

CIÊNCIA E JUSTIÇA:

Reflexões sobre o papel do **poder judiciário**
na efetivação dos **direitos fundamentais.**

Estudos em homenagem ao
desembargador Lourival Serejo

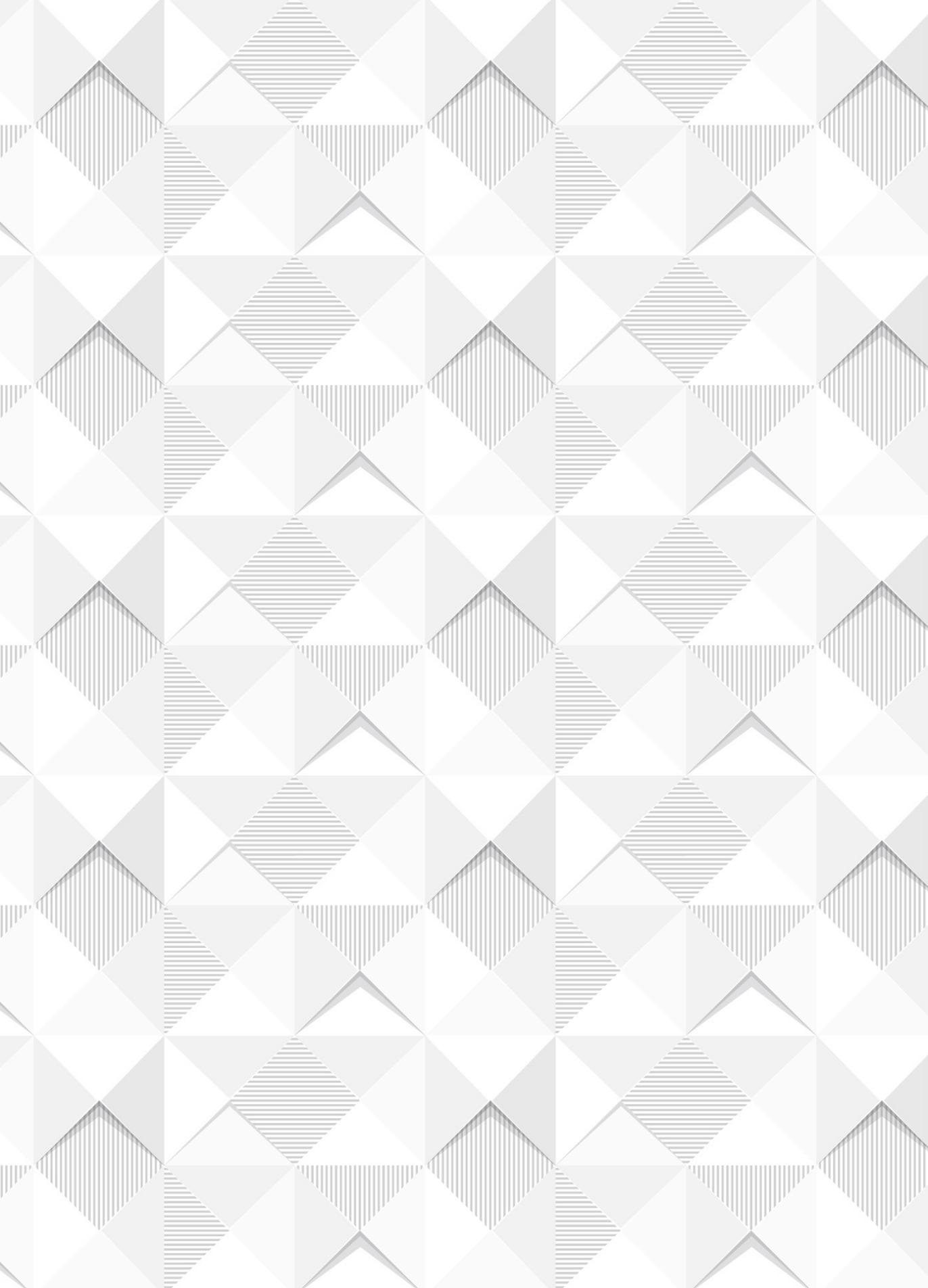
Organizadores

Robison Tramontina e Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos

CIÊNCIA E JUSTIÇA:

Reflexões sobre o papel do **poder judiciário**
na efetivação dos **direitos fundamentais.**

Estudos em homenagem ao
desembargador Lourival Serejo



CIÊNCIA E JUSTIÇA: Reflexões Sobre o papel do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. **Estudos em homenagem ao desembargador Lourival Serejo**

ORGANIZADORES

Robison Tramontina e Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos

AUTORES

Anderson Sobral de Azevedo

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

Fábio Gondinho de Oliveira

Karla Andrea Santos Lauletta

Lavínia Helena Macedo Coelho

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Maria Zenilda Lira do Rego

Paulo Brasil Menezes

Robison Tramontina

Suellen Gardênia Santos Bastos

Wilson Steinmetz



São Luís

2022

Copyright © 2022 by Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Presidente

Des. Vicente de Paula Gomes de Castro
Vice - Presidente

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Corregedor - Geral da Justiça

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos
Diretor

Des. Josemar Lopes Santos
Vice-Diretor

Osman Aguiar Bacellar Neto
Secretário- Geral

Railander Quintão Figueiredo
Programa de Pós-Graduação e Pesquisa - ESMAM

Robison Tramontina
Programa de Pós-Graduação em Direito –
UNOESC

Holídice Cantanhede Barros
Presidente da Associação dos Magistrados do
Maranhão - AMMA

Revisão Textual
Adeilson de Abreu Marques

Assessoria Editorial
Carlos Magno Belo Pereira CRB 13/580
Joseane Cantanhede dos Santos CRB13/493
Manoelle Moraes dos Santos CRB 13/921

Capa e diagramação
Carlos Eduardo Sales Alves
Assessoria de Comunicação do TJMA

As publicações Edições Esmam estão disponíveis para download gratuito no formato PDF. As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista da Escola Superior da Magistratura do Maranhão.

C259

Ciência e Justiça: reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais. estudos em homenagem ao desembargador Lourival Serejo / Organizadores: Robison Tramontina e José Jorge Figueiredo dos Anjos. - São Luís: ESMAM, 2022.

158 p.

Vários Autores.

Disponível também no formato eletrônico de e-book.

ISBN: 978-65-993764-8-1

e-ISBN: 978-65-993764-9-8

DOI 10.55339/9786599376498

1. Poder Judiciário 2. Direitos Fundamentais. 3. Justiça 4. Direito -Filosofia. I. Dimas Antônio de Souza. II. José Jorge Figueiredo dos Anjos. III. Título.

CDDir 342.7

CDU 341.256

Elaborada por Manoelle Moraes dos Santos CRB 13/921

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.



ESSA OBRA É LICENCIADA
POR UMA LICENÇA
CREATIVE COMMONS

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea foi pensada, estruturada e concretizada no âmbito da cooperação acadêmico-científico entre a Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) e o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), a Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (Esmam) e a Associação dos Magistrados do Maranhão (AMMA), cuja finalidade (digna de destaque entre as escolas da magistratura do Brasil) é o apoio à participação de profissionais do Judiciário no programa de pós-graduação em Direito - nível doutorado – e a realização de pesquisas conjuntas pertinentes aos sistemas de justiça e aos direitos fundamentais. Uma das atividades previstas nele é a publicação anual das pesquisas levadas a cabo pelos(as) discentes, algo que se materializa no presente livro.

Esta obra coletiva, intitulada “Ciência e Justiça: reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Estudos em Homenagem ao Desembargador Lourival Serejo”, caracteriza-se pela diversidade temática e pela pluralidade de abordagens. Traz, como questões de fundo, temas relacionados à pesquisa no campo do Direito e às grandes questões relacionadas à atuação do Judiciário.

O Primeiro artigo da coletânea, “Modelo *Seriatim* de Deliberação Judicial e a Controlabilidade da Ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro”, de autoria de **Wilson Steinmetz**, analisa o modelo *Seriatim* de deliberação adotado pelos tribunais judiciais brasileiros. Parte da suposição que esse tema é relevante do ponto de vista institucional e tem repercussões metodológicas na aplicação dos princípios por meio da ponderação. O problema objeto orientador é o seguinte: o modelo *seriatim* constitui um óbice institucional que impossibilita o controle racional intersubjetivo da aplicação de princípios por meio da ponderação? O argumento foi dividido em três etapas: inicialmente, faz uma reconstrução analítica e descritiva das ideias fundamentais de Robert Alexy sobre a teoria dos princípios e o exame de proporcionalidade, em especial o exame de ponderação. Depois, de forma concisa, expõe a crítica de Habermas, pela

sua relevância metodológica e sua repercussão. Por fim, argumenta-se sobre as dificuldades adicionais de controlabilidade, racional e intersubjetiva, da ponderação no âmbito do uso do modelo *seriatim* de deliberação judicial.

