a.C à Psicologia Positiva mais de dois mil anos depois, ele entende que existe uma confusão das pessoas sobre o que seria felicidade, pois estas relacionam à busca por prazeres e honras. Escreve o seguinte:

o vulgo não o concebe do mesmo modo que os sábios. Os primeiros pensam que seja alguma coisa simples e óbvia, como o prazer, a riqueza ou as honras, muito embora discordem entre si; e não raro o mesmo homem a identifica com diferentes coisas, com a saúde quando está doente, e com a riqueza quando é pobre. (ARISTÓTELES, 1991).

Ele faz, também, uma diferenciação entre vidas: vidas agradáveis (as que buscam prazeres); vidas políticas e vidas contemplativas. A grandeza do filósofo falando sobre a vida política pode ser demonstrada nesse trecho:

As pessoas de grande refinamento e índole ativa identificam a felicidade com a honra; pois a honra é, em suma, a finalidade da vida política. No entanto, afigura-se demasiado superficial para ser aquela que buscamos, visto que depende mais de quem a confere que de quem a recebe, enquanto o bem nos parece ser algo próprio de um homem e que dificilmente lhe poderia ser arrebatado. (ARISTÓTELES, 1991).

Isto é, escolher valores para sua vida que dependem dos outros torna o homem escravo da própria busca por felicidade. No tocante à vida contemplativa, esta talvez seja a que mais se aproxima da felicidade para Aristóteles. Felicidade não seria transitória, mas algo permanente, um modo de vida, executando virtuosamente a razão, garantindo uma vida contemplativa. Sua própria afirmação é de que “uma andorinha não faz verão, nem um dia tampouco; e da mesma forma um dia, ou um breve espaço de tempo, não faz um homem feliz e venturoso.” (ARISTÓTELES, ano, página).

Neste caminho, Seligman (2019b) diferencia vida agradável e vida boa. Para aquela, “basta beber champanhe e guiar um Porsche. Para a vida boa, porém, é preciso usar diariamente as suas forças pessoais, produzindo assim felicidade autêntica e gratificação abundante”. Numa perspectiva contemporânea, entende que podemos “aprender a fazer isso em cada uma das principais esferas da vida: trabalho, amor e criação de filhos”; ou seja, usar a razão e o conhecimento para ser feliz tal qual Aristóteles.

De acordo com o filósofo grego, virtude é uma disposição de caráter. Entende que “a nobreza de um homem se deixa ver,

quando aceita com resignação muitos grandes infortúnios, não por insensibilidade à dor, mas por nobreza e grandeza de alma". Para ele, o melhor é ser feliz com o resultado dos próprios esforços, pois a felicidade é algo permanente e que não muda com facilidade. Se o homem deixasse se levar pelas suas vicissitudes, "deveríamos chamar o mesmo homem ora de feliz, ora de desgraçado, o que faria do homem feliz um 'camaleão, sem base segura'."

Como bem sintetizado por Leal (2013), os bens essenciais à felicidade "são os bens da alma, as virtudes morais: a coragem, a moderação, a justiça; as virtudes intelectuais: a ciência, a inteligência, a sabedoria, a arte e a prudência, o prazer (inerente às atividades virtuosas)."

A Psicologia positiva, apesar de não diferenciar entre a multidão e os sábios, faz uma divisão entre pessoas que desenvolvem suas virtudes e forças de caráter e as que menos desenvolvem para atingir bem-estar. Uma dessas forças é o que Seligman chamou de defesas maduras, tais como altruísmo, capacidade de adiar gratificação, preocupação com o futuro e o humor. Neste caminho das defesas maduras, afirma Aristóteles (1991):

Se as atividades são, como dissemos, o que dá caráter à vida, nenhum homem feliz pode tornar-se desgraçado, porquanto jamais praticará atos odiosos e vis. Com efeito, o homem verdadeiramente bom e sábio suporta com dignidade, pensamos nós, todas as contingências da vida, e sempre tira o maior proveito das circunstâncias, como um general que faz o melhor uso possível do exército sob o seu comando ou um bom sapateiro faz os melhores calçados com o couro que lhe dão; e do mesmo modo com todos os outros artífices. E, se assim é, o homem feliz nunca pode tornar-se desgraçado, muito embora não alcance a beatitude se tiver uma fortuna semelhante à de Príamo.

Um estudo feito entre homens da turma de Harvard de 1939 a 1943 e 456 rapazes da periferia de Boston concluiu que existem fatores indicativos de uma boa velhice, como boa situação financeira, saúde física e alegria de viver. Demonstrou-se que 95% dos jovens da periferia que demonstravam essas defesas maduras frequentemente eram capazes na velhice de carregar peso, cortar lenha, andar mais de três quilômetros e subir dois lances de escada sem cansar. Dos que nunca demonstraram forças psicológicas, apenas 53% conseguiam executar as mesmas tarefas (SELIGMAN, 2019a). Nesse sentido, aqueles que compreenderam que a felicidade não era apenas busca por prazeres e honrarias têm fatores indicativos de uma melhor velhice.

Aristóteles entende, ainda, que a felicidade também reside numa função. Na interpretação de Leal (2013) “o exercício ativo de nossas faculdades aliado à virtude produziria a felicidade; as atividades opostas, o seu contrário.” O Filósofo faz um raciocínio de que se um flautista sente prazer ao ter sua função que é tocar flauta, o olho, o pé e as plantas têm sua função na natureza, qual seria a função do homem como um todo? Ele crê que a função do homem é uma atividade da alma que segue ou que implica um princípio racional; uma atividade da alma em consonância com a virtude e que será cumprida com excelência.

Entendo que essa passagem está intimamente ligada ao propósito de vida do homem, suas habilidades natas, às quais o mundo espera que sejam exercidas. Seria o que Gerônimo Theml chama de “Ocupar o seu lugar no mundo”.

Em minha experiência como Coach, verifico que, uma vez alinhadas as ações de vida do cliente: a) com aquilo que chamamos de sua essência - quiçá seja o que Aristóteles chama de alma -; e b) com aquilo que acreditamos que a natureza o proporcionou

para exercer (possuindo propósitos muitas vezes fora das carreiras e das profissões tidas por mais tradicionais socialmente ou pelas quais sua criação o levou a assumir); mais felicidade e mais abundância financeira, profissional e nos relacionamentos ele tem, experimentando o que chamo de viver de verdade.

Seligman (2019b) entende que devemos encontrar um propósito de vida além da vida boa, uma felicidade autêntica, e exemplifica algo no sentido de Aristóteles, dizendo que uma das forças pessoais que ele possui é o prazer que sente em aprender:

São atividades integradas à trama da minha vida, e que procuro exercer todo dia. Tornar simples para meus alunos um conceito complexo ou ensinar à minha criança de 8 anos as regras de um jogo acende uma paixão dentro de mim. Mais que isso: quando dou uma boa aula, me sinto revigorado, e o bem-estar que vem em seguida é autêntico, porque vem daquilo em que sou melhor. Em comparação, organizar pessoas não é uma das minhas forças pessoais. Mentores brilhantes me ajudaram a melhorar e, se for preciso, sou capaz de presidir com eficiência uma comissão, mas quando acabo me sinto exausto, e não revigorado. A satisfação é menos autêntica do que aquela que sinto ensinando, e elaborar um bom relatório de uma comissão não me deixa mais em contato comigo mesmo nem com algo mais grandioso. (Seligman, 2019b).

Contudo, Aristóteles (ano) compreende a necessidade conjunta de bens externos e de recursos materiais para ter uma vida virtuosa e feliz. Não obstante tenha dito que: “uma vida consagrada ao ganho, é uma vida forçada, e a riqueza não é evidentemente o bem que procuramos: é algo de útil, nada mais, e ambicionado no interesse de outra coisa.”

Confirmando este raciocínio, Seligman (ano), analisa respostas de uma pesquisa internacional envolvendo dezenas de milhares de adultos que comparou o nível médio de satisfação com

o poder de compra correspondente a cada país. A conclusão é de que “o poder geral de compra do país e a satisfação média com a vida caminham decididamente na mesma direção.” No entanto, “assim que o Produto Interno Bruto atinge e excede 8 mil dólares por pessoa, a correlação desaparece, e o aumento da riqueza não indica maior satisfação com a vida.” (Seligman, ano, página).

Este professor da Universidade da Pensilvânia estabeleceu uma equação que corrobora, ao meu ver, também o raciocínio do filósofo grego no exame da felicidade: $H = S + C + V$; em que H (*happiness*) é o nível constante de felicidade, S (*set range*) os limites preestabelecidos, C (*circumstances*) as circunstâncias da vida e V (*voluntary*) os fatores que obedecem ao seu controle voluntário.

Nesta linha, Sonja Lyubomirsky, Professora na Universidade da Califórnia recebeu uma bolsa de US\$ 1.000.000,00 para estudar o que determina a felicidade em seu grande estudo de meta-análise, coletando pesquisas não só da psicologia, mas da biologia, ciências sociais e outros (KAMEI, 2016). Ela resumiu em três grandes fatores para felicidade crônica: a) genético (os preestabelecidos - *Set range* - de Seligman); b) circunstanciais; c) atividades intencionais (os *Voluntaries* acima).

Os fatores genéticos, ligados ao temperamento biológico, seriam responsáveis por 50% da nossa felicidade. Os circunstanciais - tais como ambiente, nível de renda, nível de escolaridade, a região de nascimento - determinam apenas 10%. Resta, assim, os 40% que compreenderiam as atividades intencionais, ou seja, a felicidade determinada pela nossa mentalidade, pensamentos, ações e comportamentos.

Assim, a hipótese do desenvolvimento das virtudes, a importância parcial dos recursos externos, bem como a constância e foco nas atividades - trazidas há cerca de dois mil e quatrocentos

anos - para se atingir a felicidade permanente é demonstrada como pertinente no século XXI. Mais relações dessa pesquisa com os pensamentos de Aristóteles serão trazidas na próxima seção.

3 FELICIDADE, DIREITO E PSICOLOGIA POSITIVA

Depois de Sócrates, no século V a.C, promover a chamada *Eudaimonia*, introduzindo a associação de felicidade à reflexão e à sabedoria; quem faria, alguns anos depois, de modo mais destacada a relação entre felicidade e Direito seria Platão na obra *O Banquete*, na qual faz um debate entre felicidade e justiça. Tal associação se fez tão relevante a ponto de mais de dois mil anos depois Karl Popper lançar a obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (*The Open Society and Its Enemies*), fazendo um forte contraponto às ideias de Platão, as quais, segundo Popper, seriam conservadoras, autoritárias ao partirem como premissa necessária o raciocínio segundo o qual a nossa sociedade é feita por classes imutáveis, sem mobilidade, por castas inamovíveis; onde o senhor nasceria e morreria senhor, escravo nasceria e morreria escravo (LEAL, 2013).

Em sequência, Aristóteles (1991), na célebre obra *Ética a Nicômaco* tratada largamente neste artigo e na obra *A Política* apresenta elementos que constituíram os debates sobre felicidade e repercutiram desde então no Direito, abrindo espaço para teorias baseadas na jurisdição constitucional. O primeiro seria sobre o alcance e o desfrute de bens externos e materiais serem necessários à consecução do direito à felicidade.

Nos seus dizeres, a felicidade “necessita igualmente dos bens exteriores; pois é impossível, ou pelo menos não é fácil, realizar atos nobres sem os devidos meios. Em muitas ações utilizamos como instrumentos os amigos, a riqueza e o poder político; e há coisas cuja

ausência empana a felicidade”, referindo que “o homem feliz parece necessitar também dessa espécie de prosperidade.” (ARISTÓTELES, 1991). Essa ideia de Aristóteles, sobre um mínimo necessário, vai ao encontro de Abraham Maslow em sua Hierarquia de necessidades humanas onde coloca as necessidades fisiológicas (por exemplo comida) e segurança (v.g. saúde, propriedade, emprego) nos primeiros andares bases da pirâmide. Talvez mais perceptível é que a abordagem de Aristóteles na obtenção das necessidades materiais e circunstanciais é demonstrada como 10% responsável pela nossa felicidade conforme estudo trazido por Lyubomirsky narrado na seção anterior. Vale ainda lembrar o Paradoxo de Easterlin trazido na primeira seção sobre a relevância de um mínimo existencial embora depois a riqueza comece a ter menos peso sobre a felicidade.

Esses bens materiais são fundamentais em um constitucionalismo social. Nossa Constituição, por exemplo, a partir do artigo 6º aduz que a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados são direitos sociais. No mesmo caminho, o artigo 7º, IV determina um salário mínimo capaz de atender a necessidades vitais básicas e às da família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário etc.

O segundo elemento elucidado por Saul Tourinho Leal (2013) é sobre a distinção que Aristóteles faz entre a qualidade dos prazeres, dizendo que há muitos prazeres que são vícios e, sendo vícios, não podemos constituir um projeto de vida social coletiva sustentada na deturpação do prazer. Salienta o pioneirismo de Aristóteles em afirmar que o “prazer e a dor constituem os padrões por meio dos

quais todos nós, num maior ou menor grau, regulamos nossas ações.”

Os raciocínios de Aristóteles expostos até aqui tiveram força para que John Stuart Mill séculos depois qualificasse também a felicidade e defendesse que há prazeres que não podem ser estimulados – como por exemplo, hoje, a violência doméstica ou assédio moral no trabalho –, pois é preciso um caráter ético da ação. Isto converte-se na dignidade da pessoa humana, base do constitucionalismo contemporâneo, que seria a vedação ao prazer sádico, contribuindo reflexamente, também, para a proteção às minorias.

Segundo Leal (2013), Mill persistiu na elaboração de distinções entre os chamados prazeres nobres e os prazeres perversos, bem como enxergava os prazeres, assim como Aristóteles, sendo a própria atividade ou as experiências decorrentes da atividade, apontando música, virtude e a saúde como principais prazeres. Associando-se às pesquisas envolvendo a Psicologia Positiva, relembro que o cuidado a se ter em relação a deturpação dos vícios está intimamente ligada aos fatores voluntários/intencionais correspondentes a 40% da felicidade crônica humana.

Por fim, o terceiro elemento é a noção de que a natureza do Estado é ser uma pluralidade. Segundo Aristóteles (ano, página), “O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência.” Desse modo, não obstante haver um processo coletivo de unidade do Estado por meio da Constituição, o pluralismo se desdobra em nossas individualidades. O pluralismo político é, inclusive, fundamento da República conforme art. 1º, IV da nossa Constituição

Federal. O Preâmbulo também expressa a nossa sociedade como pluralista.

Assim como Aristóteles promovia o debate em perspectiva holística de indivíduo e sociedade, a Psicologia Positiva parte da premissa que as pessoas e comunidades querem viver uma vida feliz, significativa e plena, bem como cultivar aquilo que tem de melhor. Não cabe a este espaço tratar sobre todas as técnicas que a psicologia positiva propõe, mas salientar a convergência da preocupação de Aristóteles. Vale, talvez, uma reflexão sobre: até que ponto as noções trazidas por Lyubomirsky – de que a personalidade genética corresponde a 50% da felicidade – também convergem com a questão da pluralidade em que a Cidade-Estado precisa ser compreendida, introduzindo a ideia de diversidade e o respeito à individualidade no constitucionalismo contemporâneo, levantadas pelo filósofo?

4 A INFLUÊNCIA ARISTOTÉLICA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL³

Não entraremos aqui nem nas contendas estabelecidas por Epicuro e Sêneca, Locke e contraposições de Immanuel Kant e Nietzsche. Contudo, poderíamos dizer que a cláusula de busca da felicidade tem suas raízes na ideia do direito natural da Inglaterra no século XVIII, que poderia ser representada por John Locke (1623–1704), embora o princípio da felicidade possa remontar tanto quanto à filosofia grega (LIM, 2001).

Portanto, a expressão *Pursuit of happiness* (busca da felicidade) dos escritos filosóficos de John Locke (influenciado

³ Os raciocínios desta seção foram aprofundados no artigo “Felicidade Intercultural e Direito: Uma Apresentação da Dogmática Constitucional” submetido à disciplina Desenvolvimento Humano e Interculturalidade.

pelo epicurismo) teria inspirado os responsáveis pela Constituição Americana, incluindo George Mason na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e Thomas Jefferson, principal autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 a qual é apontada como onde o direito à felicidade apareceu pela primeira vez, passando da utopia política para dogmática jurídica:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (tradução do autor).⁴

[...]

III Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.⁵

Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que

⁴ *Virginia Declaration of Rights [...] Section 1. "That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety."* (VIRGINIA CONVENTION OF DELEGATES, 1776).

⁵ Section 3. "That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal." (VIRGINIA CONVENTION OF DELEGATES, 1776).

entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade (Declaração da Independência, 1776) (tradução nossa).⁶

Cartas, discursos e outros documentos de Thomas Jefferson explicitam frequentemente sua filosofia de felicidade e de que o Estado deve se empenhar em auxiliar os cidadãos na tarefa de obtenção de seus desejos. Isso abre porta para o que atualmente se denomina de 'mínimo existencial', pois conduz ao entendimento de que muitos serão impedidos de alcançar o máximo de felicidade, mas os menos afortunados podem obter mais do que o mínimo (LEAL, 2013).

Este direito ao *pursuit of happiness* não se repete na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, todavia encontra-se na Constituição de 33 dos 50 Estados norte-americanos, influenciados pela Declaração de Independência. Alguns anos após, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apontada como marco da felicidade política, fruto da Revolução Francesa em 1789, acabou se tornando preâmbulo da Constituição Francesa de 1793, também conhecida como a Constituição do Ano I ou a Constituição Montagnard; e traz o termo felicidade geral.

Por conseguinte, a felicidade pública utilizada nos debates da filosofia política da Revolução Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América já está na origem do constitucionalismo brasileiro. Nossa Constituição Imperial de 1824, traz a expressão Felicidade Geral em seu texto:

⁶ *Declaration of Independence, July 4, 1776 We hold these truths to be self-evident. That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.*

DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassem e fizessem jurar o Projecto de Constituição, que havíamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Política: Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazemos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte: (BRASIL, 1824, grifo nosso).

Por derradeiro, nossa atual Constituição não traz o termo felicidade, não obstante traga em seu bojo essa ideia quando analisadas as acepções acima, até mesmo em termos como “bem-estar”, “pluralismo”, “dignidade da pessoa humana”. Por outro lado, houve duas Propostas de Emenda à Constituição, PECs nº 19 e nº 513 de 2010, que tentaram incluir o termo busca da felicidade no caput do artigo 6º (BRASIL, 2010). Ademais, o Supremo Tribunal Federal fez referência em alguns julgados sobre a felicidade e/ou direito à sua busca, tais como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ referente à União Homoafetiva quando falou inclusive em princípio da busca pela felicidade; e à associação do direito à busca da felicidade como corolário da dignidade da pessoa humana.

Se o que já foi dito até aqui não bastasse à importância do diálogo entre felicidade e Direito, a legislação comparada corrobora com a tese da relevância da associação. Constituições como a da Coréia do Sul, do Japão e do Reino do Butão na Ásia trazem explicitamente o direito à busca da felicidade. Inúmeras nações

africanas como as das Repúblicas do Gana, da Libéria, da Namíbia, do Níger, da Nigéria e até mesmo do Egito e do Reino de Essuatíni também fazem referência expressa.