A temática do processo decisório também, na sequência, é abordada por **Fábio Gondinho de Oliveira** no “A Serendipidade decisória à luz da Teoria da Justiça de Rawls: entre a segurança jurídica e a decisão individualmente justa”. De acordo com o autor, o Poder Judiciário brasileiro costuma sofrer críticas a respeito da imprevisibilidade de suas decisões e seletividade de seus julgamentos. Em casos aparentemente idênticos, tribunais e juízes são capazes de proferir sentenças diametralmente opostas, fazendo nascer o fenômeno da serendipidade decisória. A criação de ferramentas e estruturas capazes de incrementar a previsibilidade das decisões judiciais costuma receber a crítica de que a adoção de tais ferramentas acabaria por engessar o direito e de ocasionar um incontornável déficit de justiça material por não serem capazes de sequer oportunizar a análise das peculiaridades do caso concreto. A questão que orienta a investigação é se o aumento da segurança jurídica acarreta, necessariamente, na redução de justiciabilidade das decisões. A Teoria da Justiça de Rawls dá o suporte teórico para dar conta dessa inquirição.

No terceiro texto, **Lavínia Helena Macedo Coelho e Paulo Brasil Menezes** analisam em “Teoria do Balanceamento na colisão de Direitos Fundamentais: atuação da Justiça Eleitoral na Era Digital” as argumentações jurídicas empregadas nas decisões eleitorais que coíbem a propagação de notícias falsas e a disseminação de discurso de ódio. Escrutinam a validade de argumentação jurídica que opta por responsabilizar frequentador de arena virtual, ainda que de fora do sistema político, por divulgar notícia ofensiva, difundindo discurso de ódio, a partir da necessidade de preservação do também constitucional direito à livre manifestação. Na busca da solução jurídica para enfrentar dito dilema, empregam a teoria do balanceamento de Robert Alexy, por possibilitar a escolha da opção fundada no menor prejuízo aos direitos fundamentais em discussão.

O Cenário da sociedade informacional, o conceito de autonomia da vontade, de matriz kantiana, e o *cyberlaw* são as categorias centrais do quarto artigo desta obra. Em “Sociedade da Informação, Cyberlaw e o Conceito kantiano de autonomia da Dogmática Constitucional Brasileira” de **Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz e Robison Tramontina**. Os autores defendem a necessidade da releitura da noção de autonomia para atender as demandas do novo cenário jurídico e social gestado na *cybersociety*. É uma investigação sobre a possibilidade de serem feitas ou não conexões do conceito kantiano de autonomia com a premissas da teoria de cyberlaw de Lawrence Lessig, a partir de um diálogo adequado com a dogmática constitucional brasileira. A investigação está dividida em duas

partes: a primeira caracteriza a sociedade da informação e apresenta a proposta arquitetônica do *Cyberlaw* de Lessing, a outra, analisa o conceito de autonomia em Kant e evidencia as leituras dogmáticas feitas na doutrina brasileira sobre essa concepção.

Os temas da cooperação social e da solidariedade são analisados à luz da teoria de Martha Nussbaum, respectivamente, por Anderson Sobral de Azevedo e Karla Andrea Santos Lauletta. Em “Princípios de Justiça e Cooperação Social: do Monismo ao Dualismo Moral”, **Anderson Sobral de Azevedo** sustenta que em sua obra *Fronteiras da Justiça*, Martha Nussbaum sugere que, ao invés de fundar-se na concepção de vantagem mútua, a cooperação social assenta-se na pretensão de sociabilidade da natureza humana. Tendo esta hipótese como partida, a autora pretende reformular a tese contratualista da justiça para resolver as três questões não respondidas pela *Justiça como Equidade*, de John Rawls, a saber: i) o problema da justiça para pessoas com impedimentos físicos e mentais; ii) o problema de ampliação da justiça para todos os cidadãos do mundo; iii) o problema da justiça envolvendo o tratamento de animais não humanos. A partir disso, o autor contrapõe as teorias da justiça de Nussbaum e Rawls especificamente no tocante às bases originárias da cooperação social, a fim de averiguar se alguma das duas teorias se destacaria em relação à outra, quando contrapostas à realidade factual da vida cotidiana. Também utiliza de Amartya Sen para solucionar as controvérsias entre Nussbaum e Rawls.

Em “A Solidariedade como Princípio Ético na Teoria de Martha Nussbaum e seus limites”, **Karla Andrea Santos Lauletta** procura demonstrar que a solidariedade como princípio ético está presente na teoria nussbauniana. E faz isso a partir da análise do cuidado não como uma capacidade única e separada das demais, mas sim, aquela que reflete sobre todas as demais capacidades com benefícios para toda a sociedade. Nesse contexto, analisa a importância da proposta da Teoria do Enfoque das Capacidades a partir da modernidade, destacando que o estímulo à solidariedade é fundamental numa Teoria de Justiça, dado o caráter desagregador e egocêntrico das sociedades capitalistas e o papel que o Estado exerce para o desenvolvimento e manutenção dessas sociedades.

Posteriormente, **Artur Gustavo Azevedo do Nascimento**, em “Educação e Cidadania: Uma aproximação entre as teorias de T.H. Marshall e John Rawls”, aborda a relação entre educação e cidadania a partir de uma aproximação dos quadros teórico trazidos por T. H. Marshall em sua obra “Cidadania e Classe Social” e John Rawls em “Uma Teoria da Justiça”. Embora as teorias possuam matrizes diversas, o autor identifica uma aproximação entre as teorias de Marshall e Rawls no que tange ao papel da educação na consolidação da cidadania –esta compreendida

como a capacidade de escolha do indivíduo quanto ao modo de vida e a efetiva possibilidade de participação política.

Suellen Gardênia Santos Bastos, no oitavo artigo da obra, “Análise da ideia de Justiça à luz das reflexões senianas e rawlsianas”, aborda o tema da justiça à luz das obras dos autores John Rawls e Amartya Sen. Para isso, aborda os conceitos de justiça e seus princípios, além da concepção denominada de institucionalismo transcendental e justiça distributiva presentes nas obras dos teóricos mencionados. Dessa forma, são estabelecidas duas concepções distintas da Teoria da Justiça, a fim de contribuir para uma análise sobre o tema no interior do Estado Democrático de Direito.

Por fim, em “A Covid-19 e a crise econômica: os mínimos existenciais como resposta do governo brasileiro para o atendimento aos trabalhadores”, **Maria Zenilda Lira do Rego** questiona se o Auxílio Emergencial, proposto pelo governo federal, atende as determinações da Política Nacional da Assistência Social e se população hipossuficiente efetivamente foi atendimento nas suas necessidades básicas. Para responder esses questionamentos, a autora realiza inicialmente com um resgate histórico da Assistência social, com um recorte das primeiras iniciativas de ajuda nas sociedades pré-capitalistas, as políticas sociais desenvolvidas nas sociedades capitalistas centrais e no Brasil, e finaliza com uma reflexão sobre a realidade brasileira em tempos de pandemia da COVID-19, considerando o contexto neoliberal, bem como os efeitos do auxílio emergencial.

Boa Leitura!!!

Professor Robison Tramontina

PREFÁCIO

“Ciência e Justiça: reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais” é um livro encantador, pois busca fomentar o sentimento acadêmico de realização desta importante ciência social que é o Direito. A obra, que ora prefaciamos, aborda relevantes questões relacionadas à vivência na operacionalização do Judiciário e, ao mesmo tempo, fortalece o papel representativo e contramajoritário na realização dos direitos fundamentais.

Toda iniciativa que se propõe a apresentar reflexões sobre a efetivação dos direitos fundamentais será muito bem-vinda para o Direito e para o Poder Judiciário. O campo de pesquisa é um solo fértil e desafiador. Nessa senda, inclui-se a Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (Esmam) como a grande precursora e vetor na construção dessa estrutura que realiza, constrói e participa das políticas judiciárias.