CONCLUSÃO

Resta demonstrada a presença da felicidade e sua enorme relevância tanto na filosofia da Grécia antiga, no contexto histórico e na ciência atual da Psicologia Positiva. Aristóteles anteviu fatores que estão sendo retomados com mais atenção. Pensar na felicidade como algo separado ao debate jurídico não faz sentido. São muitas personalidades e nações com forte lastro filosófico, jurídico e político, se esforçando para a construção de uma principiologia baseada na felicidade de modo que não se pode acreditar que estamos tratando de algo abstrato ou lançado no vazio. Pelo contrário, dar concretude à felicidade como um direito fundamental, com sua aplicação no fim legislativo e de políticas públicas é algo já realizado na perspectiva internacional.

Por fim, o debate social sobre felicidade iniciado por Sócrates é intenso atualmente nas pesquisas científicas envolvendo a psicologia positiva a fim de compreender como ela funciona. O que tem se revelado é que o indivíduo e a sociedade a desejam e que fatores voluntários ou intencionais compreendem boa parte de sua conquista. Por que não políticas públicas neste sentido? Tanto o Direito quanto o Estado não podem estar distantes dos anseios do povo. Independente das acepções da felicidade, a análise de sua inclusão com consequência expansiva dos direitos fundamentais se faz relevante para nortear os fins das ações do Estado.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES. **The Politics**. Oxford Press, 1905. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000010.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 2002.

AUTHENTIC HAPPINESS. **About us**. Disponível em: <https://www.authentichappiness.sas.upenn.edu/zh-hant/content/about-us>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 2010**: Pec da Felicidade. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 14 maio 2020.

CLARK, A.; FRIJTERS, P.; SHIELDS, M. A. Relative Income, Happiness, and Utility: an explanation for the easterlin paradox and other puzzles. **Journal of Economic Literature**, v. 46, n. 1, p. 95-144, 1 Feb. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1257/jel.46.1.95>.

EASTERLIN, R. A. *et al.* The happiness-income paradox revisited. **Proceedings of The National Academy of Sciences**, v. 107, n. 52, p. 22463-22468, 13 Dec. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.1015962107>.

EASTERLIN, R. **Does economic growth improve the human lot?** Some empirical evidence. University of Pensilvania, Disponível em: <http://graphics8.nytimes.com/images/2008/04/16/business/Easterlin1974.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

HERVÁS, G. Psicología positiva: una introducción. **Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado**, v. 23, n. 3, p. 23-41, 1 jun. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/274/27419066003.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

KAMEI, Helder. **Flow e psicologia positiva – estado de fluxo, motivação e alto desempenho**. São Paulo: , 2016.

LEAL, S. T. **Direito à felicidade**: história, teoria, positivação e jurisdição. 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

LEAL, S. T. O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul. **Publicum**, v. 1, n. 1, p. 229-256, jul. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/20025/14567>. Acesso em: 19 jul. 2020.

LEGIFRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 16 Jul 2020.

LIM, J. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. 2001.

Journal of Korean Law, v. 1, n. 2, 2001. Disponível em: <http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/85041/1/4.%20Pursuit%20of%20Happiness%20Clause%20in%20the%20Korean%20Constitution.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LYUBOMIRSKY, S; KING, L; DIENER, E. The Benefits of Frequent Positive Affect: does happiness lead to success? **Psychological Bulletin**, v. 131, n. 6, p. 803-855, 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/0033-2909.131.6.803>.

SELIGMAN, M. E. P. **Felicidade autêntica (Nova edição)**: use a psicologia positiva para alcançar todo seu potencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019a.

SELIGMAN, M. E. P. **Florescer**: uma nova compreensão da felicidade e do bem-estar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019b.

SHELDON, K. M.; KING, L. Why positive psychology is necessary. **American Psychologist**, v. 56, n. 3, p. 216-217, 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066x.56.3.216>.

VIRGINIA CONVENTION OF DELEGATES. **Virginia Declaration of Rights**. Lillian Goldman Law Library, Yale Law School, 12 June 1776. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp. Acesso em: 15 jun. 2020.

PRINCÍPIO DA EQUIDADE: APLICABILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR A JUSTIÇA SOCIAL

Jônatas Peixoto Lopes¹

INTRODUÇÃO

No Brasil, de acordo com o Relatório Justiça em Números (2019) do Conselho Nacional de Justiça, no final de 2018 havia 78,6 milhões de processos judiciais em trâmite nos tribunais brasileiros e em todos os estados da federação. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9% estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura, ao final desse mesmo ano existiam 64,6 milhões de ações judiciais. Logo, conclui-se que milhares de vidas são afetadas diretamente em decorrência das decisões tomadas por esses órgãos.

Nesse contexto, o estudo do tema é de extrema relevância, pois será discutido a possibilidade da aplicação do princípio da equidade, como um instrumento na busca de uma solução mais coerente, efetiva e com justiça, na resolução desses conflitos. Nesse sentido, debater sobre o tema é de extrema necessidade, visto que milhares de decisões são tomadas diariamente no país, conforme o referido Relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Decisões essas, que podem gerar frustrações, caso não sejam tomadas da forma mais correta.

O direito de ir à justiça, no âmbito internacional, está inserido no art. 8º, 1 da Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Penal pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Docente; jonatascuiba@gmail.com

(1969), Pacto São José da Costa Rica. Já no Brasil, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, XXXV, garante o acesso à justiça e, determina, dentre outras garantias elencadas em seu texto, que todas as decisões sejam tomadas de forma justa. Sendo assim, toda pessoa tem direito de ir ao judiciário, sempre que tenha seu direito cerceado, além disso, não basta ter seu direito assegurado, mas que tenham respostas jurisdicionais efetivas.

Para tanto, parte-se da hipótese de que a decisões baseadas somente na letra de lei, não seja o suficiente para almejar a tão “sonhada” justiça social, pois o excesso de formalismo dificulta o acesso à justiça e, conseqüentemente, a função social de um Estado considerado democrático de direito.

Assim, para realizar o artigo, fez-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método hipotético-dedutivo, com a abordagem qualitativa e realizada com procedimentos bibliográficos e documentais, além de jurisprudências, que tratam a respeito do tema abordado. Conseqüentemente, fez uma seleção das obras de maior relevância na elaboração do texto científico.

Inicialmente, será analisado o conceito de justiça, os diversos significados, dentre eles, a qualidade do que está em conformidade com o direito, equidade, bondade, em suma, julgar segundo o que é justo, além da ideia de justiça de acordo com de alguns pensadores, como Aristóteles, Immanuel Kant, no século XVIII, que em muito contribuíram para a construção do conceito de justiça, ao longo do tempo.

Na segunda parte, entender-se-á a diferença entre o princípio da equidade em relação ao princípio da igualdade. Para isso, será analisado o conceito de igualdade material e formal, princípio

fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988. Além disso, será analisado também, o conceito de equidade e aplicação.,

Finalmente, na quarta parte, identifica-se o efeito do princípio da equidade na resolução das contendas. Analisar o acesso à justiça de forma correta é o objetivo. A possibilidade de aplicar o princípio da equidade como forma alternativa na solução dos conflitos de forma justa e célere. Verificar em que situações a lei autoriza esse princípio como mecanismo, auxiliando nas demandas processuais. Entretanto, há uma limitação na liberdade concedida aos juízes, visto que existem somente duas situações, em que o jurista pode utilizar o referido princípio.

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pesquisa resta respondida com a confirmação da hipótese de que se faz necessário a adoção de uma nova estratégia na tomada de decisões judiciais, para que haja um resultado justo na resolução dos conflitos e, assim, o direito ao acesso à justiça se torne mais efetivo.

1 CONCEITO DE JUSTIÇA

A justiça traz em seu conceito uma pluralidade de significados, ou seja, diferentes visões de pensadores ao longo da história, por isso, seu conceito pode ter uma opinião contrária de tempos em tempos. Entretanto, é importante ressaltar que, não existe um conceito de justiça considerado errado, mas o que existe são várias concepções do que vem a ser justo.

De acordo com o dicionário Priberam (2020), etimologicamente, a palavra justiça, vem do latim "*justita*" e significa, qualidade do que está em conformidade com o direito, equidade, bondade, em suma, julgar segundo o que é justo.

Segundo Taborda (1988), na Antiguidade, inicialmente a:

justiça era ligada a uma ideia transcendente de harmonia cósmica, não humana (*dikê*), em uma visão que concebe a ordem do universo como projeção e reflexo da ordem social. Com o surgimento dos sofistas, passou-se a considerar a justiça como ordem especificamente humana, e que é encontrado “entre os homens que vivem em comum tendo em vista a autossuficiência. Um de seus significados mais importantes, foi resumido por Aristóteles nos seguintes termos: justo é o que assim é estabelecido pelas leis e costumes do Estado, por ato de autoridade ou em virtude de conveniência ou convenção (justiça política ou “justo legal”).

Para Silveira (2001, p. 45), Aristóteles tinha um conceito de justiça distributiva, qual seja: “a justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente a si mesmas como também em relação ao próximo.”

Diante do exposto, infere-se que o conceito de justiça tem diversos significados, dentre eles, julgar segundo o que é justo. Para o pensamento antigo, a justiça era ligada a uma ideia de harmonia cósmica, não humana. Já os pensadores modernos, entende que uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo em escolher o que for melhor para si. Dessa forma, passa a analisar a teoria da justiça social sob a ótica de Aristóteles.

2 TEORIA DA JUSTIÇA SOCIAL DE ARISTÓTELES

Como visto, existem diversos significados de justiça, que foi criado por pensadores no contexto histórico em que se encontravam. Dessa forma, não existe um conceito único de justiça, e sim, várias acepções dependendo do enfoque dado.

A princípio, o filósofo define a justiça como sendo uma “disposição da alma” que todas as pessoas têm, a qual caracteriza como certa aptidão em “fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo.” (ARISTÓTELES, 1985, p. 91).

Desta mesma maneira refere-se à injustiça com a disposição que o faz agir injustamente e desejar aquilo que é injusto.

O preceito geral da investigação de Aristóteles consiste em examinar a justiça a partir da análise do comportamento justo e injusto, no que se refere ao modo de tratamento entre as pessoas.

Pode-se compreender que existem vários sentidos de dizer que um homem é justo. Utiliza-se o termo justo quando a pessoa realiza ações no sentido do bem e também quando se comporta de acordo com a lei. O mesmo ocorre com o injusto. O filósofo assinala que os termos justiça e injustiça são ambíguos, “mas como seus diferentes significados se aproximam uns dos outros ambiguidade não é notada.” (ARISTÓTELES, 1985, p. 91).

Dentro desta justiça universal, Aristóteles elaborou a teoria da justiça parcial ou legal, que significa somente uma parte da justiça universal, mas com a finalidade de organizar as pessoas por meio da lei e tornar a sociedade mais civilizada (ARISTÓTELES, 1985, p. 92).

3 EQUIDADE E IGUALDADE

Para compreendermos o conceito de equidade, um dos princípios norteadores da teoria da justiça social, faz-se necessário uma distinção em relação ao princípio da igualdade, uma vez que essa diferença tem uma relação direta com que chamamos de justiça social. Assim, inicia-se com o conceito de equidade, depois o estudo sobre a igualdade e, por fim, ressalta-se a diferença entre

os dois princípios. Princípios importantíssimos, que funcionam como mecanismos na busca por justiça social.

Historicamente, a noção de Equidade surge na Grécia Antiga com Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômacos*, onde diz que:

A equidade e justiça são a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. O que cria o problema é o fato de o equidade ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. É o justo que independe de lei escrita. (ARISTÓTELES, 1985, p. 109-112).

Já no direito atual, de acordo com Sanseverino (2010, p. 91), a equidade aparece com três funções básicas: a) substitutiva; b) integrativa; c) interpretativa.

Na sua função substitutiva, atribui excepcionalmente poderes ao juiz para decidir com liberdade, afastando-se das normas legais e declarando a solução justa para o caso (CPC/39, art. 114). Na sua função integrativa, a equidade constitui um instrumento posto caso a caso pela lei à disposição do juiz para especificação em concreto dos elementos que a norma de direito não pode resolver em abstrato. Finalmente, em sua função interpretativa, busca estabelecer um sentido adequado para regras ou cláusulas contratuais em conformidade com os critérios de igualdade e proporcionalidade.

Em síntese, para Pamplona Filho e Santos (2017), a equidade pode ser definida como “igualdade, retidão, equanimidade”, ou seja,

a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

Já a igualdade é tratada na Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, e diz que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (BRASIL, 1988).

De acordo com o dicionário, igualdade significa: Falta de diferenças; de mesmo valor ou de acordo com mesmo ponto de vista, quando comparados com outra coisa ou pessoa: igualdade racial; igualdade salarial; igualdade de vagas. Princípio de acordo com o qual todos os indivíduos estão sujeitos à lei e possuem direitos e deveres; justiça (IGUALDADE, 2020).

Desse modo, a igualdade tratada no texto constitucional deixa bem claro que não haverá distinção de qualquer natureza, ou seja, proíbe o tratamento desigual entre as pessoas. Entretanto, existe uma grande discussão em torno do conceito de igualdade, visto que, nem todas as pessoas estão nas mesmas condições, o que contribui com as injustiças sociais.

Diante do exposto, conclui-se que existe uma diferença entre os princípios da equidade e igualdade. Dessa forma, após analisar o conceito do princípio da equidade faz-se necessário entender como é possível aplicá-lo na prática como meio alternativo de buscar o direito justo.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS E SEUS REFLEXOS NO ALCANCE DA JUSTIÇA

A Carta Constitucional garante a qualquer pessoa buscar o judiciário para resolver alguma demanda, ou buscar um direito negado. Com efeito, o acesso à justiça vai mais além, é a certeza do processo justo que passa necessariamente pelo juiz independente, imparcial e que não subverte a ordem legal. Entretanto, esse direito quando aplicado no caso concreto, nem sempre preenche as expectativas dos jurisdicionados, uma vez que a justiça se depara com realidades diversas, e as respostas acabam ficando abaixo do esperado pelos cidadãos.

O primeiro grande problema sempre apontado pela doutrina, como entrave ao efetivo acesso à justiça, é a carência de recursos econômicos por grande parte da população para fazer frente aos gastos que implicam uma demanda judicial. Assim, a efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário (RODRIGUES, 1994, p. 146). Logo, faz-se necessário mecanismos, para tornar efetivo o direito de ir ao judiciário, para garantir um direito da forma mais justa possível a todos.

Conforme dados apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (2019), são milhões de processos em trâmites nos tribunais de todo o país, o que dificulta a celeridade no andamento das decisões. Já que, além do excesso de pessoas que vão até o Judiciário para ter seu direito efetivado, ainda tem as especificidades de cada região, o que dificulta a celeridade processual. Diante disso, surge a necessidade de cada vez mais o judiciário encontrar meios alternativos, na resolução da lide. Assim, é importante frisar que o ordenamento

jurídico brasileiro deixa claro que todos têm direito não somente ao acesso à justiça, mas principalmente, a um processo justo e efetivo.

Desse modo, cabe ao juiz decidir o litígio da forma que achar mais justa, além disso, o juiz não pode se eximir de decidir sob alegação a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, conforme art. 140 do Código de Processo de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015).

Isso ocorre, pois é impossível que o legislador consiga prever todas as situações, por essa razão existe um meio de preencher essas lacunas, que são as formas de integração da norma jurídica, previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei 4.657/42, em seus artigos. 4º e 5º, diz que:

Art. 4º quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1942).

Assim, a equidade será aplicada de duas formas, quando esgotados todos os recursos ou, quando estiver previsto em lei. Nesse sentido, Piske (2015, p. 23) fala sobre em que situação em que é possível aplicar o princípio da equidade:

A equidade é a *adaptação razoável da lei ao caso concreto* (bom senso), ou a criação de uma solução própria para uma hipótese em que a lei é omissa. Supre as lacunas das normas e auxilia a obter o sentido e alcance das disposições legais. É assente na doutrina e na jurisprudência pátria que a equidade é invocável como auxiliar da Hermenêutica e da Aplicação do Direito, e não se revela somente pelas inspirações da consciência e da razão natural, mas também, e principalmente, pelo estudo atento, pela apreciação inteligente dos textos da

lei, dos princípios da Ciência Jurídica e das necessidades da sociedade.

Sem as limitações previstas no Código de Processo Civil, a Lei no 9.099/95, em seu artigo 6o, autoriza o julgamento por equidade sempre que esse critério atender aos fins sociais e às exigências do bem comum: “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Nesse sentido, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso em concreto, explicando que a equidade se apresenta como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso sub *judice* (DINIZ, 1994). Nessa sua nova função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas ampliá-la às circunstâncias sócio-valorativas do fato concreto no instante de sua aplicação. Afinal, repete-se a veneranda definição de Aristóteles, de que equidade é a justiça do caso em concreto.

Sem dúvida, é de extrema importância que o juiz ao resolver uma lide use todos os instrumentos à sua disposição, dentre eles o princípio da equidade, para que possa tomar a melhor decisão e, assim, possibilite uma maior clareza processual, evitando, dessa forma, injustiças. Entretanto, há uma limitação na liberdade concedida aos juízes, visto que existem somente duas situações, em que o jurista pode utilizar o referido princípio, ou seja, quando houver lacunas ou quando a lei, assim o autorizar.

Sendo assim, vale ressaltar algumas situações em que a lei autoriza, expressamente, aplicar o princípio da equidade. Entretanto, a pesquisa não tem a pretensão de esgotar toda a legislação, mas, apenas, demonstrar como a lei autoriza a aplicação do referido

princípio. Assim, destaca-se alguns exemplos de situações em que a equidade está expressa na lei, senão vejamos:

Art. 7º CDC – Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Art. 8º CLT – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, [...]

Art. 6º JEC – O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, em julgado recente do TRT-17 - RO: 00002683520175170010, Relator: Alzenir Bollesi de Plá Loeffler, Data de Julgamento: 22/10/2018, Data de Publicação: 26/11/2018), o Juiz decidiu com base no princípio da equidade, demonstrando a possibilidade de decidir com base em princípios, quando a lei autorizar, senão vejamos:

DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO POR EQUIDADE E COM EQUIDADE. A fixação do quantum da indenização por dano moral, com base no artigo 944, do CC, compreende decisão por equidade, que deve levar em conta a extensão do dano e o caráter pedagógico-punitivo para o infrator e compensatório para a vítima, não podendo ser meio de enriquecimento nem de ruína para nenhuma das partes. Para a fixação do valor, portanto, o magistrado deve decidir com equidade, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à luz do caso concreto que lhe é submetido, bem como as condições socioeconômicas

da vítima e do ofensor. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO, 2018).

Diante do exposto, conclui-se que o é possível ver na prática a aplicação do princípio da equidade nas decisões judiciais, entretanto, há uma limitação no uso desse princípio, podendo somente decidir em duas situações, quais sejam, quando a lei for omissa e esgotar todas as possibilidades ou, quando estiver expressamente previsto em lei. Tem-se que o magistrado pode e deve decidir escolhendo sempre o que for mais justo no caso concreto. Além disso, o acesso à justiça é um direito fundamental, assegurado pela Carta Constitucional, sendo que o cidadão não somente tem o direito a procurar à justiça, como de ter uma decisão mais justa possível. Por fim, tomar uma decisão com equidade, é julgar com justiça, com base nos princípios que norteiam o ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o princípio da equidade pode ser um mecanismo na resolução de conflitos no caso concreto, entretanto, essa discussão não se encerra aqui, visto que é somente uma reflexão da extrema relevância do tema, diante da grande demanda judiciária. Além disso, também permitiu entender que em alguns casos, é possível o referido princípio atuar como uma alternativa auxiliando no alcance de uma decisão justa e efetiva.