A coletânea dos artigos que seguem representa a inserção e o compromisso da nossa Escola, não apenas com o ensino, mas fundamentalmente com a pesquisa. Para isso, a Esmam buscou parcerias importantes com Programas de Pós-Graduação (mestrados e doutorados) brasileiros. A título de exemplo, podemos citar o Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC e o Programa de Mestrado em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, além de outras proposições.

O resultado dessas cooperações já pode ser verificado com a publicação de artigos elaborados por professores e alunos dos programas parceiros. Os temas dos artigos apresentam como eixo central o compromisso do Poder Judiciário com a realização de justiça, seja pela ponderação de princípios, seja pela análise dialógica da construção de um Judiciário cada vez mais preocupado com a concretização de políticas judiciárias, a partir de temas sensíveis que mexem com a democracia e com o sentimento de formação social dos destinatários de espaço cada vez mais interdependentes e conectados.

Cumprimentamos de forma especial o desembargador Lourival Serejo, que na gestão máxima do Judiciário maranhense tem incentivado e comprometido a Instituição TJMA na concretização do macrodesafio que é a aprendizagem e o conhecimento, com a realização de indicadores de formação de servidores e magistrados e que, para isso, por meio da nossa Escola Superior da Magistratura,

tem buscado construir as melhores parcerias para fortalecer o ensino e a pesquisa. De forma não incipiente, louvamos as produções textuais de autoras e autores, que aceitaram o convite para colaborarem com suas reflexões e engrandecimento desta obra.

Esperamos que este livro, a partir das temáticas e abordagens metodológicas, com diferentes matizes epistemológicas, possa reverberar no seio acadêmico de forma que fomente cada vez mais o sentimento de amor à pesquisa e às boas práticas judiciais.

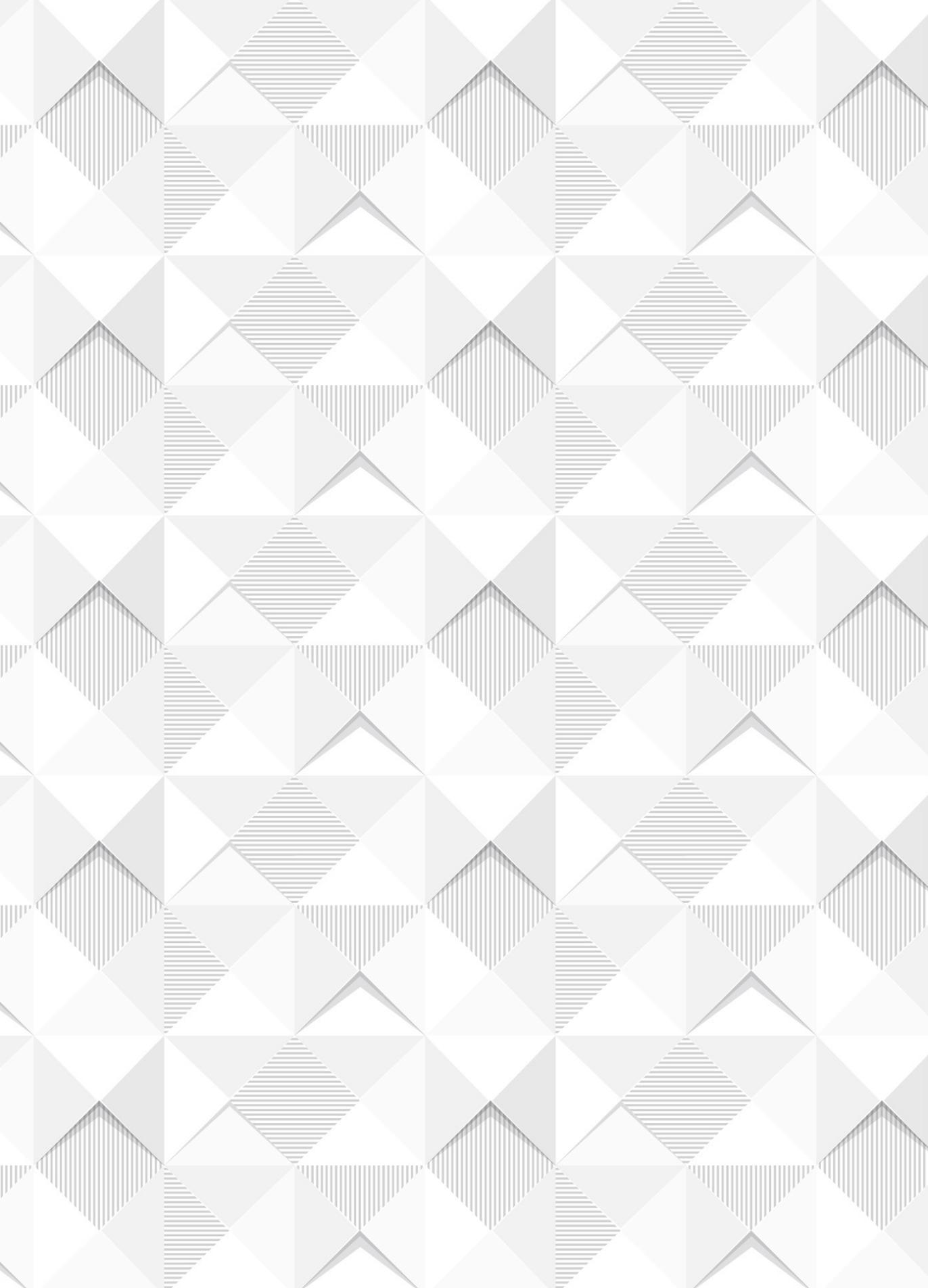
Por fim, parafraseando Leonardo Da Vinci lhes digo que “aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa, nunca tem medo e nunca se arrepende”. Tenham todas e todos uma excelente leitura.

São Luís/MA, 23 de março de 2022.

Desembargador José Jorge Figueiredo dos Anjos

SUMÁRIO

MODELO SERIATIM DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E CONTROLABILIDADE DA PONDERAÇÃO: UMA QUESTÃO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICA PARA O CASO BRASILEIRO <i>Wilson Antônio Steinmetz</i> DOI 10.55339/9786599376498001	13
A SERENDIPIDADE DECISÓRIA À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS: ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A DECISÃO INDIVIDUALMENTE JUSTA. <i>Fábio Gondinho de Oliveira</i> <i>Lavínia Helena Macedo Coelho</i> <i>Paulo Brasil Menezes</i> DOI 10.55339/9786599376498002	29
A TEORIA DO BALANCEAMENTO NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NA ERA DIGITAL <i>Lavínia Helena Macedo Coelho</i> <i>Paulo Brasil Menezes</i> DOI 10.55339/9786599376498003	41
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, CYBERLAW E O CONCEITO KANTIANO DE AUTONOMIA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA <i>Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz</i> <i>Robison Tramontina</i> DOI 10.55339/9786599376498004	57
PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA E COOPERAÇÃO SOCIAL: DO MONISMO AO DUALISMO MORAL <i>Anderson Sobral de Azevedo</i> DOI 10.55339/9786599376498005	79
A SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO ÉTICO NA TEORIA DE MARTHA NUSSBAUM E SEUS LIMITES <i>Karla Andrea Santos Lauletta</i> DOI 10.55339/9786599376498006	93
EDUCAÇÃO E CIDADANIA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS TEORIAS DE T.H. MARSHALL E JOHN RAWLS <i>Artur Gustavo Azevedo do Nascimento</i> DOI 10.55339/9786599376498007	109
ANÁLISE DA IDEIA DE JUSTIÇA À LUZ DAS REFLEXÕES SENIANAS E RAWLSIANAS <i>Suellen Gardênia Santos Bastos</i> DOI 10.55339/9786599376498008	121
A COVID-19 E A CRISE ECONÔMICA: OS MÍNIMOS EXISTENCIAIS COMO RESPOSTA DO GOVERNO BRASILEIRO PARA O ATENDIMENTO AOS TRABALHADORES <i>Maria Zenilda Lira do Rego</i> DOI 10.55339/9786599376498009	133



MODELO *SERIATIM* DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E CONTROLABILIDADE DA PONDERAÇÃO: UMA QUESTÃO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICA PARA O CASO BRASILEIRO

Wilson Antônio Steinmetz

1 INTRODUÇÃO

Na última década do século 20 e na primeira década do século 21, a teoria dos princípios – em especial a teoria dos princípios de Robert Alexy – exerceu grande influência na teoria e na dogmática do direito público brasileiro. Dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos e inúmeros livros tiveram por objeto específico a teoria dos princípios e muitas outras dissertações, teses, artigos e livros a adotaram como teoria de base ou ponto de partida para descrever e explicar problemas específicos de interpretação e aplicação de direitos fundamentais institucionalizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As ideias nucleares da teoria dos princípios e o discurso sobre o resgate e a importância da normatividade dos princípios logo cruzaram as fronteiras da investigação acadêmica especializada, passando também a influenciar o pensamento doutrinário em sentido amplo, incluídos aqui os livros-textos (cursos, manuais e demais livros com fins didáticos e profissionais).¹ Progressivamente também as práticas jurídicas, exercidas pela comunidade dos operadores do direito, tornaram-se sensíveis ao discurso dos princípios. Os pareceres, as sentenças e os acórdãos expressam a ressonância da teoria dos princípios no âmbito da aplicação concreta do direito, em especial dos direitos fundamentais, citando autores que se filiam, desenvolvem ou são influenciados pela teoria dos princípios. É verdade que em muitos casos trata-se de referência mais nominal aos conceitos fundamentais da teoria dos princípios que interpretação e aplicação metodologicamente argumentadas.