De uma forma geral, o objetivo foi atendido, uma vez a equidade é meio alternativo, que está sendo utilizado como mecanismos na resolução de conflitos. Percebe-se que há interesse em utilizar esse instrumento como um meio mais justo de chegar a um resultado

satisfatório na conclusão do processo. Dessa forma, buscando meios para democratizar a relação jurídica, e implantação efetiva desse direito.

Como visto, a análise feita em relação ao conceito de justiça demonstrou que existe diversas concepções e significados do que vem a ser “justiça”. Importante destacar, que embora a justiça tenha múltiplas definições, não existe um conceito considerado errado.

O princípio da Equidade, sem dúvida, é um mecanismo essencial para que o juiz consiga decidir no caso concreto, de forma mais justa e eficaz na resolução dos conflitos. Antes, foi necessária uma distinção entre o princípio da equidade e o princípio da igualdade, visto que essa diferença tem uma relação direta com a justiça social. Sendo assim, ficou esclarecido, que enquanto, a igualdade preza pela equivalência a equidade analisa cada pessoa individualmente, evitando dessa forma, injustiças.

A efetividade do princípio da Equidade ficou demonstrado, uma vez que a jurisprudência que os magistrados estão utilizando o referido princípio nas decisões judiciais.

O magistrado pode e deve utilizar-se de meios alternativos de resolução de conflito, quando a lei for omissa ou, quando estiver, expressamente, discriminado na lei. Sendo assim, depreende-se que é possível ver na prática a aplicação do princípio da equidade, para que o cidadão não tenha somente acesso à justiça, mas uma prestação jurisdicional justa, equânime e célere.

Diante de todo exposto, é importante lembrar que, a pesquisa partiu da hipótese de que as decisões baseadas somente na letra de lei não são suficientes para almejar a tão “sonhada” justiça social, visto que o excesso de formalismo dificulta o acesso à justiça, mais ainda, não alcança o objetivo desejado pelas pessoas que buscam

o judiciário para resolver suas lides. Sendo assim, conclui-se que ao tomar uma decisão com equidade, sem dúvida, é julgar com justiça.

Portanto, a problemática abordada tem como intuito, a reflexão sobre como o princípio da equidade aplicado às decisões judiciais pode ser instrumento para alcançar a justiça social. Além disso, analisar de forma sistemática, como esse mecanismo pode contribuir na resolução desses conflitos de forma mais justa e célere.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.442, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

IGUALDADE. Dicionário online do wikiHow. Disponível em: <https://pt.wikihow.com/Citar-um-Dic%C3%A9rio>. Acesso em: 7 jul. 2020.

JUSTIÇA. Dicionário online Priberam. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/justi%C3%A7a>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PISKE, Oriana. Equidade: critério hermenêutico humanista. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/equidade-criterio-hermeneutico-humanista-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 8 jul. 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: ed. Saraiva, 2010.

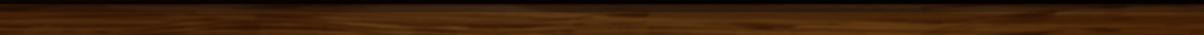
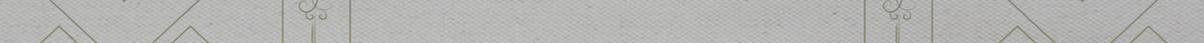
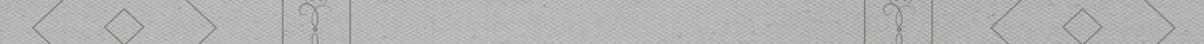
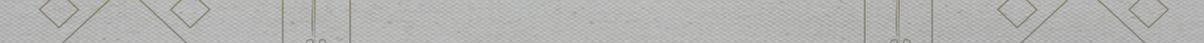
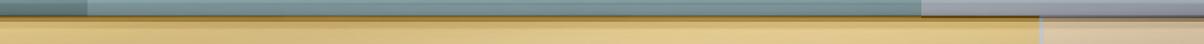
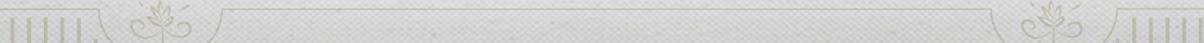
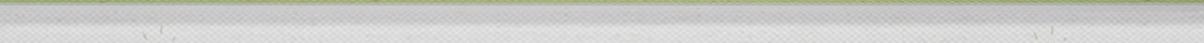
SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. Coleção Filosofia do Direito.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 241-269, 1998.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO. Recurso Ordinário trabalhista. RO 0000268-35.2017.5.17.0010. Danos morais. fixação do valor da indenização. decisão por equidade e com equidade. Relator: Alzenir Bollesi de Plá Loeffler, 26 de outubro de 2018. **JusBrasil**, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/651885167/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2683520175170010>. Acesso em: 8 jul. 2020.



**QUESTÕES TEÓRICAS E
JURÍDICAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**



AS DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA RELAÇÃO ENTRE SEUS REQUISITOS ESSENCIAIS E O GRAU DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA BUSCA PELA JUSTIÇA SOCIAL

Ane Michelina Dalbosco Battirola¹

INTRODUÇÃO

O fundamento da existência do direito ao mínimo existencial reside nas condições para o exercício das liberdades e para a garantia dos direitos humanos ou direitos naturais, pois são inerentes e nascem com a condição humana, constituindo direito público subjetivo do homem e, como os direitos fundamentais, possui *status constitucional*. É mais abrangente que o conceito de mínimo vital, aproxima-se do estado de necessidade e não se esgota no texto constitucional, sendo dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.

Os direitos sociais nascem sob a forma de princípios ou de normas programáticas, que indicam um fim sem especificar os meios para alcançá-los. Não violar esses princípios comissivamente não significa realizá-los, salvo se o efeito se dá por abstenção. Ocorre que na maior parte das situações os direitos sociais são violados por meio da omissão, da inércia estatal injustificada e/ou da abusividade governamental, provocando a intervenção e controle judiciais a fim de se evitar um retrocesso.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais na linha de pesquisa de ciências sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Tributário e em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Administração de Empresas e Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; anebattirola@uol.com.br

A primeira parte do artigo se propõe a demonstrar sua breve história, a qual explica o surgimento da noção de mínimo existencial no Brasil contextualizando com os acontecimentos importantes sobre esse tema em âmbito mundial. Após a análise da origem do termo e de sua primeira elaboração dogmática, o texto apresenta o conceito do tema à luz de outros conceitos que são caros à sua compreensão, como o de dignidade da pessoa e o de direitos humanos sob a ótica do constitucionalismo. Esse conceito geral, básico, é o aplicado de forma ampla pela doutrina sem sua vinculação a uma base teórica específica, sem maiores detalhes, apenas relacionando-o aos direitos fundamentais essenciais que necessitam de garantias por meio da prestação de serviços pelo Estado nas suas dimensões positiva e negativa.

Também a distinção entre o mínimo existencial, reserva do possível e mínimo vital se faz importante, posto que para fixar o conceito (abstratamente), o conteúdo deve ser mais aprofundado, levando-se em consideração que são conhecidos alguns parâmetros do que é necessário para uma vida digna, mas essas exigências variam de acordo com as condições econômicas, culturais e sociais de um povo e demandam diferentes graus de intervenção estatal.

A segunda parte deste artigo cuida da análise das prestações sociais exigidas do Estado para que ocorra justiça social. Esse “giro” realizado entre as várias matrizes filosóficas apontadas busca comprovar o argumento de que a identificação dos valores e requisitos específicos essenciais à garantia do mínimo existencial estão relacionados com os diferentes graus de intervenção Estatal, de acordo com a abordagem de cada teoria exposta.

Para tanto, a primeira questão a ser respondida é sobre quais são os requisitos (valores e direitos) necessários e defendidos por cada teoria para que uma vida digna seja garantida.

Após a identificação desses direitos, a segunda questão a ser respondida é sobre qual o grau de responsabilização Estatal ou individual/social pretendido para o alcance da garantia do direito fundamental ao mínimo existencial em cada teoria.

Por fim, por meio da conexão realizada entre as matrizes filosóficas diversas abordadas, a tônica está em demonstrar ao final, como conclusão, que o grau e a qualidade da intervenção Estatal esperado/desejado em cada teoria é determinado de acordo com a complexidade dos direitos pretendidos como garantia do mínimo existencial.

Para estabelecer essa relação, vários justilósofos são abordados em suas teorias no que se referem ao mínimo existencial, pois a intenção não é trazer todos os recortes do tema nas respectivas teorias – o que seria um objetivo inalcançável, tampouco assentar as críticas realizadas a cada posicionamento. O propósito é localizar a concepção de um mínimo existencial dentro o arcabouço teórico investigado nas diferentes perspectivas (utilitarista, libertária, liberal ou comunitarista) a fim de posteriormente relacionar os requisitos essenciais necessários à prestação dessa garantia com o grau de intervenção Estatal necessário para tal propósito na busca de uma sociedade mais justa.

O desenvolvimento foi feito a partir de pesquisa bibliográfica e documental, essencialmente doutrinária, mas com eventuais aportes da jurisprudência e da legislação, a partir de material nacional e estrangeiro. Procurou-se seguir a dialética como espaço metodológico prioritário, pois apesar da ideia do mínimo existencial se transformar em um ponto de consenso dos diferentes discursos juspolíticos contemporâneos, ocorre nítida oposição entre alguns aspectos dos princípios teóricos e divergências quanto à medida de responsabilização do Estado para o alcance dessas garantias.

A análise da pobreza cada vez mais deve ser realizada compreendendo-a como um problema multidimensional, que vai muito além da falta de recursos, porque priva capacidades além de liberdades. Portanto, o estudo da imprescindível garantia do mínimo existencial ocorre com a expectativa de contribuir para o debate e seu melhor entendimento, situando sua função na promoção da cidadania, demonstrando seu surgimento ao lado do conceito de direitos humanos, relacionando-o com o princípio da dignidade da pessoa e com a efetivação dos direitos sociais.

A noção de dignidade da pessoa envolve uma gama de considerações de ordem filosófica, cultural, política e histórica. O que se busca hoje, primordialmente, é unir, na medida do possível, todas estas formulações na busca de um sentido que, acima de tudo, dê eficácia à dignidade. A carência de construção teórico-dogmática ao mínimo existencial no contexto de uma sociedade heterogênea e pluralista incentiva contínuos estudos sobre a compreensão de direitos sociais necessários para a promoção de autonomia emancipatória dos indivíduos.

1 MÍNIMO EXISTENCIAL – HISTÓRICO, ORIGEM DO TERMO, CONCEITO E SUAS DIMENSÕES

Para a compreensão do conceito de mínimo existencial se faz necessária prévia análise de um breve histórico da evolução dos direitos humanos e direitos da dignidade da pessoa a fim de que se possa posteriormente estabelecer os fundamentos do conceito que conhecemos hoje, porque inegavelmente constitui ou se equipara a um direito fundamental.

Verificamos que os direitos humanos apresentam como antecedentes a filosofia de São Tomé de Aquino, na concepção em defesa do direito natural, na qual o homem era criatura feita à

imagem e semelhança de Deus (BRANCO, 2002). Esse fato denota a influência do pensamento cristão na construção do princípio constitucional da dignidade da pessoa. Portanto, ontologicamente, esse princípio não está fundado no materialismo, mas em uma noção do cristianismo que se mistura a conceitos como alma, livre arbítrio e espírito.

Foram nos séculos XVII e XVIII que surgiram as teorias contratualistas,² momento em que o ser humano deixou de viver como um ser natural e passou a viver como um ser que se destacava da natureza, criando suas próprias leis, sua moral, seus costumes e um conjunto de instituições para que a convivência fosse mais harmônica. O exercício da autoridade dos soberanos estava limitado no direito natural, decorrendo a primazia do indivíduo sobre o Estado.³

Como meio de afirmação e realização dos direitos humanos, surgiram as Constituições no Estado Liberal, em oposição ao absolutismo. Inspirada na Declaração da Independência Americana ocorrida em 04 de julho de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 representa a universalidade dos direitos consagrados, e “[...]”

² Alguns filósofos contratualistas: os ingleses Thomas Hobbes e John Locke, e o suíço Jean-Jacques Rousseau.

³ Esse recurso aos direitos naturais sofreu a erosão em função da influência dos utilitaristas, a exemplo de Bentham que classificava a ideia de direito natural de “*completely nonsense*” (SILVA, 2005).

⁴ A Declaração da Independência Americana ocorreu logo após a Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – de 16 de junho de 1776, a qual afirmava que todos os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história (COMPARATO, 2003). Declarava ainda que o governo deveria buscar a felicidade do povo, a separação de poderes, o direito a participação política, a liberdade de imprensa e o livre exercício da religião (RUBIO, 1998) de acordo com a consciência individual, corrigindo, portanto, a maior falha do *Bill of Rights* britânico que, segundo Comparato (2003, p. 92) “apresentou, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no Bill of Rights, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.”

afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.”⁵

Portanto, essa Declaração marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova era, cuja Declaração restou aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmando que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e de que todos os homens têm direito de ser, em todos os lugares, reconhecidos como pessoas (PIOVESAN, 2006). No Brasil, também assinada em 10 de dezembro de 1948, foi o marco inicial do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, inaugurando a concepção contemporânea que reconheceu a dignidade da pessoa humana, bem como efetivou sua internacionalização.

Considerando que essa Declaração possuía natureza jurídica de resolução sem forma cogente no âmbito internacional, houve a necessidade de criar um documento que conferisse maior efetividade aos princípios definidos por ela. Assim foi realizada em Viena, no ano de 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, sob o sistema de Organização das Nações Unidas, na qual mais de 180 dos Estados-membros presentes reafirmaram os termos universais da Declaração dos Direitos do Homem. Portanto, a Conferência de Viena veio consagrar e reafirmar o compromisso universal datado de 1948 (FACHIN, 2009).

Outro documento muito importante e com vinculação jurídica dos Estados foi o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 19 de dezembro de 1966, cujo artigo 7º prevê o reconhecimento do direito ao trabalho que assegure

⁵ Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (FERREIRA FILHO, 1978, p. 1).

remuneração suficiente para dotar o trabalhador e sua família de um mínimo de condições para a existência digna. O artigo 11 ainda dispõe sobre o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Nota-se que são direitos de subsistência que passam a ser protegidos, direitos mínimos de uma vida digna, posto que “melhoria contínua” pode ser entendido como também assistência à saúde e à educação.

Seguindo no exame dos documentos internacionais firmados pelo Brasil e relacionados ao mínimo existencial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, no seu artigo 4º enuncia o direito de toda pessoa a que sua vida seja respeitada. Contudo, a Convenção concentra-se nos direitos de primeira dimensão. Assim, em 17 de novembro de 1988, foi firmado um protocolo adicional, tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominado de Protocolo de San Salvador.⁶

Internamente, a história dos direitos humanos no Brasil está vinculada com a história das constituições brasileiras. A constituição de 1824 garantia direitos liberais e por mais que concentrasse poder nas mãos do imperador, foi rejeitada em massa por causa da dissolução da constituinte. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos contidos na constituição tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

⁶ Embora analisadas a fim de estabelecer relação com o mínimo existencial, mais precisamente sua história, foge ao escopo do presente artigo a análise de todas as disposições contidas nos tratados internacionais de direitos humanos. O debate é tema de diversas obras, por exemplo: *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional* (PIOVESAN, 2006). *Tratados Internacionais* (MAZZUOLI, 2004). *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: aspectos problemáticos* (SCHIER, 2007, p. 509-514).

A constituição de 1891, a primeira republicana, garantiu o sufrágio direto mas impediu que as mulheres, os mendigos, os analfabetos e os religiosos pudessem exercer os direitos políticos. Na questão dos direitos sociais, a Constituição de 1891, não faz nenhum tipo de abordagem, suprimindo o tema. Apesar de trazer a garantia do *habeas corpus*, não tratou da questão da reforma agrária e tampouco criou qualquer disposição legal para atender ou dar garantias aos escravos recém-libertos. Nessa constituição havia apenas temas referentes à soberania, separação de poderes, sistema representativo e liberdades civis, sendo considerada uma constituição fortemente liberal do ponto de vista econômico.

Com a Revolução de 1930 e o discricionarismo, dissolveram-se o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. A magistratura perdeu suas garantias. Foram suspensas as franquias constitucionais e o *habeas-corpus* foi amesquinhado. Obscureceram-se completamente os Direitos Humanos, o que só seria recuperado com a constituição de 1934, principalmente pelos direitos trabalhistas estabelecidos, cujo cumprimento à risca nunca ocorreu.

Em 1937, com o Estado Novo, os direitos humanos eram quase inexistentes. Essa situação foi só recuperada em 1946, com a restauração de direitos e garantias individuais, a exemplo do princípio da ubiquidade da justiça (artigo 141 § 4º), nestes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” Foi estabelecida a soberania dos veredictos do júri e a individualização da pena. Os direitos sociais foram ampliados.

Durante o Regime Militar houve muitos retrocessos, principalmente relacionados aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa. Durante o regime militar, comparada com

a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 apresenta graves perdas de direitos (trabalhistas, sociais, culturais), inclusive com determinações restritivas de liberdades, não se harmonizando com a doutrina dos Direitos Humanos.

Posteriormente, promulgada a Constituição de 1988 após duas décadas em um regime ditatorial onde garantias e direitos individuais foram suprimidos, esse documento consagrou dignidade da pessoa como fundamento da República Federativa do Brasil, esculpindo-o no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 – doravante CF/88 (BRASIL, 1988).

A proposta do resgate ético do direito como um todo inaugurou um novo momento no constitucionalismo nacional, comprometido com os ideais democráticos, com a defesa dos direitos humanos e inserindo objetivos mais programáticos. Contudo, foram inseridos muitos conceitos genéricos, aos quais inicialmente se negavam efeitos vinculantes, com alta carga valorativa, mas pouca aplicabilidade imediata. E é em resposta ao contexto político opressor e autoritário vivido que surgiu e até hoje existe o caráter impositivo destes preceitos.

Considerando que o mínimo existencial não tem dicção própria na CF/88 é que Barcellos (2008, p. 223) afirma que

a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionais com o tema.

Portanto, em relação à defesa dos direitos fundamentais, o discurso constante no texto constitucional é convergente quando se

trata da dignidade humana,⁷ possibilitando a leitura diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados. Essa conclusão advém de uma análise sistemática do próprio texto constitucional que eleva à categoria de princípio a dignidade da pessoa (art. 1º, III).

Segundo Sarlet (2007, p. 92), entende-se que:

A Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar os princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras informativas de toda a ordem constitucional inclusive (e especialmente), das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Da mesma forma se manifesta Barcellos (2002, p. 26-27):

As pessoas devem ter condições dignas de existência, aí se incluindo a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina. Ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político.

Se a justiça não pode ser pensada sem o princípio da dignidade da pessoa, então resta claro o seu valor supraconstitucional e pré-constituente (art. 3º, III da CF/88 – erradicação da pobreza e da

⁷ Previsão normativa – art. 5º, §§ 1º ao 3º da CF/88.

marginalização), não sendo submetido à ponderação em caso de colisão com outro(s) direito(s) fundamental(is) ou com outro(s) bem(ns) constitucionalmente protegido(s). Toda ação estatal deverá ser orientada no sentido de promover essa vida digna, consistindo em vetor interpretativo de suas ações ou omissões, possuindo força normativa indiscutível, porque dele irradia todos os direitos fundamentais e a maioria dos outros princípios encontrados na Constituição.

Esse breve histórico sobre a evolução dos direitos humanos internacional e nacionalmente traz um panorama da respectiva utilização e consideração histórica desse princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro e orientador estatal. E como já dito, é por meio da luta pelos direitos humanos que se impõe ao Estado o cumprimento das garantias mínimas necessárias a uma vida digna.

No centro do mínimo existencial encontra-se o mínimo vital. Porém, o mínimo existencial é mais amplo e engloba direitos sociais básicos, essenciais e indispensáveis a uma existência digna, revelando sua forte dimensão prestacional, conforme conceitos que passamos a analisar. Também conhecido como mínimo social ou direito constitucional mínimo, abrange todas as condições e elementos não apenas necessários para a manutenção de uma vida digna, mas também livre e participativa. Torres (2009) afirma que o *status* adquirido de dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nenhum indivíduo, independentemente de sua condição, pode ser privado.

Então o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital (para se sobreviver), que se refere à saúde, à alimentação saudável e outras necessidades básicas, mas também abrange condições socioculturais que asseguram à pessoa uma inserção, ainda

que mínima, na “vida” social. A educação, por exemplo, além de favorecer a inclusão, também propicia oportunidades, capacidade para o trabalho, que proporciona (presumidamente) vida digna.

Quanto à origem, a primeira elaboração dogmática desse direito a um mínimo existencial, considerado direito fundamental subjetivo a prestações foi desenvolvida na Alemanha, em decisão de 1975 pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha⁸, com base na dignidade da pessoa, no direito real de liberdade e no direito à vida, trazendo ao Estado a obrigação de ajuda social ao cidadão incapaz de prover o seu sustento (em razão de deficiência física ou mental com desenvolvimento pessoal/social impedido), esforçando-se para incluí-lo na sociedade, para estimular seu adequado tratamento, bem como criar as necessárias instituições de cuidados.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda não desenvolveu com clareza a temática da fundamentação do mínimo existencial, mas já o mencionou em várias decisões cuja análise se pode inferir que segundo a Corte esse direito foi acolhido pela ordem constitucional brasileira como direito fundamental, assegurando vida digna, liberdade e segurança.

Para Torres (2009, p. 70-72), há duas dimensões delimitadas: “o mínimo existencial é um direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não se convertem uma na outra ou se completam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa.” Logo, a dimensão negativa impede que o Estado e outros indivíduos atuem contra a obtenção ou manutenção de condições materiais indispensáveis para uma vida digna e a dimensão positiva abarca prestações materiais vocacionadas à realização deste mínimo.

⁸ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. BVerfGE 40, 121 (1975).

Do ponto de vista penal, a teoria ou princípio da coculpabilidade caracteriza-se por tornar o Estado corresponsável pelo cometimento dos delitos daqueles que são menos favorecidos e não tiveram o mínimo existencial. Sendo assim, trata-se de meaculpa da sociedade, aplicando-se menor reprovabilidade quando o autor do crime é hipossuficiente, com alto grau de vulnerabilidade, caracterizando-se o Estado, nesse caso, como inadimplente em sua obrigação, devendo, assim, responder conjuntamente pelo delito (GRECO, 2011).

Para Sarlet (2007) pode-se também encontrar referência ao mínimo existencial nos princípios de justiça tributária, especialmente na capacidade contributiva. Há também a defesa da progressividade tributária e o avanço histórico (ainda muito insuficiente) da incidência de impostos diretos em detrimento dos indiretos. No Estado Fiscal de Direitos se modifica o tratamento dado à pobreza, aplicando-se regras de imunidade (*status netativus*)⁹ e isenção (TORRES, 1999) a fim de proteger o mínimo existencial, ou seja, o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Quanto às prestações positivas,¹⁰ reconhecem-se aquelas que possuem plena exigibilidade judicial (se reconhece eficácia jurídica imediata) e buscam garantir as condições de liberdade e

⁹ Citando alguns exemplos, o imposto de renda não incide sobre um mínimo considerado imprescindível à sobrevivência do declarante, nem sobre os valores percebidos utilizados para a subsistências de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta (embora em lei ordinária, remete ao texto constitucional – imunidade implícita). Explicitamente, há imunidades de taxas para o direito de petição (art. 5º, XXXIV da CF/88), gratuidade da ação popular, habeas data e habeas corpus (art. 5º, LXXIII e LXXII da CF/88), assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV da CF/88), gratuidade de documentos cartorários (art. 5º, LXXVI da CF/88), dentre outras.

¹⁰ A proteção positiva do mínimo existencial se realiza por meio da entrega de prestações de serviços públicos específicos e divisíveis (gratuitos) e pelas subvenções de auxílios financeiros a entidades filantrópicas educacionais (públicas ou privadas).

a segurança do mínimo existencial: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e incapazes e acesso à justiça (esse último como elemento instrumental). Cabe então ao Estado também as prestações positivas da função jurisdicional gratuita aos menos favorecidos, assim como as prestações policiais, de assistência social, das forças armadas, da diplomacia, dentre outras.

Considerando que a Constituição pátria não oferece comando para a alocação de recursos, fica a cargo dos entes políticos decidir sobre as estratégias financeiras e de cunho social a seguir (BRANCO, 2002). Apenas para ressaltar a importância da discussão acerca da inércia estatal no cumprimento dos dispositivos sobre o mínimo existencial, esclarece-se que como prestações são realizadas por meio de políticas públicas, hoje é muito comum, e cada vez mais, a alegação do Estado da “reserva do possível” como elemento defensivo para eximir-se de suas responsabilidades para com o mínimo existencial. Desse modo, o Judiciário tem intervindo cada vez mais no âmbito do executivo para garantir essas prestações necessárias na efetivação dos direitos fundamentais. Os Estados, contudo, alegam que dependem sempre de disponibilidade financeira e que falta legitimidade democrática ao poder judiciário para a imposição de implementação de políticas públicas, com base no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e na discricionariedade administrativa de conveniência e oportunidade.

Do ponto de vista moral, considerando que o direito à vida, à saúde e à integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico, o Estado tem o dever de mitigar eventual situação individual de carência e os principais fundamentos morais dessa obrigação são: garantir a liberdade real; proteger os pressupostos da democracia e atender as necessidades materiais humana

básicas. Esses princípios constituem um fim em si mesmos, os quais se impõe independentemente da sua utilidade para outros fins (SARMENTO, 2009).

Um conjunto básico de prestações sociais é parte essencial da cidadania democrática. Assim, a função do mínimo existencial é a promoção e a (re)construção da cidadania, cujo conteúdo deve abranger um índice equitativo de bens primários sociais e/ou as condições materiais (fáticas) que possibilitem às pessoas o acesso a esses bens, considerando as peculiaridades da sociedade.

2 RELAÇÃO ENTRE OS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O GRAU DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA BUSCA PELA JUSTIÇA SOCIAL¹¹

Como já visto, o mínimo social pode ser compreendido de forma mais ampliativa ou restritiva, conforme o local, o período da história e também a orientação do intérprete. Tanto pode estar relacionado às necessidades básicas humanas, vitais, quanto à vida com dignidade ou à interação social e ao pleno exercício e desenvolvimento de capacidades.

Partindo do pressuposto que a função constitucional do mínimo existencial carece de construção teórico-dogmática no contexto de uma sociedade heterogênea e pluralista atual, ao analisar a sua relação com a justiça social ocorre uma identificação com o conceito que se busca de cidadania em relação aos direitos sociais na direção de uma autonomia emancipatória do sujeito.

A compreensão do mínimo existencial à luz das teorias sociais revela a importância que filósofos e jusfilósofos deram ao tema, que

¹¹ Os autores filósofos abordados nesse artigo são estudiosos do tema “justiça social” e “integração social”, em cujas obras podem-se encontrar substratos para a defesa de um mínimo existencial.

varia conforme a perspectiva adotada, se utilitarista, liberal, libertária ou comunitarista, às quais se agregam vários direitos, valores e requisitos (bem-estar, recursos, capacidades, oportunidades, entre outros) que, quando alcançados, resguardam a garantia do mínimo existencial aos indivíduos em sociedade.

Sem embargo da importância de todas as correntes, o foco desse artigo está em fazer as suas correlações com o mínimo existencial, contrapondo alguns aspectos considerados importantes, porque muitas vezes antagônicos, mas concorrentes na busca do objetivo final por uma vida digna em sociedade. Por esse motivo, foram escolhidos alguns autores que em seus estudos demonstraram uma preocupação com o tema a fim de responder duas questões que comprovam a tese de que o grau e a qualidade da intervenção Estatal esperado/desejado em cada teoria é determinado de acordo com a complexidade dos direitos pretendidos como garantia do mínimo existencial.

Assim, em resposta à primeira indagação, buscar-se-á destacar quais são os requisitos (valores e direitos) necessários e defendidos por cada teoria para que uma vida digna seja garantida.

Após a identificação desses direitos, a segunda questão a ser respondida é sobre qual o grau de responsabilização Estatal ou individual/social pretendido para o alcance da garantia do direito fundamental ao mínimo existencial em cada teoria.

Iniciando pela teoria utilitarista, Jeremy Bentham foi um dos primeiros autores que se tem conhecimento a se referir à ideia do mínimo existencial, por ele tratado como mínimo ético existencial, expressões utilizadas para conotar a mesma ideia, com a Teoria do Mínimo Ético,¹² a qual apresenta o argumento de que o Direito

¹² Teoria posteriormente desenvolvida/aperfeiçoada por Georg Jellinek.

resguarda somente os valores imprescindíveis à manutenção da sociedade.

A dignidade humana não é absoluta em uma teoria utilitarista, portanto. Isso significa dizer que é moralmente justificada uma prática que retire o direito à vida digna de um indivíduo se a finalidade for a de acrescentar o bem-estar coletivo. Não há, outrossim, moralidade intrínseca a atos no utilitarismo. A moralidade das ações é julgada mediante as consequências por elas geradas.

Para essa teoria, ao não considerar o valor da dignidade humana – direitos individuais, reduzindo suas concepções a uma escala de prazer e dor, a melhor ação sempre seria aquela considerada mais útil, motivada a produzir o maior sentimento de bem-estar (PALERMO, 2015).

Stuart Mill, por sua vez, aproxima os direitos individuais, tornando mais humana a teoria “calculista” utilitarista até então. Defensor da liberdade, desde que não trouxesse como consequência algum mal aos outros, ainda defendendo a utilidade como objetivo final, Mill baseou seus argumentos na análise da evolução permanente das necessidades e interesses dos homens, analisando esse objetivo em longo prazo e o respectivo interesse social alcançado,¹³ fato que promoveria o desenvolvimento de novas faculdades (MILL, 1863, tradução nossa). Na análise entre os diferentes prazeres e dores em suas diferentes intensidades, Stuart Mill aproxima-se à análise da dignidade essencial ao ser humano. Os prazeres mais elevados alimentam os desejos humanos pela dignidade, portanto.

Com isso, respondendo às questões propostas, sob o ponto de vista utilitarista, o objetivo da ação moral deve ser o bem-estar em todos os níveis (intelectual, físico e moral). Os requisitos à vida digna é a vida com liberdade, é a vida com bem-estar social, agentes

¹³ O que foi chamado de “utilitarismo de regra”.

proporcionadores da felicidade. Nesse contexto, todas as normas são morais e aquelas consideradas mais relevantes para a sociedade são transformadas, pelo Estado, em normas jurídicas. O Estado, portanto, intervém como poder “normatizador” e as prestações são efetivadas com o objetivo de garantir a maximização da utilidade das ações ao maior número de pessoas, não se preocupando, *prima facie*, com a garantia de direitos fundamentais individuais.

Em relação à teoria liberal, salienta-se a clara compreensão reduzida dos direitos subjetivos, que provoca uma interpretação funcional da ordem dos direitos privados, onde a promoção da liberdade ou garantia de direitos positivos para alguns implica na redução para outros.

Nesse sentido, o liberalista radical Robert Nozick foi grande defensor de um Estado mínimo e contestou teses políticas sociais liberais, socialistas e conservadoras, expondo nova teoria sobre justiça distributiva, questionando os atos e a legitimidade do Estado moderno quando esse utiliza de seu aparato coercitivo-jurídico para forçar o indivíduo e violar seus próprios direitos. Em uma leitura tradicional sobre a liberdade, o autor afirma que a atuação do Estado importa em intervenção heterônoma sobre as relações sociais ou, no mínimo, em tributação da atividade econômica privada, destinada à obtenção dos recursos necessários ao financiamento das prestações e serviços estatais, ocorrendo nítida restrição à liberdade individual (NOZICK, 1994). Nozick (1997) afirma que há limites morais às liberdades pessoais e a obrigação dos indivíduos de contribuir materialmente para com a sociedade.

Também contrapondo então de maneira diversa a ideia de justiça social distributiva, o liberal Friedrich Hayek prevê a necessidade de garantia de uma renda mínima. Contudo, em defesa de um Estado mínimo, o autor entende que sua força se restringe

à fiscalização e imposição de cumprimento de contratos. No seu entender, quando se impõem princípios de distribuição de bens, os direitos do homem são violados. Para Hayek (1985, p. 82), com o intuito de realizar a justiça social fazer com que “se organizem de modo a possibilitar a distribuição de cotas do produto da sociedade aos diferentes indivíduos ou grupos” configura verdadeira injustiça.

Quando o autor considera que os indivíduos são livres para utilizar suas capacidades e perseguir os fins que desejam, estabelece que os resultados obtidos não podem ser imputáveis a alguém como injustos. Na ótica de preservação de mercado enquanto garantidor de bem-estar e da liberdade das pessoas, a renda mínima garante o acesso das pessoas ao mercado, servindo à liberdade. Nesse contexto, Hayek (1985, p. 108-109) afirma claramente que

Não há razão para que, numa sociedade livre, o governo não garanta a todos proteção contra sérias privações sob a forma de uma renda mínima garantida, ou um nível abaixo do qual ninguém precise descer. [E] Participar desse seguro contra o extremo infortúnio pode ser do interesse de todos; ou pode-se considerar que todos têm o claro dever moral de assistir, no âmbito da comunidade organizada, os que não podem se manter.

Em vista do exposto sobre a teoria liberal, a resposta às investigações propostas aponta para o fato de que a vida digna é alcançada pela garantia do mínimo vital. A garantia de uma renda mínima – dignidade econômica – é o requisito para que este seja alcançado. O processo de integração social ocorre, conseqüentemente, calcado no mercado e no fomento negativo dos direitos fundamentais individuais por parte do Estado, que intervém então minimamente.

Dentre os liberalistas igualitários, é curioso o contraponto apresentado pela visão do tema expressada por Ronald Dworkin,

que apesar de assumir posições progressistas no campo da justiça social, em sua teoria sobre a interpretação constitucional aberta aos influxos da moralidade política sempre alegou a dificuldade do reconhecimento constitucional de direitos sociais, mesmo daqueles ligados à garantia do mínimo existencial.¹⁴

A subjetividade exposta no conceito de mínimo existencial justifica as presunções de Dworkin:

Entre esses direitos figuram no mínimo os direitos à liberdade de consciência, compromisso, expressão e religião, e à liberdade de escolha em assuntos relativos aos aspectos centrais ou importantes da vida privada do agente, como emprego, organização familiar, privacidade sexual e tratamento médico. Cada pessoa acrescentará outros direitos a essa lista. Classificará de maneira diferente os diversos direitos que reconhece e terá opiniões diferentes sobre quais emergências ou metas sociais urgentes justificariam restrições às liberdades cujos direitos, caso contrário, protegeria. (DWORKIN, 2005, p. 168).

Então, na sua pesquisa político-constitucional, fica evidenciado que Dworkin (especialmente em sua obra “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”), por meio da filosofia existencialista, procura conciliar as ideias abordadas sobre o tema nas diferentes teorias filosóficas, fazendo emergir de forma crítica a necessidade do princípio da responsabilidade do indivíduo, que deve saber cuidar de si e da comunidade. Logo, cabe ao indivíduo buscar o seu mínimo existencial e ao Estado garanti-lo. Em uma perspectiva democrática, portanto, é por meio da participação da comunidade

¹⁴ Para Lawrence Sager (2010, p. 579), “sempre foi um tanto misteriosa a razão pela qual Dworkin, com a sua visão generosa sobre o conteúdo da Constituição, e o seu compromisso com um modelo de interpretação constitucional sempre aberto a diretrizes do mundo da justiça política, tenha se inclinado a deixar órfãos os direitos materiais.” O autor acredita que essa posição de Dworkin não deriva da sua postura filosófica moral, mas na presunção da incapacidade do poder judiciário de efetivamente julgar a fim de garantir esses direitos.

que ele é estabelecido, sendo oficializado posteriormente pelas políticas do Estado.

Para Montarroyos (2013, p. 117), Dworkin defende que medidas de base devem ser implementadas a fim de complementar os efeitos de justiça social desejada e que o

mínimo existencial além de ser garantista seja motivacional; isto é, que sua estrutura não seja rígida, estática, nem paternalista, e incentive seus beneficiários a buscarem livremente o seu próprio máximo existencial [...] que não deixariam as pessoas acomodadas ao dinheiro da nação ou dependentes 'à dor e à delícia' do mínimo existencial.

Em resposta às questões propostas, infere-se que para o liberalismo igualitário de Dworkin, o direito ao mínimo existencial não é um direito fundamental constitucional. Dessa forma, o requisito à vida digna é a participação pelo indivíduo na comunidade, pois é de responsabilidade do próprio indivíduo apontar as suas necessidades básicas para que essas sejam supridas após a análise do Estado. Assim, a posição de Estado mínimo continua, como no liberalismo clássico.

Diferentemente, fiel à teoria liberal, Rawls (1997, p. 5-7) na primeira parte de "Uma teoria da justiça" afirma que embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo, é também marcada por um conflito de interesses. Então, para a comunidade humana ser viável, exige-se o estabelecimento de princípios que ordenem a sociedade, ou seja, de uma concepção de justiça. Nesse sentido, os princípios de justiça "fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social." Assim,

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura. (TORRES, 2007, p. 112).

Logo, para Rawls (2000), o mínimo social é considerado como um elemento essencial constitucional (embora não reste claro se se trata de um direito fundamental), garantidor das necessidades básicas do indivíduo, enquanto o desenvolvimento do princípio da diferença continua sendo de competência do legislador. Considerado como essencial ao exercício das liberdades, o mínimo social é situado fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da construção da justiça social.

O autor demonstra preocupação com um ambiente em que os indivíduos possam efetivamente realizar seus planos de vida, tendo asseguradas condições materiais mínimas na busca da paz democrática, na garantia aos cidadãos da manutenção e na preservação dos direitos humanos (RAWLS, 2001). Ao explicitar alguns desses direitos, Rawls ainda se refere aos meios de subsistência dos povos, identificando-se novamente preocupação com a satisfação das condições elementares de vida das pessoas (RAWLS, 2001).