Mais recentemente, a teoria e a dogmática do direito constitucional desenvolvidas no Brasil passaram também a repercutir as objeções à teoria dos princípios e à teoria da ponderação – muitas delas já formuladas no próprio contexto de origem dessas teorias (Alemanha).² Neste trabalho, não se faz um inventário ana-

1 Nem sempre nos livros-textos para fins didáticos e profissionalizantes há referências expressas à teoria dos princípios de Robert Alexy. Mas é fato que o discurso sobre a normatividade e relevância interpretativo-aplicativa dos princípios está presente.

2 Nesse sentido, ver coletânea organizada por Campos (2016).

lítico e crítico dessas objeções. Faz-se apenas uma breve referência àquela objeção que mais tem repercutido no Brasil, que é a formulada por Jürgen Habermas.

O propósito principal deste trabalho é pôr em evidência, como desafio para o controle racional e crítico da ponderação, uma questão adicional: o modelo *seriatim* de deliberação adotado pelos tribunais judiciais brasileiros. Parte-se da suposição que essa questão é relevante do ponto de vista institucional e tem repercussões metodológicas na aplicação dos princípios por meio da ponderação. O problema objeto pode ser formulado concisamente nestes termos: o modelo *seriatim* constitui um óbice institucional que impossibilita o controle racional intersubjetivo da aplicação de princípios por meio da ponderação?

Metodologicamente, este trabalho orienta-se por uma abordagem analítica e crítica do problema. Inicialmente, faz-se uma reconstrução analítica e descritiva das ideias fundamentais de Alexy sobre a teoria dos princípios e o exame de proporcionalidade, em especial o exame de ponderação. Depois, de forma concisa, expõe-se a crítica de Habermas, pela sua relevância metodológica e sua repercussão. Por fim, argumenta-se sobre as dificuldades adicionais de controlabilidade, racional e intersubjetiva, da ponderação no âmbito do uso do modelo *seriatim* de deliberação judicial.

2 PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO

Aqui, é oportuno retomar, com brevidade, as ideias centrais da teoria dos princípios de Alexy³ e que influenciaram a teoria e a dogmática dos direitos fundamentais no Brasil.

O ponto de partida da teoria dos princípios é a distinção teórico-estrutural das normas em princípios e regras.⁴ Para Alexy, entre normas-princípios e normas-regras, para além de uma diferença gradual – abstração e generalidade –, há também e sobretudo uma diferença qualitativa que consiste nisto:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandamentos de otimização* enquanto as regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas

³ Na literatura especializada brasileira, exposições detalhadas encontram-se, entre outros, em Steinmetz (2004, p. 202-216) e Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 43 e ss.).

⁴ Antes de Alexy, contribuição decisiva para distinção entre princípios e regras foi formulada por Dworkin em 1967. Em edição portuguesa, ver Dworkin (2002, p. 35 e ss.).

não só por regras, mas também, essencialmente, pelos princípios opostos. Isso implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Em contrapartida, as regras são normas que sempre ou bem são satisfeitas, ou não o são. Se uma regra é válida e é aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos. Nesse sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação e tampouco dela necessitam. A subsunção é para elas a forma característica de aplicação do direito.⁵

Essa distinção teórico-estrutural mostra-se correta e útil quando se consideram, como banco de provas, as colisões de princípios e os conflitos de regras.⁶ Ambos se caracterizam – e isto é o que eles têm em comum – pelo fato de, em um determinado caso, serem aplicáveis duas normas cujos resultados, para a solução do caso, são incompatíveis ou opostos, isto é, as duas normas são aplicáveis, contudo, se aplicadas isoladamente, conduzem, uma e outra, a soluções opostas ou excludentes entre si. Não obstante esse traço comum, o método de solução de colisões de princípios e conflitos de regras é diferente.

Os conflitos de regras podem ser solucionados de dois modos: (i) ou com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, não sendo isso possível, (ii) com a declaração de invalidade – um juízo de (in)validade – de ao menos uma delas, com base em critérios como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Essas formas de solução, enfatize-se, decorrem das regras como mandamentos definitivos, do tipo tudo ou nada.

As colisões de princípios exigem um método de solução diferente. Não há introdução de cláusula de exceção em um nem declaração de invalidade de um dos princípios. Com base nas circunstâncias relevantes do caso – são elas que determinam o peso relativo de cada um dos princípios no caso –, um dos princípios precede o outro, ou, o que é dizer o mesmo, um princípio cede ante o outro.

Contudo, isso não significa que em diferentes casos de colisão com os mesmos princípios envolvidos – e.g., P_1 versus P_2 – sempre o mesmo princípio (e.g., P_1) tem precedência (em relação, e.g., a P_2). Se assim fosse, estar-se-ia ante uma ordem (hierarquia) “dura” (abstrata) de princípios, isto é, ante uma relação de precedência absoluta. Essa ordem “dura” não é possível, porque os princípios constitucionais *in abstracto* têm idêntica hierarquia e igual peso. Conforme Alexy, “[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob

5 Alexy, 1997b, p. 162. Ver também Alexy, 1997a, p. 86-87 e 1988, p. 143-144.

6 Cf. Alexy, 1997a, p. 87-90; 1988, p. 142-143; 1997b, p. 162-164.

outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso”⁷

Como se vê, a precedência de um dos princípios resulta da consideração das condições – leia-se: circunstâncias do caso – sob as quais e em razão das quais há a precedência. São essas condições que determinam, no caso concreto, qual é o peso de cada princípio. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, *in concreto*, um princípio precede outro e fundamentar por que sob essas específicas condições um princípio precede o outro é o método da ponderação de bens.

O que se acaba de descrever faz referência a outros dois elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy: à tese da *relação de precedência condicionada*, formalizada concisamente na *lei de colisão*, e à ponderação de bens, estruturada no princípio da proporcionalidade.

A estrutura das soluções de colisões de princípios pode ser resumida na *lei de colisão*.⁸ Para a análise que conduz à *lei de colisão*, Alexy toma como exemplo de colisão de princípios o caso da incapacidade processual,⁹ no qual o Tribunal Constitucional alemão tinha de decidir se era admissível a realização de uma audiência ante a possibilidade de o acusado sofrer um infarto. De um lado, estava o princípio que ordena a aplicação do direito penal no maior grau possível; de outro, o princípio da proteção da vida e da integridade física do acusado. Isoladamente considerados, os princípios, de idêntica hierarquia constitucional, conduzem a resultados opostos. No caso concreto, um limita as possibilidades de realização do outro. Como se trata de uma colisão de princípios, a solução consiste em, tomando em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. Que isso significa precisamente? Segundo Alexy, “a determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as *condições* sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”¹⁰

Contudo, sob quais condições um princípio precede o outro? O Tribunal Constitucional alemão utiliza a metáfora do peso. Segundo o Tribunal, há que se

7 Alexy, 1997a, p. 89.

8 Alexy, 1997a, p. 90-95; 1988b, p. 146-147; 1997b, p. 170-171.

9 BVerfGE 51, 324.

10 Alexy, 1997a, p. 92. A *relação de precedência condicionada* é uma relação concreta de precedência. Diferencia-se, portanto, da *relação de precedência incondicionada*, que é uma relação abstrata ou absoluta de precedência, somente realizável se fosse possível justificar uma ordem hierárquica de princípios *in abstracto*.

verificar se “os interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso essencial maior que o daqueles interesses a cuja preservação deve servir a medida estatal”.¹¹ Mas que significa peso nesse contexto? Para Alexy, a resposta é esta: “o princípio P_1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P_2 quando existem razões suficientes para que P_1 preceda a P_2 , sob as condições C dadas no caso concreto”.¹² Portanto, peso, aqui, significa ou equivale a razões suficientes.