Então, em respostas às questões propostas, para Rawls, enquanto elemento social constitucional, percebe-se que o mínimo existencial, referido como “mínimo social” equivale ao “mínimo existencial”, não dependente, mas relacionado ao princípio da diferença que, por sua vez, relaciona-se com a distribuição dos bens na sociedade e determina que a todos deve ser garantida uma posição de igual oportunidade. O estabelecimento de uma renda básica mínima, de ações afirmativas são exemplos de ações

para esse fim, pois os requisitos para essa garantia é o acesso pelo menos aos bens básicos, tornando a condição inicial justa. Isso não significa que não haja mais desigualdade, mas essa desigualdade será pelo menos aceitável para os que se encontram na base da pirâmide social. Nesse sentido, cabe a garantia, pelo Estado, de um mínimo social. Por fim, Rawls também indica um dever de assistência mútua entre os povos em tempos difíceis de modo a garantir, na medida do possível, a satisfação das necessidades básicas de seus integrantes.

Dada a imprescindibilidade de uma teoria da justiça como base filosófica para a práxis e a necessidade de complementação da justiça como equidade, examina-se também a interpelação do mínimo existencial em bases teóricas na abordagem das capacidades em três versões importantes: a versão original de Amartya Kumar Sen, a versão normativa de Martha Craven Nussbaum e a versão democrática igualitária de Elizabeth Anderson.

Para Amartya Sen, na intenção de complementar as “lacunas” deixadas por Rawls a fim de compreender o mínimo existencial enquanto direito fundamental social, em extratos da sua teorização conhecida como *capabilities approach*,¹⁵ inicialmente concebida para instituir uma nova ética para o desenvolvimento internacional, seus estudos defendem que o enfoque deve ser direcionado à resolução dos problemas particulares de justiça.

O autor explica que mesmo adotando a ideia de que uma posição imparcial seria mais justa, a realidade nos leva a considerar que nem sempre as pessoas agem com a razão e de forma imparcial

¹⁵ Abordagem das capacidades (tradução nossa). Os estudos de Amartya Sen buscaram apresentar uma compreensão mais profunda das razões econômicas por trás da fome e da pobreza, a justiça, a desigualdade social, a ética e o desenvolvimento. Sobre o tema da liberdade humana, essa não tem apenas a ver com os direitos teóricos, mas significa ter acesso e oportunidade às coisas importantes para cada indivíduo, como por exemplo o ‘simples’ ato de escolha.

(modelo de justiça seria utópico), e é por esse motivo que o autor procura a capacidade de oportunizar a escolha racional à pessoa, deixando-a livre para raciocinar os seus atos/consequências e os dos outros.¹⁶

Perceber a extensão da liberdade efetiva dos indivíduos em realizar o tipo de vida que pretendem permite um melhor direcionamento do conteúdo do mínimo existencial, de acordo com a pluralidade da sociedade atual, retirando o foco exclusivo da capacidade econômica do indivíduo e da análise do PIB (produto interno bruto) para medir a qualidade de vida de uma sociedade. Embora a teoria de Amartya Sen ainda não forneça elementos suficientes para uma apropriação dos elementos do conceito de mínimo existencial (devido ao seu nível de abstração), não nega o fato de que sem isso, uma considerável parcela da população seria tolhida de fazer suas escolhas, sem qualquer capacidade de dirigir suas vidas. Assim, aliviando a situação de carência, o mínimo existencial permite aos cidadãos que participem do processo democrático (SEN, 2000).

O mínimo existencial deve ser ampliado a fim de permitir a existência digna das pessoas para os indivíduos terem melhores condições de realizarem seus direitos de liberdade e terem suas necessidades individuais atendidas (relativas à personalidade, participação e integração comunitária). O aumento da liberdade é essencial ao desenvolvimento, isto é, o desenvolvimento não deve ser apenas medido através da economia.

Então, em resposta às indagações, de acordo com a teoria moral do argumento econômico de Amartya Sen, o requisito à

¹⁶ Essa capacidade é “o potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar.” (SEN, 2011, p. 267). É um termo que abrange “oportunidade”, que reflete liberdades substantivas: Se a alguém é capaz de fazer algo, dada a oportunidade para que realize, também é capaz de escolher não o fazer.

garantia do mínimo existencial é a satisfação das necessidades básicas que permita o exercício da liberdade ao indivíduo para realizar suas escolhas (aliviar a situação de carência). A liberdade está vinculada a não intervenção/coação Estatal, e também está vinculada aos direitos sociais, econômicos e culturais. O Estado, na função de assistência pública, garante o progresso coletivo por meio da promoção do desenvolvimento das capacidades reais estabelecidas pelas disposições sociais.

Dentre as teorias que buscaram o aperfeiçoamento da teoria das capacidades de Amartya Sen, estão os estudos de Martha Nussbaum, a qual define que tais capacidades devem ter representação na realidade dos indivíduos e não apenas influenciarem ou determinarem suas liberdades de escolhas. Para que isso ocorra de fato, um cenário de implementação de políticas públicas pelo Estado deve ocorrer sem desconectar os problemas do período histórico e da realidade local.

Em sua teoria descreve como pré-requisito para uma vida ética a necessidade de reconhecimento da emoção e da dor das próprias vulnerabilidades e com base nesse pensamento enuncia uma lista de capacidades humanas essenciais com os respectivos elementos necessários para se garantir uma vida digna, sendo que uma sociedade é justa quando proporciona que todos os seus cidadãos tenham acesso e possam exercer as capacidades elencadas,¹⁷ a fim de possuir minimamente o direito à dignidade

¹⁷ Essa lista de capacidades é estabelecida pela própria autora como incompleta (sem número exaustivo de dimensões) e flexível (passível de passar por reformulações). Nussbaum utiliza o conceito de capacidades como de direitos e garantias fundamentais, as quais deveriam ser promovidas para cidadãos através dos governos a fim de garantir o respeito e o pleno exercício da dignidade humana. Essas capacidades são não apenas vistas como necessidades, também recebem o status de valores – dimensões que possuem valor em si mesmas (NUSSBAUM, 1998, tradução nossa).

humana, independente de resultados econômicos elevados (NUSSBAUM, 1998).

Uma teoria de justiça deve ser universal e não deve ser considerada somente uma abordagem das capacidades, mas uma abordagem dos direitos humanos (NUSSBAUM, 2013). Por esse motivo, é preciso ainda transpor a marginalização concedida aos grupos marginalizados reconhecendo todos como indivíduos e cidadãos, passíveis de direitos e garantias que devem ser respeitadas (portadores de deficiências, vulneráveis com proposta pelo Estado de inclusão como medida básica).

É notório que a teoria de Nussbaum visa resguardar as diversidades sociais. Os questionamentos propostos levam às respostas de que a garantia do mínimo existencial e a qualidade de vida por meio do uso da liberdade tem como requisitos mínimos a vida, a saúde corporal, a integridade corporal, a preservação do sentido-imaginação-pensamento, as emoções, a razão prática, a afiliação, outras espécies, jogo e controle sobre o ambiente. O Estado intervém proporcionando condições para seu livre exercício, integrando-as no corpo social para uma sociedade mais humanizada.

Também aperfeiçoando a teoria de Sen, Elizabeth Anderson, em uma abordagem própria de capacidades denominada igualdade democrática faz a vinculação dos objetivos da justiça com a criação de uma comunidade na qual há relação de igualdade entre os indivíduos. Sem existir relações de dominação, ocorre a aproximação das capacidades com a cidadania, alcançando igualdade democrática, portanto.

A autora Anderson (1999), embora enalteça os argumentos e teorias de Anderson, Dworkin e Rakowski,¹⁸ discorda deles no sentido de que uma situação de equidade não se define apenas pela garantia de níveis mínimos de bem-estar ou doações de “fortunas”, tampouco se define como caráter compensatório à má sorte do indivíduo¹⁹ ou devido às suas más escolhas da vida adulta.

Além de distribuir recursos, uma situação de igualdade entre indivíduos exige distribuição de lazer, saúde, educação, cultura, bem-estar, etc. Há um pseudodilema igualdade *versus* liberdade, pois na verdade existe uma relação intrínseca entre elas. Se não há condições iguais de disputa e competição, é improvável o exercício da liberdade em plenitude. Portanto, a liberdade só existe se não estiver comprometida por condições e limitações sociais alheias ao ato de autodeterminação e deliberação dos indivíduos. “Uma sociedade que permita que os seus cidadãos sucumbam às piores formas de indignidade, devido, muitas vezes, a escolhas totalmente razoáveis, certamente não os trata com respeito.” (ANDERSON, 1999, p. 302-303).

Em um Estado democrático os cidadãos precisam dispor de capacitações necessárias para atuarem como iguais. Elizabeth Anderson eleva essas capacitações às categorias de direitos

¹⁸ Anderson (1999) propõe que a todos sejam garantidas oportunidades iguais para o bem-estar. Ao atingir a idade adulta, todos devem enfrentar uma variedade de opções e suas escolhas dependem das respectivas histórias de vida. Uma vez garantidas essas oportunidades, o destino das pessoas é determinado, portanto, por suas escolhas e por sua sorte. Assim como as teorias de Dworkin (na sua versão de igualitarismo como distribuição de recursos) e Rakowski, a teoria de Anderson (1999) garante a igualdade, na verdade até uma vida minimamente decente, apenas *ex ante*, as escolhas adultas. “Igualitarismo da sorte” (ANDERSON, 1999, tradução nossa).

¹⁹ Elizabeth Anderson explica que essa noção falha de igualdade gera problemas difíceis de serem contornados, pois para muitos a negação de seus ganhos/receitas próprios em prol do prazer ou satisfação do outro é inadmissível. O bem-estar compreende uma esfera intimista dos sujeitos e de extrema relativização e variação fazendo com que o substrato conceitual do igualitarismo como distribuição, ou melhor, redistribuição, é a compressão da igualdade como uma espécie de compensação por má sorte não merecida (ANDERSON, 1999, tradução nossa).

constituídos. Essa base fundamenta o igualitarismo democrático que exige a satisfação de amplas capacitações para que os indivíduos funcionem como humanos, em forma de cooperação e com o objetivo de não permitir que o indivíduo seja passível de opressão, tanto na esfera pública quanto na privada. Portanto, o igualitarismo democrático precisa assumir o espaço do livre mercado e da economia dentro de suas implicações práticas. Desse modo, ao contrário do igualitarismo da sorte, não entrega os indivíduos à regência desses meios alegando uma espécie de servidão voluntária ou má sorte opcional.

Em resposta às interrogações propostas, quando se considera a análise democrática igualitária de Elizabeth Anderson, pode-se apresentar que a garantia do mínimo existencial vai além da distribuição de recursos (um salário-mínimo básico). Uma situação de igualdade entre indivíduos exige requisitos como distribuição de lazer, saúde, educação, cultura, bem-estar, etc. Ao questionar a estrutura de oportunidades geradas pelos mercados em resposta às escolhas das pessoas, pode-se afirmar a abordagem demanda a presença de um Estado interventor, que age para que os cidadãos estejam em condições de igualdade entre si e não estritamente preocupados na garantia do recebimento de uma recompensa moral.

O comunitarista Michael Walzer, por sua vez, ao se preocupar com uma sociedade organizada de forma justa, opõe-se à subordinação e à dominação. A partir da valorização da multiplicidade de identidades existentes na sociedade, o autor enfatiza a comunidade em detrimento do indivíduo. Em sua obra “Esferas da Justiça”, ao elaborar a teoria dos bens, o autor lida com a variedade de bens sociais e os respectivos critérios de distribuição,

construindo a teoria da igualdade complexa²⁰ onde cada bem social (saúde, trabalho, dinheiro, lazer, etc.) é distribuído de acordo com as concepções sociais e a cultura de cada comunidade.

A justiça sobrevém, portanto, quando a distribuição desses bens ocorre de acordo com o valor particular que possui. Uma esfera não domina as demais. Para evitar a dominação e a injustiça, deve-se impedir a conversibilidade dos bens, mantendo as esferas e seu critério de distribuição autônomos para que a distribuição se estabeleça por meio de troca, de necessidade, de mérito ou uma quarta possibilidade denominada como “ausência de critério”, a qual abrange bens aos quais o acesso deve ser irrestrito e geral (WALZER, 2003).

Assim, “seja qual for a decisão final, sejam quais forem os motivos, fornece-se segurança porque os cidadãos precisam dela. E já que, em certo nível, todos precisam dela, o critério da necessidade continua sendo padrão fundamental [...], mesmo que não seja possível definir prioridade e grau.” (WALZER, 2003, p. 90). Desse excerto pode-se verificar a preocupação do autor com o amplo acesso a algumas condições elementares à vida dos cidadãos, as quais considera como fundamentais.

Quando estabelece os conceitos de moralidade mínima e máxima,²¹ em sua obra *“Thick and Thin: Moral argument at home and abroad”*,²² Walzer enfatiza que os direitos humanos compõem

²⁰ “A argumentação pela igualdade complexa começa com nossa interpretação – isto é, nossa interpretação real, concreta, positiva e particular dos diversos bens sociais. Em seguida, passa a uma teoria do modo como nos relacionamos uns com os outros por intermédio desses bens. [...] A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.” (WALZER, 2003, p. 23).

²¹ A primeira (*Thin*) é a moralidade mínima ou nuclear, associada ao aspecto universal do indivíduo, que é sua própria humanidade. Ao lado desta, há a moralidade máxima ou plena (*Thick*), que decorre da vida comunitária (WALZER, 2002).

²² Excertos do texto de tradução nossa.

a moralidade mínima. Contudo, é na qualidade de membro de uma determinada comunidade que os indivíduos gozam de seus direitos. Então, ainda que a camada relativa à moralidade mínima é o objeto de interesse desse artigo, porque o autor a identifica como um conjunto de necessidades e direitos básicos do homem, é a sua relação com a moralidade máxima, ainda que indiretamente, que permite a vida em comunidade.

Essa moralidade universal mínima assume o papel de limitadora de comportamentos individuais, essencialmente nas suas formas negativas, tais como não matar, não torturar, não oprimir, dentre outras. Então, embora Walzer não expresse literalmente o seu conceito sobre o mínimo existencial,

em vários momentos [...] acaba por reconhecer que há um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem de sua humanidade, daí sua universalidade, sem os quais o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quer que seja com os demais homens. (BARCELLOS, 2007, p. 124-125).

Analisando a teoria da igualdade complexa, em resposta às questões propostas, percebe-se que o autor identifica a necessidade como um critério à assistência social, à segurança, ao bem-estar social e a igualdade como o acesso à educação básica. O Estado intervém diretamente por meio de prestações positivas: água, alimentos, saúde pública, sistema judiciário, etc.; e cada bem social (saúde, trabalho, dinheiro, lazer, etc.) é distribuído de acordo com as concepções sociais e a cultura de cada comunidade.

Por fim, após tantas relações, correlações e diferenças expostas entre diferentes teorias filosóficas sobre o mínimo existencial, estudos atuais sobre pobreza e economia apontam para a necessidade do estabelecimento de uma renda mínima

universal (RBU)²³ com utilização de inteligência tecnológica como uma das dimensões para se combater a pobreza mundial. Em meio a um cenário de desemprego que afeta o bem-estar e o consumo, a renda básica se opõe às políticas tradicionais fragmentadas, burocráticas e judicializadas. Há estudos robustos publicados tanto relativos ao aumento da demanda por uma renda mínima (causado principalmente pela desigualdade, automação e globalização), quanto à indicação eficaz da transferência de renda universal para a redução da pobreza sem que haja nenhum fosso ideológico que contamine o debate (GENTILINI *et al.*, 2020).

A proposta dessa renda ultrabásica universal tende a acirrar daqui para frente muitos debates não só na área de ciência política e economia, mas também nas áreas sócio filosóficas ao passo que esses estudos demonstram na prática a insuficiência na promoção de equilíbrio social por um Estado que doa alimentos, cobertores e promove a liberação de microcréditos à parte da população. Esses “recebidos” não garantem autonomia, não permitem o direito de escolha, não propiciam o desenvolvimento de capacidades nem sequer da liberdade para assumir riscos, para migrar, tampouco promovem o necessário sentimento de segurança.

CONCLUSÃO

A Teoria do Mínimo Existencial, enquanto subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais busca respaldar as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria, bem como fornecer teorização suficiente para amparar os pleitos processuais em face do poder

²³ “RBU” é a sigla com tradução para “UBI – *Universal ultra basic income*”. Parte da tese integrante do estudo que rendeu o Prêmio Nobel de Economia de 2019 à Abhijit V. Benerjee, Esther Duflo e Michael Kremer (BENERJEE; NIEHAUS, SURI, 2019), resultado de estudos repensados sobre a pobreza mundial (BANERJEE; DUFLO, 2012).

público e elementos para fundamentação das decisões judiciais e das escolhas políticas.

A importância desse direito público subjetivo do homem é maior em países periféricos como o Brasil, onde a situação econômica acarreta em grandes desigualdades sociais, exigindo uma estreita relação com os direitos fundamentais sociais a fim de atender as necessidades mais básicas da população não apenas relacionadas ao mínimo vital, mas também à melhora das condições psicossociais, com a satisfação das condições elementares da vida das pessoas, com aumento de capacidades e respectiva liberdade de escolhas, de autonomia, de oportunidades e de condições para a utilização plena das liberdades reais para poderem também gozar de liberdade jurídica.

Em que pese liberdade e autonomia serem bens de extrema importância, conclui-se que é o conceito de necessidade o centro da fundamentação dos direitos humanos. A maneira “digna” de viver essencialmente aponta para um nível mínimo de satisfação de necessidades.

A análise da concepção de um mínimo existencial nas mais variadas teorias citadas no artigo aponta para uma preocupação sobre o tema que permeia as mais diversas matrizes filosóficas citadas como direitos fundamentais, direitos básicos ou direitos essenciais por Bentham, Mill, Nozick, Hayek, Dworkin, Rawls, Sen, Nussbaum, Anderson e Walzer.

Em resposta aos problemas propostos, primeiramente foram identificados em cada teoria/abordagem os requisitos reconhecidos como necessários à garantia desse direito. Posteriormente, também ao final de cada exposição, foi identificado o grau de intervenção Estatal necessária para o alcance proposto.

Toda investigação teve como objetivo comprovar o argumento de que o grau e a qualidade da intervenção Estatal esperado/desejado em cada teoria/abordagem é determinado de acordo com a complexidade dos direitos pretendidos como garantia do mínimo existencial.

O grau de intervenção estatal para a garantia de direitos por meio de ações prestacionais é diretamente proporcional à complexidade dos requisitos apontados como essenciais à garantia de um mínimo existencial.

Quando o Estado determina que o mínimo existencial será o mínimo vital e estipula uma renda básica para tanto, aparentemente resolve o problema. Uma menor intervenção Estatal é demandada para a satisfação de requisitos não complexos.

Contudo, o que se observou, foi que à medida que o mínimo vital passou a ser considerado de forma mais ampla - mínimo existencial e mínimo social, novos valores foram sendo agregados e considerados como necessários para essa qualificação. À medida que ocorreram os avanços na compreensão sobre quais os elementos que compõe uma vida digna, mais complexa essa "teia" de necessidades foi se tornando, exigindo maior atuação e intervenção estatal direta e indireta.

Assim, sobre a ideia de regulação indireta no que tange às funções do Estado de bem-estar social, não atingem os objetivos de satisfazer os requisitos para garantia de uma vida digna social nem o modelo liberal (neoliberal, principalmente), tampouco qualquer modelo que exige o intervencionismo irrestrito do Estado, porque afasta a liberdade, valor essencial ao direito de viver dignamente, aniquilando qualquer perspectiva de justiça social.

O Estado democrático de direito na visão liberal não abarca a regulação de mercado e a distribuição da riqueza social (manejada

pelo Estado), mas a igualdade de direito e de fato não pode ser determinada apenas tendo em vista direitos subjetivos privados. Na visão do Estado pelo modelo do bem-estar social, o objetivo está em regular o mercado e a distribuição de riqueza, inclusive para a realização de direitos sociais e cidadania.

Esse direito fundamental deve ter reconhecimento constitucional. Sem isso, o Estado somente será acionada quando o indivíduo, lançando mão de suas obrigações negativas, não pode satisfazer suas necessidades. É certo que o Estado deve estar de prontidão e o indivíduo deve ser incentivado a desenvolver sua autonomia e buscar amenizar suas necessidades individualmente, mas conclui-se importantíssimo a existência de um regramento vigente que abarque o direito à prestação desses direitos básicos, sob pena de ocorrer uma judicialização constante, fato que colocará o indivíduo sob a incerteza de sua sobrevivência.

Vale lembrar que a reserva do possível e formalidades orçamentárias, usualmente utilizadas pelo Poder Público como matéria de defesa e excludente de responsabilidade, não tem força jurídica para suprimir direitos que compõem o mínimo para a existência humana e, além disso, para a caracterização de uma sociedade como justa e bem ordenada na busca pela dignidade da pessoa.

Contemporaneamente há muito estudos que ainda são realizados sobre as possibilidades de redução da pobreza em nível mundial, conforme a mais recente análise dos impactos sociais e econômicos na implementação de uma renda ultrabásica universal. O fato é que a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um mínimo. É nesses casos que o Poder Público não pode restar inerte e omissos no cumprimento da sua principal missão.

Portanto, para exercer suas liberdades um mínimo existencial deve ser atendido. Os direitos sociais básicos compõem o direito à renda mínima, aos bens básicos e à oportunidade de conquistá-los por meio do trabalho, educação, cuidados médicos, etc. O Estado, seguindo uma perspectiva moral, deve levar em consideração todos os tipos de necessidades que afetam as condições mínimas de uma existência digna, estabelecendo a imparcialidade das obrigações positivas do Estado frente aos interesses de todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Elizabeth. What is the point of equality? **The University of Chicago Press**, v. 109, n. 2, p. 287-337, 1999. Disponível em: <https://www.philosophy.rutgers.edu/joomlatools-files/docman-files/4ElizabethAnderson.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

BENERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. **Repenser la pauvreté**. Paris: Éditions du Seuil, coll, 2012.

BENERJEE, Abhijit V.; NIEHAUS, Paul; SURI, Tavneet Suri. **Universal Basic Income in the Developing World**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97–135.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais in hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Editora Brasília, 2002.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *et al.* **Liberdades Públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978.

GENTILINI, Ugo *et al.* **Exploring universal basic income**. *In*: Exploring universal basic income: a guide to navigating, concepts, evidence, and practice. Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, 2020. p. 25–96. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/32677>. Acesso em: 25 jun. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 2: A miragem da justiça social.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MILL, John Stuart Mill. **On Liberty**. Boston: Ticknor and Fields, 1863.

MONTARROYOS, Eraldo Elias. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro "A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade". **Universitas/JUS**, v. 24, n. 1, p. 89-118, jan./jun. 2013.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

NOZICK, Robert. **Meditaciones sobre la vida [1989]**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Creating capabilities**: the human development approach. Cambridge: Belknap Harvard, 2013.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Nature, function and capability**: Aristotle on political distribution. Oxford: Clarendon Press, 1998. Supplementary volume. v. 6.

PALERMO, Ligia. Teoria do mínimo ético. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://ligiampalermo.jusbrasil.com.br/artigos/312721438/teoria-do-minimo-etico>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los derechos humanos**: fundamento. historia. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948. Madrid: Civitas, 1998.

SAGER, Lawrence. Material rights, underenforcement, and the adjudication thesis. **Boston University Law Review**, v. 90, p. 576–590, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: ARRUDA, Paula (coord.). **Direitos Humanos**: questões em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 574–575.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 509–514.

SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais.

Revista Latino-americana de estudos constitucionais, n. 6, p. 541-558, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. v. III.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. **Thick and thin**: moral argument at home and abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2002.

UMA ANÁLISE DA DEFESA REALIZADA POR MICHAEL J. SANDEL SOBRE JUSTIÇA COMO VIRTUDE E DO DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA DE JUSTIÇA COMUNITARISTA

Elen Santos Alves da Silva¹

INTRODUÇÃO

Na célebre obra “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, Sandel² desenvolve o tema Justiça por meio de casos, alguns reais outros fictícios. Ao lançar ponderações sobre o que seria o certo ou errado, evidencia o que considera as 03 (três) principais teorias sobre Justiça desenvolvidas por grandes filósofos ao longo dos séculos, desde Aristóteles, passando por Bentham e o mais contemporâneo Rawls. Tais nomes foram citados intencionalmente por ocuparem o papel de destaque neste artigo, na medida em que representam as teorias da justiça como virtude, bem estar e liberdade, respectivamente, porém, deve ser registrado que o livro, com escrita acessível, é rico em argumentos e se dedica também a outros pensadores, trabalhando, por exemplo, o legado ético de Kant,³ cujos estudos apesar de não serem centrados na construção de uma teoria de justiça têm fortes

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Procuradora Municipal em Cáceres, MT; elen_sas@hotmail.com

² Michael J. Sandel é professor titular de filosofia política na Universidade de Harvard. Seus escritos – sobre justiça, ética, democracia e mercados – foram traduzidos para 27 idiomas. Seu curso “Justiça” é o primeiro curso de Harvard a ser disponibilizado gratuitamente online e na televisão. Ele foi visto por dezenas de milhões de pessoas em todo o mundo, incluindo na China, onde Sandel foi eleito a “figura estrangeira mais influente do ano”. <https://hls.harvard.edu/faculty/directory/10761/Sandel/>

³ Immanuel Kant (1724-1804) apresenta uma proposta alternativa à questão dos direitos e deveres, uma das mais poderosas e influentes já feitas por um filósofo (SANDEL, 2015, cap. 5): O que importa é o motivo/Immanuel Kant.

implicações na filosofia política, e em categorias jurídicas, como a dignidade humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

De forma provocativa o leitor em Sandel é convidado a pensar em algumas questões morais enfrentadas na vida pública e privada cotidiana, em uma narrativa que conduz a deliberar sobre o bem comum e, por conseguinte, sobre Justiça, entretanto, não enquanto um mero conceito, pois de modo objetivo e direto traz essa definição no próprio título do livro, porquanto, em suma, justiça represente fazer a coisa certa, mas a questão indagada é mais complexa: afinal o que é o certo a se fazer diante de situações concretas em que o equilíbrio da balança nem sempre se mostra evidente, num mundo globalizado, multicultural, com desigualdades econômicas e estratificações sociais gritantes. Para alcançar uma resposta o autor em foco perpassa pelas concepções utilitarista, liberal e aristotélica.

Aparentemente, o livro aqui explorado de Sandel tem a pretensão de expandir para além da academia o debate sobre justiça e atingir o público em geral e não somente o meio universitário e científico, todavia, indaga-se se nesse percurso ao expor teorias clássicas sobre justiça e lançar ponderações e críticas acerca de como responder o que é o certo a se fazer, o filósofo acabou por formular uma teoria de justiça própria em sua obra, em que desenvolveu ideias e concepções capazes de contribuir sobre o modo que se deve buscar a efetivação da justiça atualmente.

No intento de responder ao problema proposto, em seguida, a esta breve introdução serão abordados 03 (três) capítulos, a saber, “Justiça para os utilitaristas e seus obstáculos”, “A teoria liberal de Rawls – justiça como equidade”, “A teoria da justiça como virtude” e, em arremate, as considerações finais.

Em relação à metodologia empregada neste ensaio para refletir sobre as críticas e as conclusões de Sandel a respeito das

teorias investigadas e se esse autor, embora, registre-se em nenhuma passagem de sua obra levante esse propósito, propõe uma teoria própria de Justiça, utiliza-se com enfoque dedutivo a pesquisa bibliográfica, por meio de uma abordagem exploratória e interpretativa.

1 JUSTIÇA PARA OS UTILITARISTAS E SEUS OBSTÁCULOS

Reconhece-se no utilitarismo uma teoria de justiça fundamentada em uma ideia simples na medida em que se estabelece de uma lógica intuitiva, pois parte do princípio da maximização da felicidade para definir o que seria considerado justo, tal critério pode ser aplicado direta ou indiretamente, na perspectiva individual ou institucional. É uma concepção de justiça pela qual se busca produzir o maior bem estar total possível (para o maior número de pessoas), preponderando o prazer sobre a dor, com esteio no consequencialismo, em uma premissa de que a aprovação ou rejeição de um comportamento em sociedade depende da relação do aumento ou da redução de bem-estar dos indivíduos envolvidos.

Em Jeremy Bentham, filósofo inglês, que viveu entre 1748 e 1832, identifica-se o formulador da concepção clássica do utilitarismo, construída em oposição aos direitos e deveres naturais e à racionalização de um senso ético, porquanto afirma que a moralidade de uma ação depende apenas de suas consequências, e seu fator de ponderação é delimitado pela maior felicidade geral, ou seja, importa a soma geral de satisfação do resultado de uma ação, ainda que gere sacrifício para uma minoria, esse custo é válido na agregação dos fatores.

Todas as pessoas ao decidirem suas ações devem equalizar as sensações de dor e prazer, portanto, o certo e o errado para Bentham é corolário da maximização da felicidade e da minimização da dor, encontrando nessa premissa o conteúdo do princípio da utilidade, único ponto de partida para o argumento moral a ser levado em consideração na ponderação do justo. Para a concepção utilitária “a moral de uma ação depende unicamente das consequências que ela acarreta; a coisa certa a fazer é aquela que produzirá os melhores resultados, considerando-se todos os aspectos.” (SANDEL, 2015).

Rawls (1997, p. 25), ao explicar o utilitarismo clássico, evidencia que:

a ideia principal é de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.⁴

À primeira vista, constata-se no utilitarismo que todo indivíduo conta igualmente na avaliação geral do bem estar a ser alcançado, pois uma sociedade feliz é reflexo da máxima felicidade de seus membros, assim, se por um lado a satisfação de um indivíduo está conectada diretamente à felicidade da comunidade que compõe e deve ser observada, por outro, no ângulo coletivo o justo é o resultado da soma dos interesses dos diversos membros que integram o grupo, subtraído todos os custos, isto é, o sofrimento individual deve ser aceito em prol da maioria. E aqui iniciam os entraves para aceitar o utilitarismo clássico.

⁴ Rawls esclarece em nota que tomou a obra de Henry Sidgwick “The Method of Ethics” como parâmetro para descrever a teoria moral utilitarista.

Embora exerça uma atração inicial, a concepção de que as escolhas em uma estrutura coletiva devem ser racionalizadas para maximizar o bem comum não é capaz de espelhar a justiça. O encanto da teoria utilitarista é explicado parcialmente pelo seu apelo intuitivo, pois é natural pensar que “a racionalidade consiste em maximizar algo e que, em questões morais, o que deve ser maximizado é o bem” (RAWLS, 1997, p. 26), afinal até de forma instintiva o homem busca evitar o sofrimento. Em certo aspecto, o ser humano é guiado por seus instintos associados a prazer e a dor, a questão e essas sensações poderiam corresponder moralmente ao certo e ao errado. Veja então que o bem não é sinônimo de justo, mas do que gera mais prazer.

Sandel nas argumentações sobre o utilitarismo levanta ao menos duas objeções: a não observância dos direitos indivíduos e a sobreposição da justiça como moeda. A primeira a crítica é feita pelo desprezo a um conteúdo mínimo de dignidade humana e ao respeito a direitos e liberdades básicas, chegando ao segundo obstáculo da teoria que considera a preferência das pessoas sem sopesar seu valor moral, como se todos os bens e escolhas pudessem ser mensurados e equiparados em uma única balança.

Se seguido à risca o raciocínio utilitarista pode implicar na desconsideração de direitos humanos fundamentais, com azo ao não reconhecimento e efetivação dos direitos básicos, o que é inimaginável em um Estado Democrático de Direito. Indubitavelmente a concepção utilitarista enverga uma ideia contraditória a sua essência de felicidade geral, permitindo o egoísmo social ao tornar aceitável o sacrifício de minorias. A contradição está ainda na configuração do resultado da soma das vantagens determinada pela visão de um único ser humano, que no conjunto da avaliação das satisfações do grupo pode ser desprezado. O fato de que “ao

considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado.” (SANDEL, 2015).

O embasamento das ponderações ao levar em conta somente as preferências da maioria, desconsiderando uma moral ou juízo de valores prévio dos bens em jogo, transforma a teoria utilitarista em um cálculo que imputa um mesmo peso a diferentes fatores, como se fosse possível cogitar em uma moeda da justiça, através da qual todos os valores e bens poderiam ser apreciados nas escolhas, desde que se refletissem o desejo racional da maioria, isso porque no cômputo para definir as escolhas não tem relevância o bem em evidência. A satisfação de qualquer desejo tem algum valor em si mesmo, sem questionar sua origem ou sua qualidade, de modo que tudo pode compor uma única escala.

Antes de encerrar as explanações no capítulo de sua obra sobre o utilitarismo, Sandel se detém à tentativa do filósofo John Stuart Mill⁵ de superar os obstáculos da filosofia utilitarista de Bentham. Em relação ao menosprezo aos direitos individuais, Mill, procura um consenso com a liberdade individual, pois somente os atos individuais que tenham repercussão na sociedade é que devem estar sujeitos às ponderações utilitaristas. Quanto aos atos relativos à própria pessoa, seu corpo e sua mente, deveriam ser livres. “Já que apela para os ideais morais além dos utilitários – ideias de caráter e desenvolvimento humano –, não é na realidade a reelaboração do princípio de Bentham, e sim uma renúncia a ele, apesar de Mill afirmar o contrário.” (SANDEL, 2015).

No que tange à crítica de desvelar a justiça como moeda, Mill parte da premissa de ser necessário ponderar os prazeres mais elevados e os menos elevados por intermédio da análise da própria

⁵ John Stuart Mill (1806 – 1873) era filho de James Mill, amigo e discípulo de Bentham. Mill na vida adulta buscou reformular a filosofia utilitarista para conjuga-la com direitos e liberdades individuais.

utilidade, assim deveria ser sopesado previamente qual prazer seria mais desejável. Nesse ponto, para Sandel, Mill sustenta um discurso convincente, mas novamente se afasta das bases do utilitarismo, pois insere a dignidade humana na análise das preferências:

O que acontece com os direitos individuais acontece também com os prazeres mais elevados: Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade.

Entre os dois maiores defensores do utilitarismo, Mill foi o filósofo mais humano; Bentham o mais consistente. (SANDEL, 2015, cap. 2).

Em que pese as críticas e a refutação, “Bentham achava que seu princípio da utilidade era uma ciência que poderia servir como base para a reforma política.” (SANDEL, 2015). Visava promover o bem-estar geral, ainda que com soluções questionáveis para alcançar a felicidade social. Destaca-se que sua concepção até este tempo mantém forte influência na atuação das instituições e dos particulares, dado que seus ideais de justiça permeiam as decisões contemporâneas, especialmente, nas questões em que o bem-estar é identificado com aspecto financeiro, como desdobramento político de “promover a prosperidade, melhorar nosso padrão de vida ou impulsionar o crescimento econômico” (SANDEL, 2015), sacrifícios continuam a ser admitido nas relações de poder neoliberal⁶ e em decisões cotidianas.

⁶ A título de exemplo podem ser citadas as questões ambientais, em que o desenvolvimento econômico ainda prepondera em relação à degradação e à poluição ambiental, por vezes os discursos afirmam que esse custo deve ser tolerado. Veja o caso dos EUA de retirada do Acordo de Paris sob o argumento de que o seu cumprimento geraria impacto negativo em sua economia industrial.

2 A TEORIA LIBERAL DE RAWLS: JUSTIÇA COMO EQUIDADE

John Rawls (1921-2002), filósofo político estadunidense, escreveu o livro “Uma Teoria da Justiça” em 1971, em que apoiado nos pilares da filosofia política desenvolvida por Kant, utiliza uma versão mais geral e abstrata da concepção de contrato social, intitulando-a de posição original, por meio da qual os indivíduos em uma situação inicial de equidade estabeleceriam os princípios de justiça a serem aplicados a essa sociedade para reger a vida coletiva (SANDEL, 2015).

A teoria de Rawls, definida pelo próprio autor como uma concepção filosófica de “Justiça como Equidade”, inclusive que nomeia o primeiro capítulo de sua obra, esclarece que na sua visão o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, e esta para ser justa deve garantir a cada pessoa a inviolabilidade de suas liberdades, como de pensamento e de consciência, de votar e ocupar um cargo público, de movimento e de livre escolha de ocupações, de rendas e riqueza. Para tanto a posição original deve atender ao princípio da liberdade igual e do princípio da igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 1997).

Para alcançar a posição original de igualdade se faz necessária uma abstração nominada de “véu da ignorância”, em que os indivíduos (éticos, racionais, capazes e com interesses próprios) não tenham ciência prévia de seu lugar na sociedade e nem a concepção pessoal do bem, para se afastarem das preferências e desejos e chegaram aos bens primários caracterizados como a necessidade das pessoas em sua condição de cidadãos livres e igual de membros normais e totalmente cooperativos da sociedade.

Ressalta Sandel (2015) que “já que ninguém está em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos.”

Assim, a teoria de Rawls tem por base uma situação puramente hipotética inspirada no estado de natureza do pacto social kantiano, porém com contornos a conduzir uma concepção de justiça cujos princípios que regeriam a estrutura básica da sociedade seriam objeto de um consenso original equânime, que seria assegurado por uma escolha realizada sob um véu de ignorância.

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se a considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade. (SANDEL, 2015).

Assim do consenso na posição original, os indivíduos concluiriam, segundo Rawls, pelos princípios da liberdade e princípio da diferença e eles deveriam obedecer a uma ordenação serial em que o primeiro tem prioridade sobre o segundo. No prefácio à edição brasileira de seu livro, Rawls expõe que as liberdades e direitos básicos e sua prioridade permitem uma igualdade para todos os cidadãos titularizarem condições sociais essenciais para o desenvolvimento digno e para o exercício pleno e consciente de duas capacidades ou poderes morais: o senso de justiça e uma concepção de bem (RAWLS, 1997).

Antes de analisar propriamente os princípios da teoria de Rawls, Sandel questiona se a experiência hipotética da posição original de fato permitiria chegar a uma premissa de justiça porquanto o contrato nunca tenha existido, ressaltando a autonomia e a reciprocidade dos contratos (enquanto atos voluntários) com

exposição de situações que levam a limites morais do consentimento, em que algumas vezes este não é o bastante para criar uma obrigação moral e em outras sequer se faz necessário em razão da contraprestação recebida. No desfecho da narrativa sobreleva que o véu da ignorância em tese imputaria à posição original a condição de contrato perfeito, enquanto um acordo hipotético alicerçado na equanimidade (SANDEL, 2015).