No caso da incapacidade processual, a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade – e, por conseguinte, a cedência do princípio da efetiva aplicação do direito penal – é explicitada nesta frase do Tribunal Constitucional alemão: “se existe o perigo concreto, manifesto, de que o acusado, no caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos em sua saúde, então a continuação do processo o lesa em seu direito fundamental do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da LF”.¹³ O Tribunal não criou uma cláusula de exceção nem declarou inválido o princípio que cedeu, mas decidiu que, nesse caso, por causa das circunstâncias ou condições (“perigo concreto, manifesto, de que o acusado, no caso de levar-se a cabo a audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos em sua saúde”), há razões suficientes (dimensão do peso) para prevalecer o princípio da proteção à vida e à integridade física do acusado.

Tomando como exemplo o caso da incapacidade processual, Alexy formula a *lei de colisão*, válida para a descrição de todas as soluções de colisões: “as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.¹⁴

As condições de precedência estabelecidas informam o peso relativo dos princípios no caso concreto e permitem uma decisão de prevalência. Esse é o resultado da ponderação dos princípios em jogo.¹⁵ Essa ponderação, mediante a especificação e a valoração das condições que determinam a precedência de um dos princípios, é consequente com a noção de princípios como mandamentos de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

A *lei de colisão*, segundo Alexy, não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser funda-

11 BVerfGE 51, 324 (346). Cf. Alexy, 1997a, p. 93.

12 Alexy, 1997a, p. 93.

13 BVerfGE 51, 324 (346). Cf. Alexy, 1997a, p. 93.

14 Em uma formulação mais técnica da *lei de colisão* (Alexy, 1997a, p. 94): “se o princípio P_1 , sob as circunstâncias C , precede o princípio P_2 : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se de P_1 sob as circunstâncias C resulta a consequência R , então vale uma regra que contém C como suposto de fato e R como consequência jurídica: $C \circledast R$ ”.

15 “A relação de precedência condicionada que soluciona a colisão expressa uma determinação, referida a um caso, do peso dos princípios em jogo e é, nesta medida, o resultado de uma ponderação” (Alexy, 1997c, p. 205).

mentado: o resultado que se alcança com a ponderação. Em outros termos, o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de precedência ou preferência (de cuja generalização resulta a *lei de colisão*) que expressa uma relação de precedência condicionada – sob à qual se subsume o caso concreto.¹⁶

Assim, aqui, chega-se a outro elemento da teoria dos princípios de Alexy: as estruturas de ponderação.

O que se termina de dizer é que, ante uma colisão de princípios, a relação de precedência condicionada – formalizável ou estruturável em uma regra de precedência à qual se subsume o caso concreto – é o resultado de uma ponderação. Contudo, isso ainda pouco ou nada diz sobre *como*, precisamente, opera (*modus operandi*) a ponderação; pouco ou nada informa sobre as “estruturas da ponderação”, isto é, sobre as operações cognitivas que orientam a ponderação. Enfatize-se isto: a regra de precedência descreve o resultado de uma ponderação; contudo, não descreve o processo intelectual da ponderação.

Segundo Alexy,¹⁷ entre a teoria dos princípios – segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização e a colisão de princípios se resolve mediante ponderação – e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito – esta última é o mandamento de ponderação propriamente dito. Há uma coimplicação entre princípios e máxima da proporcionalidade: os princípios exigem a máxima da proporcionalidade – de modo especial a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação) – para que se solucionem as colisões de princípios *in concreto* e a máxima da proporcionalidade determina as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios, isto é, determina o grau de otimização (realizabilidade ou satisfação) dos princípios *in concreto*. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que na dogmática e na jurisprudência constitucionais contemporâneas – de matriz germânica – chama-se princípio da proporcionalidade¹⁸. Portanto,

16 Alexy, 1997a, p. 98.

17 Alexy, 1997a, p. 111 et seq. Ver também Alexy, 1988, p. 147-148; 1997b, p. 171-172; e 1997c, p. 203-207.

18 Alexy prefere a expressão ‘máxima de proporcionalidade’ à expressão ‘princípio de proporcionalidade’ por razões conceituais: “a máxima de proporcionalidade costuma ser chamada ‘princípio de proporcionalidade’. Sem embargo, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto [princípio como mandamento de otimização]. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. O que se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência a inconstitucionalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras” (Alexy, 1997a, p. 112, nota de rodapé 84). Sobre as diferentes caracterizações da proporcionalidade – máxima, regra, princípio,

as estruturas de ponderação a que se refere a teoria dos princípios de Alexy – que são, em última análise, estruturas de argumentação racional – ganham forma pelo princípio constitucional da proporcionalidade e seus três elementos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito das restrições de direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela restrição e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa ou judicial) limitadora que pretende tornar possível o alcance ou a promoção do fim almejado.¹⁹ O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcionada.

O princípio da adequação – por vezes também denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade – ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido.

Nas palavras de Alexy²⁰ – tomando como exemplo uma colisão entre o princípio (direito) da liberdade de expressão e o princípio (bem) da segurança externa –, a máxima (princípio) da adequação “[...] diz que se uma ação não é adequada para promover a realização de um princípio – no exemplo, o da segurança externa – porém o é para inibir a realização de outro princípio, isto é, o direito à liberdade de expressão, então está proibida em relação a ambos os princípios”.

O exame de adequação da relação meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é adequado, empírica ou faticamente, para alcançar ou promover o objetivo pretendido. O princípio da necessidade – também denominado

critério, postulado –, ver a análise crítica de Ávila (1999, p. 168 *et seq.*). Na linguagem dos juristas brasileiros, de modo geral, está consagrada a expressão ‘princípio da proporcionalidade’. O mesmo ocorre na linguagem das fontes (e.g., Lei n. 9.784/1999, art. 2º, *caput*; Lei 12.305/2010, art. 6º, XI). Entre os juristas, as exceções ficam por conta de Ávila (1999; 2000, p. 91-97; e 2003, p. 104-117), que usa a expressão ‘postulado da proporcionalidade’, e Virgílio Afonso da Silva (2002 p. 23-50), que usa a expressão ‘regra da proporcionalidade’.

19 Nesse sentido, diz Ávila (1999, p. 172): “a sua aplicação [aplicação do postulado da proporcionalidade] está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja *devido* realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação ‘meio-fim’ objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto”. Aqui, é oportuno acrescentar algo mais sobre “meio” e “fim”. Quanto ao meio (medida, ação), a sua identificação, *in concreto*, normalmente, é imediata e não demanda operações cognitivas complexas. Quanto ao fim, por vezes, ele se confunde com um dos princípios em questão; precisamente, aquele que se pretende realizar ao máximo. Nesses casos, a identificação do fim é imediata. Contudo, em outras vezes, o fim perseguido não se confunde com o princípio que se quer realizar ao máximo, mas nele encontra uma justificação normativa ou uma premissa normativa como ponto de partida de um argumento cujo resultado é o próprio fim pretendido. Nesses casos, a identificação do fim não é imediata e exige operações cognitivas mais complexas.

20 Alexy, 1997c, p. 205.

princípio da exigibilidade e de princípio da indispensabilidade – ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão. Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental(is) em questão.

Nas palavras de Alexy,²¹ a máxima (princípio) da necessidade “[...] diz que uma ação, em relação à qual existe uma alternativa que, ao menos, promove a realização de um dos princípios, por exemplo, o da segurança externa, e inibe menos o outro princípio, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, então [a ação] está proibida em relação a ambos os princípios”.

É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é, entre os meios igualmente eficazes, o menos gravoso ou o menos prejudicial.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação, assim formulado por Alexy: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.²² É a lei da ponderação.

A análise do conteúdo dessa lei mostra que a ponderação consiste em três passos. Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau da intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro: demonstração de se a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido.