Sandel sublinha a colaboração da teoria rawlsiana para contrapor o utilitarismo, uma vez que ao estabelecer princípios da justiça pelos quais ninguém correria o risco de vir a ser o custo da maximização da felicidade, isto é, afirma-se que diante do véu da ignorância o utilitarismo seria afastado. Assim, seria escolhido um princípio que assegurasse liberdades básicas individuais iguais e compatíveis entre si, as quais não poderiam ser sacrificadas ou calculadas em prol de vantagens sociais ou econômicas (SANDEL, 2015). E também haveria que se pensar em um princípio para resolver as desigualdades sociais e econômicas, o princípio da diferença, por meio do qual “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.” (RAWLS, 1997, p. 64).

Relacionado ao princípio da diferença, encontra-se na teoria de Rawls, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades que pode ser vislumbrado por uma concepção mais geral de justiça: “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.” (RAWLS, 1997, p. 66). Porém, também pode ser entendido como a segunda

parte (b) do princípio da diferença, com a finalidade de assegurar que o sistema de cooperação social seja um sistema de justiça procedimental pura, isto é, que as distribuições ocorram de acordo com o sistema público de regras (RAWLS, 1997, p. 93-94).

Para averiguar a qual nível exatamente de igualdade o princípio da diferença proporciona, Sandel (2015) afirma que depende das circunstâncias sociais e econômicas, e mais do que isso, deve-se refletir sobre o objeto da teoria de Rawls que trata de justiça social, referente à estrutura básica da sociedade e à forma como ela distribui direitos, deveres, renda, poder e oportunidades. Afasta-se a conclusão de que o véu da ignorância levaria as pessoas a fazerem escolhas simplesmente para evitar riscos, pois mesmo esse fator não poderia ser considerado na posição original. Isso conduz a noção de que o critério para distribuições de renda e oportunidade não dependeria, segundo Sandel (2015), de um véu da ignorância, e sim da supressão de elementos arbitrários no aspecto moral.

Em continuidade, depreende-se das análises de Sandel sobre os sistemas criticados por Rawls que a hierarquia designada pelo nascimento do sistema feudal ou de castas; o ideal libertário com uma igualdade formal em que diferenças sociais e econômicas não são corrigidas; e mesmo a concepção meritocrática por permitir a distribuição de riqueza e renda sem igualdade para poder equilibrar a distribuição natural de aptidões e talentos; e que somente o princípio da diferença para Rawls seria capaz de impedir que a distribuição de renda e riqueza fosse fundamentada em contingências, como o nascimento, oportunidades desiguais e habilidades naturais, porque garantiria que mesmo nos casos mais difíceis de equacionamento, como de distribuição de aptidões e talentos, todos se beneficiassem dessa desigualdade. Ademais, corrigiria as diferenças sociais e econômicas, permitindo que o aspecto do mérito fosse alcançado.

Logo, estimular-se-iam os melhores em determinadas vocações, todavia, parte das recompensas deveria ser destinada aos que não possuem as mesmas aptidões para equacionar a balança da justiça.

Embora o argumento da arbitrariedade moral não se baseie no argumento da posição original, ambos têm alguma semelhança neste respeito: ambos sustentam que, no que se refere à justiça, deveríamos abstrair ou colocar de lado fatos contingentes relativos às pessoas e a sua posição social. (SANDEL, 2015).

Rawls sustenta que a justiça distributiva não tem como objetivo recompensar a virtude ou o mérito moral, mas sim atender as expectativas legítimas que passam a existir quando estabelecidas as regras da partida inicial da sociedade. Essa visão resulta como consequência da conclusão de que mesmo quando os acontecimentos seguem o curso traçado, não existe uma tendência para que distribuição meritocrática e virtude coincidam, portanto, é mais justo que a distribuição seja regida pelas expectativas legítimas que pelo mérito moral, ainda que o senso comum diga o contrário.

Nesse ponto do princípio da diferença de Rawls residem duas objeções lançadas por Sandel. Como primeiro questionamento, interpela sobre a ausência de incentivos pela simples valorização do merecimento aos que se destacam na sociedade, como contraprestação por uma atividade preferencialmente reconhecida em grau superior, pois Rawls expressamente rejeita o mérito moral, e considera os incentivos como ferramenta para melhorar a vida dos menos favorecidos, logo, as desigualdades de renda não seriam frutos do mérito moral, e sim seriam permitidas no sistema ordenado para gerar um crescimento econômico aos mais necessitados (e não necessariamente menos virtuosos em razão das expectativas

legítimas), sendo os incentivos justificados como forma de atingir uma distribuição mais balanceada.

A segunda objeção está ligada também ao merecimento moral, porém não em relação aos talentos e às atividades eleitas como mais valorizadas e sim em relação ao esforço, já que nesse caso, Rawls discorre que também não poderia ser justamente reivindicado o incremento gerado por esse produto, porquanto seja influenciado por fatores extrapessoais, como educação favorável ou circunstâncias familiares e sociais mais confortáveis. Aqui Sandel (2015) responde que Rawls pode estar certo, porquanto nem mesmo o esforço seria um fator determinante do mérito ao se constatar que na perspectiva do merecimento o papel preponderante está mais interligado com a contribuição ou a conquista, a depender ao menos indiretamente de aptidões naturais e não do mero esforço, ainda que possa parecer injusto desprestigiar o esforço.

Sandel explicita a diferença concebida na teoria da equidade de Rawls entre mérito moral e direitos a expectativas legítimas, enquanto no primeiro se encontram reivindicações por valores intrínsecos a pessoa, ao mérito, pela aplicação da segunda são atendidas as expectativas legítimas formadas com base nas instituições sociais, isto é, a distribuição se fundamenta nas regras do jogo inicialmente estabelecidas de modo a driblar a distribuição natural. Ao passo que duas ponderações são enaltecidas em Rawls, o fato de que ainda que instintivamente em uma sociedade democrática valorizar o mérito moral sem qualquer domínio das ponderações sobre as qualidades prestigiadas levaria a um obstáculo à solidariedade social, visto que “quanto mais consideramos nossas conquistas frutos do mérito próprio, menos responsabilidade sentiremos em relação aos que ficarem para trás.” (SANDEL, 2015). E também por Rawls elevar uma verdade muitas vezes esquecida, lembrando

que o modo como as coisas são, não determina a maneira como elas deveriam ser, daí, assumir a defesa de ser necessário empregar as maiores habilidades como um bem social a ser usado para o benefício comum, posto que não se devem considerar os méritos como justos ou injustos, quando são simplesmente fatos naturais ou de sorte. A mensuração de justiça deve recair sobre os princípios estabelecidos para as instituições lidarem com esses fatos (SANDEL, 2015).

A reflexão de Sandel passa a ser explanada a partir da justiça distributiva e se ela pode ser completamente desatrelada do mérito moral, como justifica Rawls. Embora, prepondere que afastar a base da justiça distributiva das concepções de virtudes naturais ou ocasionais e sustentar a distribuição a partir de um mérito definido, somente quando da fixação das regras de cooperação social sob condições equânimes, parece permitir uma teoria pela qual a justiça e os direitos sejam neutros quanto aos ideais morais do que seja uma vida boa. Por outro lado, Sandel reconhece o aspecto honorífico da justiça, que provoca discussões e dificuldade de se chegar a um consenso, porquanto as pessoas tenham diferentes pontos de vista sobre honra e virtude, sendo que a alternativa proposta por Rawls teoricamente estaria livre desse conflito (SANDEL, 2015). De toda forma, fica a questão se a rejeição a esse debate conceberia justiça em uma sociedade, pelo que segue Sandel em sua narrativa, aportando nas proposições aristotélicas, as quais serão delineadas no próximo capítulo.

3 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO VIRTUDE

Mais uma vez para ponderar sobre a Justiça Aristotélica, Sandel interpela o leitor por meio de casos concretos que suscitam dilemas

acerca de quem merece o quê, conduzindo a narrativa de modo a propiciar a reflexão com questões de equidade e de indignação sobre os valores que definem as virtudes a serem recompensadas, tudo para demonstrar que é necessário investigar a natureza e os propósitos das instituições para responder quais honras e excelências devem ser celebradas, uma vez que as condutas e decisões humanas possuem um desiderato honorífico, indissociável da exploração de um caráter ético do âmago da vida individual e coletivo como premissa para o regramento das condutas de uma sociedade.

À vista disso, Sandel (2015) encontra na Justiça em Aristóteles, uma teoria que para conceber o justo propõe em sua filosofia política uma justiça teleológica e honorífica. Teleológica, pois é preciso saber qual o propósito (télós) do bem que está sendo distribuído; e honorífica, na medida em que se deve buscar reconhecer quais qualidades devem ser recompensadas, isto é, quais virtudes são relevantes para justificar o merecimento do bem.

Trata-se de uma teoria sobre a aplicação da lei pautada na equidade em que para a sociedade encontrar o bem comum cada cidadão deve se fazer virtuoso. Torna-se imprescindível a reflexão sobre as próprias ações. Em interessante passagem na obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles infere ser o homem equitativo aquele que escolhe e pratica atos equitativos e que não se atém de forma intransigente aos seus direitos, e posiciona-se a tomar menos do que lhe caberia, mesmo com a lei do seu lado. Intitula-se esse hábito como equidade, mas também como disposição de caráter (ARISTÓTELES, 2003).

Diversamente de teorias modernas de justiça, Aristóteles não acreditava que a justiça possa ser neutra em relação a debate sobre a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa, ou seja, ao invés

de refutar o mérito moral como Rawls, considera-o como critério preponderante na análise da igualdade material, sem a qual não se cumpriria o papel da justiça. Aristóteles parte da concepção de que justiça significa dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido. Dois fatores estão envolvidos: as coisas e as pessoas a quem elas são destinadas (SANDEL, 2015). Portanto, deve ser analisado o que está sendo distribuído e as virtudes relevantes em cada caso.

Na consideração da justiça honorífica o crivo é determinado a partir da relação intrínseca com a compreensão do tólos do direito a ser distribuído. A ponderação de um critério discriminador adequado para melhor efetivação da justiça distributiva perpassa pela essencialidade da prestação a ser distribuída, cuja apreciação depende na finalidade para alcançar a prática do bem comum e a promoção da bondade. É aplicação do raciocínio teleológico, porém ultrapassando a visão utilitarista, visto que não está preocupado simplesmente com a maximização da felicidade em prol de uma maioria, e sim com o propósito do bem distribuído, com o mérito moral que permita concretizar uma vida boa.

De outra parte, registrem-se as observações de Sandel sobre o raciocínio teleológico na Antiguidade, quando era difundido para explicar os fenômenos naturais, sendo hoje a explicação dos supostos propósitos da natureza ultrapassada e até ingênua, todavia, ainda há um ímpeto de se ver o mundo natural como um todo com um determinado sentido de servir a um desígnio, especialmente na perspectiva infantil. Assim, embora superado os trabalhos de Aristóteles nas áreas como a biologia e a física, pelos avanços científicos modernos, em relação às instituições sociais e às práticas sociais ainda é possível pensar em Justiça com base

no raciocínio teleológico intrínseco na filosofia moral e política de Aristóteles (SANDEL, 2015).

Nesta perspectiva, põe-se a refletir sobre o propósito das instituições sociais e da política e sua relação com as noções de honra e virtude, para o que se faz necessário entender que a justiça distributiva na teoria de Aristóteles não se referia essencialmente a recursos financeiros, mas a cargos e honrarias (SANDEL, 2015). Assim, a política ganha relevância, pois seu propósito é formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter enquanto a maior finalidade das instituições é garantir meios de fomentar as virtudes dos cidadãos para deliberar sobre o bem comum, ou seja, as instituições permitem a *pólis* atingir uma vida boa.

Considerando a finalidade de promover a vida boa pela comunidade política (*pólis*), a distribuições de cargos e honrarias deve ocorrer aos que demonstram maior excelência cívica, ou seja, Aristóteles parte da essencialidade de participação social num construtivismo da virtude cívica. É indissociável uma vida boa da política na medida em que pela natureza do ser humana este necessita de uma cooperação social, ou seja, de uma *pólis* ou comunidade política para se realizar plenamente em decorrência de sua capacidade de se expressar através da linguagem e de deliberar sobre o certo e o errado (SANDEL, 2015). Assim somente na *pólis* se pode realizar a natureza da vida boa, pois o homem isolado não consegue desenvolver a faculdade essencial da linguagem e da deliberação moral. Portanto, diz-se que a *pólis* existe por natureza e antecede o indivíduo.

Por esse motivo, chega-se ao axioma de que é preciso viver em uma *pólis* para que a vida seja virtuosa. Ele advém do fato de que a virtude moral é consequência do hábito, em outras palavras, é o tipo de atributo que se aprende com a experiência, alcançada

por meio da prática, como acontece com outras qualidades artes ou determinados ofícios, em que a constante prática conduz ao aprimoramento. Destarte, a assimilação da virtude moral dependeria do exercício em uma comunidade política, onde se empregaria ações justas, comedidas ou corajosas, conseqüentemente, para isso necessário cultivar hábitos corretos que elevem o caráter e permitam ao cidadão ponderar suas decisões de modo virtuoso. De fato parece ser o prelúdio das diretrizes necessárias para organização social em uma comunidade justa.

A virtude moral requer sabedoria prática com implicações política em razão de que ela possibilita a capacidade de deliberar corretamente sobre o que seria bom para os seres humanos em geral e, portanto, de “identificar o mais alto bem humano atingível em cada circunstância” (SANDEL, 2015). Logo, sendo a política é uma atividade essencial para a vida boa, como se pensar em uma justiça na qual a virtude moral seja totalmente neutra, na qual não se ordene as leis da pólis para incutir bons hábitos, formar o bom caráter e levar ao caminho da virtude cívica, numa relação circular, de complementaridade, em que o exercício da cidadania leve ponderações mais equilibradas e sensatas sobre o que é o certo a fazer. Assim, a ideia de cidadania é expressão da faculdade humana, um aspecto essencial da vida boa, indispensável em uma sociedade que pretenda ser justa.

Como ponto censurável da filosofia de Aristóteles, condena-o sua defesa pela escravidão, inaceitável em qualquer prisma, entretanto, o próprio Aristóteles reconhece que os críticos à escravidão tinham razão, pois os escravos se encontravam em condição subjugada por azar e coerção, portanto, a natureza forçada da ação não permitiria ser considerada uma prática justa desde sua origem.

Sandel esclarece que dentro da ética do *télos* e da adequação é possível explicar a injustiça da escravidão, dado que estabelece um padrão mais exigente para a justiça do trabalho do que a ética liberal da escolha e do consentimento (SANDEL, 2015). Por outra forma, notório que reprovável a tolerância e a justificação da escravidão, entretanto, Sandel traz um contraponto entre a antiguidade e a modernidade, porquanto, de um lado desprezar a filosofia aristotélica sem discernir o meio histórico e cultural da época e o fato de que em determinado momento Aristóteles compreendeu ser a escravidão injusta na lógica da adequação por contrariar a natureza humana, enquanto, de outro lado, ainda hoje, na modernidade sob a autoridade da liberdade contratual as pessoas são submetidas a trabalhos arriscados, exaustivos e degradantes, admitidos na lógica da teoria dos libertários.

À vista disso, não é razoável o desprezo à teoria teleológica e honorífica, uma vez que o mérito moral está incorporado nas relações sociais do ser humano, como consequência da própria racionalidade do ser humano. Por isso, discussões sobre justiça e direitos são, muitas vezes, inevitavelmente, discussões sobre o propósito das instituições sociais, sobre os bens por elas destinados e sobre as virtudes que elas valorizam e recompensam. Apesar das tentativas de manter a neutralidade da lei em tais questões, talvez não seja possível determinar o que é justo sem discutir a natureza da via boa (SANDEL, 2015).

CONCLUSÃO

A teoria utilitarista embora mantenha raízes no discernimento moral das pessoas para decisões práticas afigura-se incapaz de captar a dignidade em sua dimensão ontológica, esta como

representativa de um valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, como algo que lhe é inerente. Essa premissa encontra base na doutrina kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, com exigência de reconhecimento e garantia de direitos de liberdade (SARLET, 2007, p. 365-367). Não é razoável se admitir ser justa uma sociedade em que os direitos fundamentais mínimos estão sujeitos a sacrifícios desumanos.

Sandel (2015) deixa claro que o direito tem uma base moral, assim as escolhas das preferências para atingir o bem-estar não poderiam ser balizadas sem levar em conta os direitos individuais e argumentos morais. Não se pode aceitar que o bem-estar geral possa anular os direitos e as liberdades básicas, sejam eles de maiorias ou de minorias, ou mesmo de um único indivíduo.

As críticas fundadas de Sandel contra o utilitarismo encontram reforço em Rawls (1997, p. 30), que afirma que a teoria de Bentham e Mill “não leva a sério a diferença entre as pessoas”, uma vez que as liberdades individuais são desconsideradas com o instrumento da escolha de um único observador imparcial, dotado de ideias de solidariedade e imaginação que se identificaria com os desejos dos outros e os experimentaria como se fossem de fato seus para determinar as regras de conduta ou as decisões a serem tomadas. O utilitarismo institui uma lógica que equilibraria os ganhos e as perdas de diferentes indivíduos como se fossem uma pessoa só, avalizando o sofrimento das minorias. Em uma sociedade plural em que o anseio democrático tem por vocação a máxima participação, com mecanismos que conduzam a um sistema de inclusão, no qual possam ter vozes todos os integrantes da comunidade, o utilitarismo sufoca no âmbito institucional direitos, valores e escolhas individuais.

Rawls postula em sua teoria de justiça que visa fornecer uma alternativa razoavelmente sistemática ao utilitarismo, porquanto este tenha sido o centro por longo período nas sociedades ocidentais e necessite ser ultrapassado na medida em que instituições da democracia constitucional justas não podem aceitar a ideia de violações de liberdades e direitos individuais fundamentais, ainda que sob o escopo do bem estar social.

Em que pese às críticas a Rawls pela rejeição do mérito moral e pela compreensão da necessidade de ponderações sobre a finalidade das instituições e sobre as virtudes a serem recompensadas, na sua teoria da equidade se encontra um ponto nevrálgico, o de que a justiça é a virtude mais importante das instituições, e mais esse filósofo libertário explica que sua teoria tem por objeto a estrutura básica da sociedade, ou seja, uma justiça social distributiva pensada como ponto inicial para o regramento da cooperação social. A partir daí as outras questões se resolveriam de forma mais simples, ou seja, não tem a aspiração de criar um ideal social com equilíbrio adequado entre as reivindicações concorrentes.

A teoria de Rawls representa um avanço nas reflexões sobre uma justiça inspirada na dignidade humana, na necessidade de garantir o respeito aos direitos fundamentais. Sandel não condena a teoria libertária de Rawls, no entanto, faz refletir se seria possível na situação em que os Estados soberanos se encontram (ou mesmo instituições nacionais ou transnacionais) abstrair e ter como ponto de partida uma posição original sob o hipotético véu da ignorância para deliberar sobre justiça, sobre o bem estar social, sobre a vida boa. A teoria não pode ser dissociada da prática. A contribuição e relevância de Rawls na filosofia da justiça são reconhecidas no meio acadêmico mundo afora, todavia, a efetivação de sua

teoria é quase intransponível na realidade concreta, porquanto afastar as convicções e fatores pessoais, bem como a situação sócio-econômica-cultural individual no processo de abstração seja um mister utópico. E aqui nessa reflexão prática traz à tona a necessidade de uma participação democrática em que direitos individuais e políticos sejam garantidos, de fato, caminhando mais próximo a proposta a ser apresentada por Sandel por meio do discurso de Aristóteles.