Por fim, um último elemento constitutivo da teoria dos princípios de Alexy: as precedências ou prioridades *prima facie*.²³ Se, de um lado, não é possível a estruturação de um sistema (uma ordem hierárquica) abstrato(a) de precedências entre princípios – dada a idêntica hierarquia *in abstracto* dos princípios não é possível justificar relações de precedência incondicionadas (absolutas ou definitivas) –, de outro lado, é possível estabelecer condições (gerais) de precedência *prima facie*, com o objetivo de criar uma certa ordem – uma “ordem fraca” – no campo dos princípios. Alexy toma como exemplo a argumentação do Tribunal Constitucional alemão na decisão sobre o *Caso Lebach*,²⁴ quando o Tribunal estabeleceu,

21 Alexy, 1997c, p. 205.

22 Alexy, 1997a, p. 161.

23 Alexy, 1988, p. 148. Ver também Alexy, 1997b, p. 172 e 1997c, p. 207-208.

24 Conforme relato de Alexy (1997a, p. 95), no *Caso Lebach* [BVerfGE 35, 202] estava em exame esta situação: “O Segundo Programa de Televisão (ZDF) planejava a emissão de uma película documental: ‘O assassinato de soldados em Lebach’. Nesta película deveria informar-se acerca de um crime no qual quatro soldados do grupo da guarda de um depósito de munições do Exército Federal próximo de Lebach foram

em um primeiro momento da argumentação, uma precedência geral do princípio da liberdade de informação (GG, art. 5.1, frase 2) ante a proteção da personalidade (GG, art. 2.2 combinado com o art. 1.1) na hipótese de “uma informação atual sobre um delito grave”.

As precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio (e.g., P_1) – e precisamente por isso são determinações *prima facie* e denominadas de “precedências *prima facie*” ou “prioridades *prima facie*” –, contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio (e.g., P_2) no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio. De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro, exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus de argumentação para serem afastadas. Isso significa que em um caso concreto de colisão entre os princípios da liberdade de informação e da proteção da personalidade, a despeito da precedência *prima facie* em favor da liberdade de informação – “informação atual sobre um delito grave” –, se os argumentos em favor da precedência do princípio (oposto) da proteção da personalidade forem mais fortes, então aquela precedência *prima facie* deve ser afastada porque se cumpriu com o ônus da argumentação.²⁵ Dizendo de outro modo, uma precedência geral *prima facie* estabelecida em favor de um princípio P_1 ante um princípio P_2 pode ser afastada se os argumentos (leia-se: *condições de precedência condicionada*) em favor da precedência de P_2 forem mais fortes. As precedências (gerais) *prima facie* tomadas como ponto de partida não necessariamente são confirmadas ou mantidas no ponto de chegada (decisão) do caso concreto. Contudo, elas têm como contrapartida um ônus de argumentação.

assassinados enquanto dormiam e foram subtraídas armas com as quais se pretendia realizar outros atos criminosos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime e que estava a ponto de sair da prisão considerou que a emissão dessa película televisiva, na qual ela [a pessoa] era mencionada expressamente e aparecia fotografada, violava seu direito fundamental do artigo 1.1 e do art. 2.2, frase 1, da LF, sobretudo porque fazia perigar sua ressocialização. O Tribunal Provincial rejeitou o pedido de uma decisão liminar para proibir a emissão da película e o Tribunal Provincial Superior rejeitou a apelação dessa decisão. Contra essa última decisão, a pessoa apresentou um recurso de inconstitucionalidade”.

25 Isso é o que aconteceu no próprio *Caso Lebach* (Alexy, 1997a, p. 96-97). Na argumentação que desenvolveu, após chegar a uma precedência geral do princípio da liberdade de informação ante o princípio da proteção da personalidade na hipótese de “uma informação atual sobre fatos delituosos”, o Tribunal Constitucional sustenta que no caso de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que já não responde a interesses atuais de informação” e que “põe em perigo a ressocialização do autor” deve ter precedência a proteção da personalidade ante a liberdade de informação. Com essa argumentação, o Tribunal Constitucional decidiu pela prevalência da proteção da personalidade. A precedência geral *prima facie* (“uma informação atual sobre fatos delituosos”), inicialmente estabelecida pelo Tribunal Constitucional, foi afastada com uma argumentação (“ônus de argumentação”) que explicitou condições de precedência mais fortes, a saber: informação televisiva repetida, falta de interesse atual na informação e perigo para a ressocialização da pessoa.

3 A OBJEÇÃO HABERMASIANA

Pode-se afirmar que houve, no Brasil, uma recepção entusiasmada da teoria dos princípios e do princípio da proporcionalidade, incluída neste a ponderação. E isso se deve a razões teórico-jurídicas – força analítica e explicativa da teoria dos princípios e também a razões jurídico-políticas. A teoria dos princípios foi vista como um poderoso instrumento para a afirmação da normatividade e efetividade da Constituição, em especial dos direitos fundamentais (artigos 5º-17º), dos princípios fundamentais da República (artigos 1º-4º), dos princípios que regem a atividade administrativa (artigo 37), dos princípios que informam a tributação (artigos 145 e seguintes) e dos princípios que pautam a atuação estatal, direta e indireta, na atividade econômica (artigo 170).

No Brasil, contudo, recentemente, as críticas ou objeções à teoria dos princípios começaram, aqui e ali, a se manifestar. Assim como recepcionamos a teoria dos princípios, também estamos repercutindo as críticas ou objeções a essa teoria. A crítica que mais repercute no Brasil é a crítica de Jürgen Habermas ao conceito de princípio como mandamento de otimização, que implica também uma crítica ao método da ponderação.

Habermas identifica no conceito de princípio como mandamento de otimização um esvaziamento ou enfraquecimento da dimensão deontológica das normas jurídicas em favor de uma dimensão teleológica (valorativa).

Tanto as regras (normas), como esses postulados gerais (princípios), são mandamentos (ou proibições, ou permissões), cuja validade deontica expressa o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses dois tipos de regras não deve se confundir com a distinção entre normas e fins ou objetivos. Os princípios, da mesma forma que as regras, não têm uma estrutura teleológica. E não devem entender-se – contra o que sugere a apelação à ‘ponderação de bens’ nas habituais *Methodenlehren* ou ‘metodologias jurídicas’ – como mandamentos de otimização, pois com isso desapareceria o sentido deontológico de sua validade.²⁶

A consequência mais grave seria o irracionalismo resultante da aplicação de normas por meio da ponderação de valores ou fins. Por não haver critério racionais, “[...] a ponderação se realiza de forma arbitrária ou não reflexiva, segundo estândares ou hierarquias às quais se está acostumado”.²⁷ Alexy rebateu as objeções de Habermas, bem como críticas de outros autores (e.g., E.-W. Böckenförde).²⁸

²⁶ Habermas, 2001, p. 278.

²⁷ Alexy, 2001, p. 332.

²⁸ Alexy, 2003, 2004 e 2014.

Aqui, não é o caso de resenhar e analisar os argumentos de Alexy. No caso brasileiro, e este é o propósito deste texto, é pôr em evidência o tema do modelo procedimental de deliberação judicial e suas implicações para a controlabilidade racional intersubjetiva na aplicação do teste/exame de ponderação.

4 MODELO *SERIATIM* DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E PONDERAÇÃO

Aqui, não se tem por objetivo responder à pergunta de se há alguma especificidade ou inovação brasileira nas críticas à teoria dos princípios e em especial ao método da ponderação. Contudo, trabalha-se com a hipótese que no Brasil, de fato, há uma questão de natureza institucional que pode repercutir – talvez já repercuta de forma problemática no controle intersubjetivo do teste de proporcionalidade, em especial da aplicação da ponderação. Trata-se do modelo de deliberação dos tribunais de segundo grau, tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal.

Adotado o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela via de exceção (incidental), todas as instâncias judiciais são competentes para decidir sobre questões constitucionais. Isso compreende duas coisas. Cabe a todo e qualquer órgão judicial de forma autônoma decidir (*i*) se um caso tem relevância constitucional ou é uma questão constitucional e, depois, (*ii*) decidir o caso com base em fundamentos e argumentos constitucionais. Assim, a distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária assume feições diferentes de outros países, como da República Federal da Alemanha ou da Espanha, para citar dois exemplos. No Brasil, todo juiz é um juiz constitucional. Assim, todo juiz é competente para fazer ponderação (sopesamento, balanceamento) em casos de colisão de princípios ou entre princípios e regras.