A justiça aristotélica permite um raciocínio sobre a aplicação da lei pautada na equidade essencial para a sociedade encontrar o bem comum, o qual fica na dependência do exercício pelos cidadãos de discursos e práticas virtuosas, ainda mais em tempos de desmoronamento de instituições públicas por corrupção, domínio do neoliberalismo, de redução de democracias e em contrapartida reivindicações por atos de proibidades, por redução das desigualdades socioeconômicas e políticas de reconhecimento ou de não-discriminação, torna-se imprescindível a reflexão sobre as próprias ações, para o aprimoramento do caráter, e, sobretudo, para remediar o espírito democrático imprescindível para a vida boa aristotélica.

Motivado pela filosofia política e moral de Aristóteles, Sandel debate questões de justiça, ética, mérito, propósitos e boa vida. Para além de perpassar por teóricos brilhantes de forma clara e acessível, seu curso sobre Justiça, agora em livro, proporciona o conhecimento amplo sobre filosofia política e inspira o diálogo participativo para deliberar sobre o sentido das instituições e sobre a necessidade de preceitos morais e de educação cívica dos membros da sociedade.

Parece não haver em sua obra o desenvolvimento de uma teoria de justiça, e sim uma forma de se pensar em justiça, de tornar próximos debates sobre moral, sobre a boa vida a um público maior

que as discussões geralmente restritas ao universo acadêmico. Propõe-se do ponto de vista das teorias de justiça desenvolvidas ao longo dos séculos um convite a um diálogo participativo, somente por meio do qual poderia se alcançar uma sociedade justa.

O autor reconhece a necessidade de garantias à dignidade humana, aos direitos fundamentais e a uma distribuição justa de rendas e honorárias, todavia, pondera ser imprescindível a valoração através da moral cívica, ou seja, da efetivação de direitos políticos. Por fim, conclui-se que a maior contribuição de Sandel é incentivar os membros da sociedade a pensarem as teorias da justiça por si mesmos e com isso permitir que se abram ao exercício da virtude moral, para estarem aptos ao debate moral e político, indispensável para ascender toda a sociedade a uma boa vida e, inclusive, delimitarem, para a comunidade que integrem o que seria essa vida boa e o certo a se fazer.

REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

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

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Marias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 331-388, 2007.

JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA: A HERMENÊUTICA CRÍTICA A FAVOR DA TUTELA ADEQUADA DOS DIREITOS

Fernanda Lissa Fujiwara Homma¹
Viviane Lemes da Rosa²

INTRODUÇÃO

Jurisdição, constitucionalismo, ativismo judicial, tutela dos direitos, instrumentos de efetivação, crise institucional dos poderes, direitos das minorias, interpretação, argumentação, deliberação, participação social, democracia: as atividades e os deveres do Estado como um todo – em seus três Poderes – têm sido debatidos, criticados e repensados em todas as suas formas e âmbitos.

A questão de fundo é sempre proteger e efetivar direitos humanos fundamentais, e não há como discorrer a respeito da proteção de direitos sem estudar a jurisdição – na medida em que ao Judiciário cabe a tarefa constitucional de apreciar lesões e ameaças a direitos (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) – e, por conseguinte, a interpretação das normas, enquanto ponto de partida da atividade jurisdicional.

Assim, dentre as atividades de pesquisa desenvolvidas no Grupo de Estudos e Pesquisa em Teorias da Justiça e Direitos

¹ Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Pesquisadora do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da Universidade Federal do Paraná; fernanda.fujiwara@gmail.com

² Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Pesquisadora do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da Universidade Federal do Paraná; Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Teorias da Justiça e Direitos Humanos da Universidade do Oeste de Santa Catarina; viviane@geslat.com.br

Humanos da Unoesc, tem-se estudado a interrelação entre diferentes teorias da justiça, argumentação jurídica e jurisdição. No presente estudo, que é resultado das pesquisas desenvolvidas no grupo, propusemo-nos a analisar como a hermenêutica crítica ou filosófica de Hans-Georg Gadamer favorece a jurisdição.

E o que seria a hermenêutica filosófica? Qual sua relação com a concretização de direitos fundamentais? Partindo de uma breve introdução a respeito do surgimento da hermenêutica crítica, de suas proposições e potencial emancipatório, estuda-se a concepção atual de jurisdição e a sua relação com a tutela dos direitos. Após, analisa-se como a hermenêutica crítica possibilita que o intérprete tutele de forma adequada os direitos, notadamente em casos de omissão legislativa.

1 HERMENÊUTICA CRÍTICA

Pode-se dizer que a hermenêutica adquiriu intenção metodológica em 1654 com Dannhauer (GADAMER, 2002, p. 113). Marcada pelo iluminismo e pela ideia de método de Descartes, a hermenêutica clássica tinha por objetivo encontrar os procedimentos metodológicos corretos para a interpretação (STRECK; WERMUTH, 2015, p. 105).

Posteriormente, Schleiermacher concebeu a hermenêutica psicológica, enquanto processo no qual o sujeito encontra a si mesmo. No século XIX, Dilthey levou adiante tal projeto e propôs uma emancipação das ciências do espírito: uma teoria geral da interpretação com foco nas vivências do sujeito, pois acreditava que o entendimento humano estaria sempre ligado ao passado.

Na primeira metade do século XX e com base nas ideias de círculo hermenêutico e de diferença ontológica, Heidegger

propôs a hermenêutica antropológica: a hermenêutica não seria interpretação de texto, mas processo ontológico no qual o ser compreende a si mesmo e o mundo, e essa compreensão envolve a faticidade que ele transporta para o objeto de compreensão.

Na segunda metade do século XX e apoiado nas ideias de Heidegger, Gadamer propõe o paradigma da intersubjetividade e introduz o giro hermenêutico: hermenêutica não é método, mas filosofia; é atribuição de sentido e não um procedimento metodológico (STRECK, 2014). As bases da hermenêutica são a consciência estética, a consciência histórica e a linguagem: o conhecimento e a interpretação não ocorrem em momentos distintos, pois a compreensão é um projetar-se a partir das perspectivas do intérprete (MELLO, 2012, p. 35).

O intérprete realiza uma fusão de horizontes com o objeto de interpretação, na qual sua faticidade e historicidade são elementos fundamentais. Os pré-conceitos do intérprete são inevitáveis porque ele nunca se desconecta da cultura e da linguagem (STRECK; WERMUTH, 2015, p. 118), motivo pelo qual deve conhecê-los por meio da fusão de horizontes (MELLO, 2012, p. 40), na qual a distância temporal (o tempo está preenchido por história e tradição) e a consciência da história efetual (estudo das interpretações de uma época) são muito importantes.

Para Cademartori e Navarro (2015, p. 153), os pontos importantes da teoria de Gadamer são a reflexividade; a negação da possibilidade de reconstrução do sentido originário da lei; a crítica às ideologias por meio da fusão de horizontes; a vinculação do intérprete à realidade vivenciada; a abertura à alteridade através do diálogo e às decisões judiciais criativas, que produzem o direito no caso concreto de acordo com a situação fática analisada.

Os autores (CADEMARTORI; NAVARRO, 2015, p. 151-152) afirmam que a hermenêutica filosófica possui potencial crítico em relação à dominação de ideologias: ao propor a interpretação como atividade objetiva, racional e mecânica – o juiz *bouche de la loi* extraía uma certa determinação que já estava contida no texto da lei – o positivismo jurídico retira qualquer potencial crítico ou de emancipação do direito em relação à ordem estabelecida.

De fato, ao partir de um paradigma intersubjetivo e ao afirmar que o intérprete não se limita a trazer um sentido que já existe (sujeito-objeto), mas realiza uma fusão de horizontes no processo interligado de compreensão e interpretação, projetando a si mesmo no texto interpretado ao atribuir-lhe sentido (sujeito-sujeito), a hermenêutica filosófica de Gadamer possibilita que a norma liberte-se de amarras ideológicas contidas no texto legislativo para permitir o fornecimento de uma tutela jurisdicional adequada aos direitos sob litígio.

2 A JURISDIÇÃO COMO TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS

A sociedade enfrenta desafios diferentes ao longo da história. A evolução tecnológica, a globalização, as mutações culturais, as questões sanitárias, entre outros fatores impulsionam o direito a ser modificado ao longo do tempo, ao surgimento de novos direitos e a jurisdição começa a se deparar com lides diversas, muito mais complexas. Exemplos dessas transformações históricas são o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, o Acordo de Leniência, a Delação Premiada, a Reforma Tributária e a contratualização processual.

A partir das crises e mudanças de paradigmas que a jurisdição vem enfrentando – notadamente em face das diferentes facetas e

complexidade das espécies de direitos tutelados e seus métodos de efetivação – não se pode adotar as definições clássicas a respeito da jurisdição. As noções de Carnelutti (jurisdição como justa resolução da lide), Chiovenda (jurisdição como declaração da vontade do Estado) e Allorio (jurisdição como expressão da coisa julgada) não dão conta de explicar a complexidade da jurisdição (ARENHART; OSNA, 2014).

Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2017) explicam que o juiz “reconstrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto”. Assim, acredita-se que a jurisdição consiste na efetiva tutela dos direitos mediante a interpretação das normas: “para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da Constituição, deve atribuir sentido aos textos constitucionais, legais e ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela efetiva ao direito.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

E para que essa tutela seja adequada, é necessário combinar forma (direito processual) e substância (direito material) sob perspectiva diversa da dualidade clássica:³ unindo e não contrapondo tais institutos. Vale dizer: a contraposição entre direito processual e direito material não é capaz de fornecer uma resposta satisfativa a respeito da jurisdição, notadamente quando se compreende que

³ Também classicamente, os autores que se dedicaram ao estudo da teoria da ação passaram a defender uma dualidade entre direito processual e direito material, uma separação que alcançou outros patamares após a percepção (necessária e importante) da autonomia do direito processual. Atualmente, essa dualidade continua a ser discutida, mas compreende-se que o direito processual, com sua existência autônoma, é mecanismo de defesa do direito material: “A compreensão do processo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional requer a percepção da natureza instrumental da norma processual, isto é, de que essa deve permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela das necessidades do caso conflitivo.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

o processo é um meio capaz de garantir a efetividade do direito material.

Nesse sentido, Jeremy Waldron (2011, p. 5-7) propõe que o *rule of law* valha-se de três listas de institutos. A primeira lista consiste nos princípios formais de Lon Fuller: generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, viabilidade, estabilidade e congruência. A segunda lista é de características do processo: o direito a um tribunal imparcial, a um juiz legalmente treinado com independência de outros órgãos, à representação por advogado, de participar de todo o processo, confrontar testemunhas e apresentar evidências, à legalidade da prova apresentada em juízo, de fazer alegações e se manifestar, à prolação de decisões fundamentadas e que enfrentem os argumentos apresentados e o direito de recorrer delas. A terceira lista refere-se ao aspecto substantivo do *rule of law* – elaborada de acordo com o direito norteamericano: respeito à propriedade privada, proibição à tortura e brutalidade, presunção de liberdade e enfrentamento democrático. Como se vê, Waldron reconhece que o *rule of law* necessita tanto de aspectos processuais quanto substanciais.

De modo semelhante, Ragone (2018, p. 271) defende que o impacto recíproco entre forma e substância (processo e direito material) impõe diálogo, e um diálogo só é efetivo quando se chega a uma decisão justa. Por sua vez, Taruffo (1997, p. 318) afirma que a decisão judicial só é justa quando se vale concomitantemente da epistemologia (adequada verificação dos fatos na busca da verdade), da hermenêutica (adequada individualização das normas, interpretação dos textos e aplicação ao caso concreto) e das garantias processuais (procedimento que observa direitos fundamentais e legalidade procedimental).

Disto se extrai que a jurisdição atual e suas complexidades impõem ao intérprete uma responsabilidade interpretativa que vai além da clássica tarefa de descrever o conteúdo da lei: exige-se do julgador que atribua sentido ao Direito por meio da interpretação de textos que, a partir dessa atribuição de sentidos, tornam-se normas (GUASTINI, 2011, p. 63-64).

E a concretização de normas necessita cada vez mais de mecanismos adequados, atípicos e escolhidos em face das especificidades do caso que se apresenta para garantir a efetiva tutela do direito reconhecido. Nesse sentido, a flexibilização procedimental vem ao encontro da tutela adequada do direito material, pois diferentes direitos podem reclamar procedimentos diversos. Isso não significa que a flexibilização procedimental não apresente limites, mas sim que devemos repensar a concepção estática do processo para vê-lo em sua perspectiva dinâmica (CADIET, 2017, p. 150).

3 HERMENÊUTICA CRÍTICA A FAVOR DA JURISDIÇÃO EFETIVA

Como visto, as noções clássicas de jurisdição restaram superadas pela ideia de que a jurisdição requer a tutela efetiva dos direitos por meio da interpretação e de instrumentos adequados (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). E para que a jurisdição seja efetiva, o direito deve ser adequadamente tutelado em face do caso concreto sob exame, tanto formalmente (observância do devido processo legal) quanto materialmente (efetivação dos direitos das partes) (RAGONE, 2018, p. 271).

A hermenêutica crítica permite a adequação do texto legislativo à realidade social e jurídica atuais mesmo quando o texto esteja desatualizado, contrário a outras disposições legais ou

quando a inexistência de legislação a reger o caso concreto (inércia legislativa) traga insegurança aos jurisdicionados e violações a direitos fundamentais.

Exemplo disso é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (2019) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que trata do crime de homofobia. O Congresso Nacional nunca editou lei específica para proteger o vulnerável grupo LGBT, apesar da violência (física e psicológica) a que é notoriamente submetido diariamente no Brasil. Tal tutela é tão possível que outros grupos vulneráveis – como mulheres, por exemplo, por meio da Lei Maria da Penha e da criação do crime de feminicídio – têm sido protegidos normativamente. Assim, ao julgar a ADO 26, por meio de interpretação conforme a Constituição, a Corte instituiu a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo

com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. (BRASIL, 2019).

Nesse caso, a hermenêutica possibilitou aos Ministros da Corte Constitucional que, mediante interpretação conforme a Constituição, criminalizassem uma conduta extremamente prejudicial à sociedade, tutelando adequada e efetivamente o direito à dignidade da pessoa humana do grupo vulnerável, apesar da persistente lacuna legislativa – que, por si só, denota a “intenção do legislador”. Tal decisão vai ao encontro da proposta da hermenêutica filosófica (CADEMARTORI; NAVARRO, 2015, p. 154):

A hermenêutica filosófica oferece uma contribuição ao lidar com a tradição e o preconceito, de forma a deixá-los descobertos e evitando uma reprodução irrefletida dos cânones legais, permitindo, ao mesmo tempo, que a realidade circundante seja tomada em consideração para a aplicação da lei e que essa atuação interpretativa possa ser criativa e produtora, transformando a realidade em que está estabelecida.

Essa decisão configura sentença aditiva legitimada pela competência constitucional da Corte em garantir a efetividade dos direitos constitucionais dos jurisdicionados em caso de omissão legislativa (SOUSA FILHO, 2016):

A competência normativa do Supremo Tribunal Federal é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A proposta ora defendida baseia-se na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Caso contrário – o que ocorre quando os direitos (materialmente) fundamentais são desprezados –, o STF pode contribuir para o aperfeiçoamento da própria democracia, concretizando as precondições da deliberação no lugar das maiorias parlamentares inertes.

Para além dos casos de omissão legislativa, a hermenêutica filosófica também possibilita uma crítica e o distanciamento da “interpretação de acordo com a intenção do legislador” quando esta dissocia-se da realidade atual sob exame, pois libera o intérprete da busca de uma suposta “vontade legislativa”, que (i) muitas vezes se desconhece; (ii) pode ser irrelevante diante da configuração atual do ordenamento e sua cultura; (iii) pode existir na modalidade

de omissão legislativa; (iv) pode confrontar as demais normas tornando incoerente o sistema e/ou (v) pode servir a ideologias determinadas.

Cabe lembrar que Dworkin (1993, p. 104-144) rechaçava a interpretação de acordo com a intenção do legislador, o chamado originalismo, por uma série de motivos: (i) as intenções do legislador estão intimamente imbricadas com suas convicções pessoais; (ii) as interpretações concretas dos termos abstratos utilizados pelos legisladores e pelos intérpretes serão diferentes devido ao lapso temporal e as mudanças históricas; (iii) mesmo orientadas pela intenção do legislador, há interpretações mais ampliativas e mais restritivas e as ampliativas ainda abrem espaço para interpretações políticas por parte do intérprete.

Para além de garantia constitucional e requisito de validade das decisões judiciais, a fundamentação é a expressão da atividade hermenêutica do juiz, a demonstração dos caminhos que a interpretação toma a partir da historicidade e faticidade no olhar do intérprete – que após a fusão de horizontes passa a atribuir sentido aos textos que, concomitantemente, compreende, interpreta e aplica.

A omissão e a intenção legislativa não podem servir como aparato para engessar a interpretação dos textos e limitar a jurisdição efetiva. E a fundamentação da decisão judicial nesses casos apresenta papel imprescindível para demonstrar que a intenção do legislador é irrelevante se a tutela adequada dos direitos – atualmente e em face do caso concreto sob julgamento – redundará em solução jurídica diversa daquela que adviria de uma (suposta ou predeterminada) omissão ou intenção legislativa.

Disto se extrai que a hermenêutica filosófica alia-se ao atual conceito de jurisdição para, de modo crítico, impossibilitar que

omissões legislativas ou ideologias contidas no texto da lei ou em uma suposta intenção legislativa se sobressaiam em relação à adequada e justa tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, permitindo que o juiz exerça substancialmente (e não apenas formalmente) a função jurisdicional. E como assevera Lenio Luiz Streck (2014, p. 178), o limite dessa atividade são os valores, princípios e garantias contidos na Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

A jurisdição pode ser entendida como a tutela efetiva dos direitos a partir da atribuição de sentido ao Direito, por meio da interpretação. Nesse sentido, precisa unir direito processual e direito material, com procedimentos adaptáveis às diferentes necessidades dos direitos a serem garantidos e concretizados.

É comum que a legislação não se modifique ao longo do tempo com a mesma velocidade com que novas e complexas demandas e direitos surgem. Para garantir tais direitos e tutelá-los adequada e efetivamente, o juiz depende de métodos e instrumentos processuais que não engessem sua interpretação de modo a impedir ou prejudicar essa tutela.

A hermenêutica filosófica de Gadamer apresenta um cunho emancipatório ao propor um paradigma intersubjetivo que permite que o intérprete realize uma fusão de horizontes, projetando a si mesmo no texto ao atribuir-lhe sentido. Com isso, o intérprete se liberta da intenção legislativa e de amarras ideológicas contidas no texto (ou decorrentes de sua ausência) para interpretá-lo a partir da realidade circundante, tendo como alicerce e limite a Constituição Federal e os valores que ela resguarda.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. **International Journal of Procedural Law**, v. 4, n. 2, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **Dike** – Mestrado em Direito. Aracaju, v. 4, n. 2, ago./dez. 2015.

CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Legis Augustus**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2012.

RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. **Revista Derecho del Estado**, n. 41, jul./dez. 2018.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz Solipsista tupiniquim). **Revista Direito & Práxis**, v. 6, n. 10, 2015.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, n. 2, 1997.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLAMING, James E. (ed.). **Getting to the rule of law**. New York: New York University Press, 2011.