Nos tribunais de segundo grau, nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, vige o modelo procedimental de deliberação *seriatim* e não o modelo *per curiam* (do latim “pela corte”; opinião ou parecer pela corte). O modelo de decisão *per curiam* apresenta o resultado da deliberação como “opinião do tribunal” em texto (voto) único. No modelo de decisão *seriatim*, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro. Nas instâncias judiciais colegiadas, o resultado final de uma deliberação jurisdicional é o resultado da contabilização dos votos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se todos os onze juízes participam, podemos ter os seguintes escores: 6 X 5, 7 X 4, 8 X 3, 9 X 2, 10 X 1 ou 11 X 0. A decisão, por maioria ou unanimidade, é do tribunal, mas os fundamentos da decisão são eleitos e expostos nos votos individuais.

Cada juiz forma livremente seu convencimento e faz sua valoração dos aspec-

tos empíricos e normativos do caso. E expressa isso em voto individual que irá somar-se aos outros votos individuais. Sempre há um resultado certo e determinado do caso, sintetizado no dispositivo do acórdão, mas nem sempre é possível identificar com clareza as circunstâncias fáticas e os argumentos normativos que a maioria vencedora considerou relevantes ou mais relevantes para a decisão. Nem sempre é possível identificar com clareza e precisão a *ratio decidendi*.²⁹ Entre os juízes que formaram a maioria, os votos individuais podem apresentar fundamentos ou razões (empíricas e normativas) diferentes e até mesmo opostas e/ou contraditórias entre si. Em síntese, pelo modelo *seriatim* de decisão, juízes que concordam sobre o resultado da decisão (procedência ou improcedência da demanda), podem divergir de forma relevante em relação às razões ou aos fundamentos da decisão.

Esse modelo deliberativo pode assumir contornos dramáticos nos casos em que o tribunal aplicou ou diz ter aplicado o teste da proporcionalidade, em especial o teste da ponderação. Como reconstruir racional (lógica e analiticamente) e de forma intersubjetivamente controlável e crítica as razões ponderativas (empíricas e normativas) do tribunal se há uma diversidade de votos, havendo, muitas vezes, oposição, divergência ou contradição entre argumentos enunciados pelos juízes que formaram a maioria vencedora? Como reconstruir e explicitar a regra de solução, na forma da lei de colisão, se nem sempre é possível identificar quais foram para o tribunal ou para a maioria vencedora as circunstâncias consideradas relevantes e que determinaram a prevalência do princípio constitucional P^1 sobre o princípio constitucional P^2 .

Se é difícil controlar a racionalidade de uma ponderação de uma instância que decide segundo o modelo *per curiam*, mais difícil ainda é controlar a racionalidade de uma ponderação de uma instância que adota o modelo *seriatim*.

Segundo a *lei de colisão*, “As condições sob as quais um princípio tem prioridade frente a outros constituem o suposto de fato (suporte fático) de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem prioridade”. Do ponto de vista da controlabilidade racional da decisão, essa lei exerce uma função relevante, porque ela destaca a importância de se identificar as circunstâncias que foram

29 Conforme observa Vale (2014), “[...] a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte — unívoca e impessoal —, mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de fazer, seja por meio de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais”.

consideradas relevantes para determinar ou justificar a precedência de um princípio frente ao outro.

No modelo *seriatim*, as dificuldades para identificar claramente as circunstâncias relevantes são agravadas, em especial quando os votos individuais são extensos e não seguem um plano lógico ou articulado de exposição de fatos e razões.³⁰

5 À GUIZA DE CONCLUSÃO: TOMANDO POSIÇÃO

A adoção do modelo *seriatim* de deliberação judicial, por si só, é uma objeção relevante e irrefutável ao uso da ponderação na aplicação de normas-princípios nos tribunais brasileiros? A resposta é negativa.

O exame de proporcionalidade, incluída nele o exame ou teste de ponderação, é uma estrutura metodológica e argumentativa procedimental. (Ver a exposição no ponto 2, supra). Enquanto tal, apresenta-se como um modelo universalizável de aplicação de normas. O fato de um determinado modelo de deliberação judicial apresentar dificuldades adicionais para o controle racional intersubjetivo de seus resultados (decisões judiciais interlocutórias e definitivas) não é suficiente, por si só, para refutar a consistência e adequação da estrutura metodológica do exame de proporcionalidade em suas três etapas (adequação, necessidade e ponderação).

A questão do modelo de deliberação judicial é uma questão relevante, sem dúvida, porque se trata de questão institucional com repercussões práticas. E o direito, entendido como um sistema, é mais que um conjunto de normas. É um conjunto de normas institucionalizado e que é institucionalmente aplicado. Essa é uma das condições de manutenção de legitimidade do próprio direito. Mas a questão do modelo de deliberação judicial é uma questão externa ao modelo da ponderação enquanto estrutura metodológica de natureza procedimental. Não diz respeito, portanto, à estrutura interna e, por conseguinte, não afeta sua lógica interna.

Em síntese e para finalizar, reconhece-se, do ponto de vista prático, que o modelo *seriatim* de deliberação judicial demanda, das partes envolvidas no processo judicial e daqueles que observam e analisam as decisões (judiciais) para fins de controle racional e crítico, em especial naqueles casos em que se decidiu ou supostamente decidiu aplicando o exame de proporcionalidade, um esforço adicional de reconstrução analítica e argumentativa. Trata-se de argumento de natureza institucional relevante que, contudo, não diz respeito à consistência e à adequação metodológica do exame de proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação).

30 Votos individuais extensos e sem um plano claramente concebido (e.g., progressivo e hierarquizado) de exposição são muito comuns, sobretudo em casos complexos ou difíceis. Daí por que, nesses casos, acórdãos chegam a centenas de folhas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, Alicante, n. 5. p. 139-151. 1988.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. de Ernesto Gerzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (1997a).

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.** Trad. de Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997b. p. 159-177.

_____. Derechos individuales y bienes colectivos. In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.** Trad. de Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997c p. 179-208.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2. p. 131-140. 2003.

_____. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales.** Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria discursiva do direito.** Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. São Paulo: Gen, Forense Universitária. 2014.

ÁVILA, Humberto . A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto . Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano III, n. 7, p. 73-104, set./dez.2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios.** São Paulo: Malheiros. 2003.

CAMPOS, Ricardo (Org.). **Críticas à ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** Trad. de Eduardo Vandré Lema Garcia e outros. São Paulo: Saraiva, 2016.

DWORKIN, Ronald O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. de São Paulo: Martins Fontes. 2022. p. 23-72.

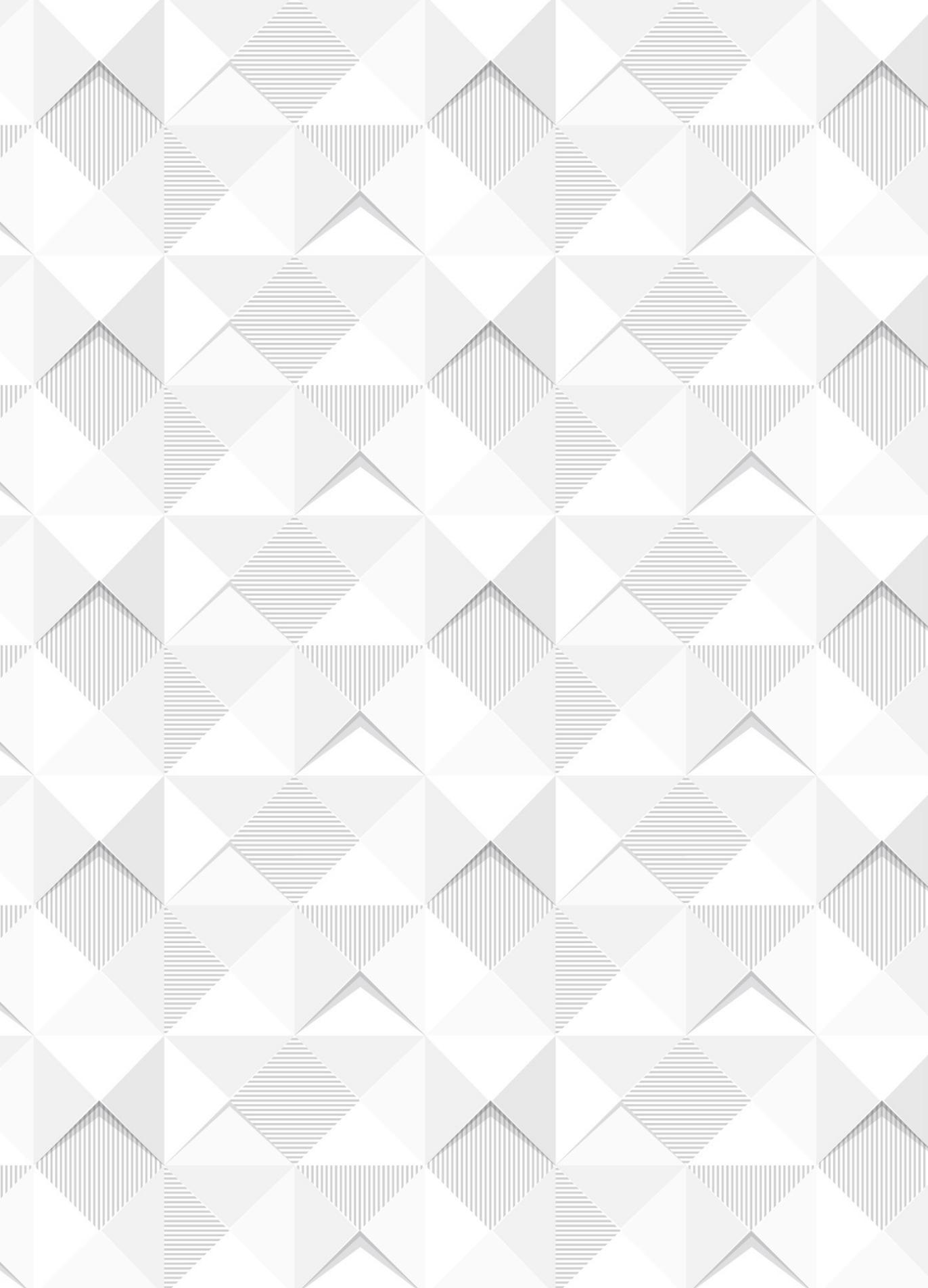
HABERMAS, Jürgen . **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da . O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros. 2009.

STEINMETZ, Wilson . **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros.2004

VALE, André Rufino do (2014). É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf> Acesso em: 14 maio.2014.



A SERENDIPIDADE DECISÓRIA À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS: ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A DECISÃO INDIVIDUALMENTE JUSTA.

Fábio Gondinho de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro costuma sofrer críticas a respeito da imprevisibilidade de suas decisões e seletividade de seus julgamentos. Em casos aparentemente idênticos, tribunais e juízes são capazes de proferir sentenças diametralmente opostas, fazendo nascer o fenômeno da serendipidade decisória³¹. Para parte da doutrina, o problema se mostra como insuperável, tendo em vista que sua raiz remete à liberdade decisória do magistrado, dogma absoluto que, quando delimitado, representa verdadeiro aviltamento de todo o sistema de justiça exatamente por tocar, supostamente, em sua característica mais essencial.

A criação de ferramentas e estruturas capazes de incrementar a previsibilidade das decisões judiciais costuma receber a crítica de que a adoção de tais ferramentas acabaria por engessar o direito e de ocasionar um incontornável déficit de justiça material por não serem capazes de sequer oportunizar a análise das peculiaridades do caso concreto. Neste contexto, um questionamento se mostra pertinente: o aumento da segurança jurídica acarreta, necessariamente, na redução de justiciabilidade das decisões? Para analisar tal problema, a Teoria da Justiça de Rawls será utilizada como parâmetro para a construção do ideal sistêmico de decisão justa para, a partir daí, levar o debate para a possibilidade de utilização de técnicas de incremento da segurança jurídica, enquanto ferramentas de diminuição da liberdade do juiz no processo de tomada de decisões.

Neste momento, é oportuno destacar que a metodologia da pesquisa científica utilizada no trabalho é a teórica, através da revisão narrativa que direcionou a pesquisa bibliográfica exploratória, implementada pela leitura de artigos científicos disponíveis na internet e em livros doutrinários.

A pesquisa científica desenvolvida no presente artigo parte da hipótese de que a segurança jurídica deve prevalecer quando confrontada com a liberdade decisória casuística. Neste contexto, o desenvolvimento transdisciplinar, ainda que

31 KAHNEMAN, SIBONY e SUNSTEIN descrevem tal fenômeno no livro *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Segundo os autores, vieses e ruídos são espécies de falhas no processo de tomada de decisão humana, sendo que, nas decisões ruidosas, ao contrário do que se detecta em decisões enviesadas, não há um desvio sistemático identificável, mas sim uma dispersão aleatória.

superficial, do tema da liberdade se mostra necessário para tentar demonstrar a extensão de uma suposta liberdade que seria mitigada para fazer prevalecer um ideal sistêmico de segurança jurídica. Esta preocupação serviu para orientar a organização deste estudo, que foi dividido em dois tópicos.

No primeiro item serão apresentados os pressupostos teóricos que servirão de base para o desenvolvimento do raciocínio que se quer, aqui, apresentar. Com o título de *Uma breve análise da Teoria da Justiça de Rawls*, o primeiro tópico objetiva contextualizar o problema da serendipidade decisória nos contornos da teoria rawlsiana sobre Justiça, apresentando conceitos basilares, tais como: posição original; “véu da ignorância”; princípio da liberdade e princípio da igualdade.

No *Segurança Jurídica vs. Justiça Material* o objetivo é demonstrar que a racionalidade decisória, entendida como previsibilidade, apenas é possível de ser atingida quando se parte de uma perspectiva macro de Justiça. Apenas percebendo o fenômeno da Justiça como algo sistêmico, como institucionalismo transcendental (SEN, 2011, p. 54), é que se faz possível concluir que a criação e o desenvolvimento de estruturas capazes de reduzir o espaço de discricionariedade decisória é fundamental para a materialização da própria ideia de Justiça.

2 UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

Publicado em 1971, *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls apresenta como objetivo filosófico a criação de uma sociedade justa, que seria alcançada através da perfeita distribuição de bens e de desejos. Para tanto, Rawls (2000) buscou criar uma espécie de conciliação entre o valor **LIBERDADE** (representado pelos desejos) e o valor **IGUALDADE** (representado na correta distribuição de bens sociais). Uma espécie de reconciliação entre os princípios liberais próprios do momento anterior à II Guerra (liberdades individuais), com princípios **IGUALITARISTAS** (igualdade política, igualdade material e todas as implicações) tão fortemente exigidos após a década de 1940. Rawls (2000) não pretende abandonar o ideal de sociedade liberal, mas propõe justificativas intervencionistas, com políticas igualitaristas, para corrigir o que o liberalismo clássico não tem por essência. A conciliação do valor liberdade com o igualdade é o que Rawls chama de Justiça como Equidade.

A Teoria da Justiça de Rawls parte de três pressupostos fáticos. O primeiro se relaciona com a ideia de uma escassez moderada de recursos. Nela, os bens sociais são ofertados em quantidade menor do que os homens querem consumir. Dentro da premissa da escassez moderada, Rawls afirma que uma sociedade, para ser justa, reparte de maneira justa seus recursos (bens sociais), de forma equânime.

Rawls, aqui, aparenta lançar a ideia básica do que hoje se entende como sendo o núcleo essencial de direitos fundamentais, na medida em que afirma que, para que uma sociedade seja tida como justa, todos devem ter acesso ao menos a uma parcela mínima de bens sociais (RAWLS, 2000).

O pluralismo seria um segundo pressuposto, na medida em que há um desacordo irreduzível entre as concepções de bem defendida entre os indivíduos que compõem a sociedade moderna. Há um pluralismo de visões e de valores impossível de ser unificado a partir da perspectiva dos indivíduos. O terceiro pressuposto fático está na constatação de que o diálogo, dentro da sociedade (entendida como um empreendimento comunitário), se dá entre seres racionais, capazes de escolher entre fins e metas, e razoáveis, capazes de respeitar os limites traçados pela organização social. Razoável entendido como capacidade de conjugar o livre arbítrio de cada um com os fins alheios, inclusive os da sociedade como um todo.

O enfoque à racionalidade conferido por Rawls (2000) revela a sua raiz no racionalismo iluminista, na medida em que pessoas racionais são capazes de pensar abstratamente acerca de princípios e de estruturas sociais. Neste contexto, Rawls (2000) apresenta a ideia de posição original como situação hipotética para se chegar à imagem de uma sociedade ideal sem se saber o status que cada indivíduo iria ocupar, numa espécie de moral universal kantiana, pensando uma estrutura moral sem levar em conta os seus próprios interesses, como se fosse uma lei universal aplicada a tudo e a todos. Para tanto, Rawls desenvolve a noção de “véu da ignorância” entendido como uma espécie de instrumento utilizado na posição original capaz de impedir que os indivíduos saibam qual papel irão assumir na sociedade, desconhecendo, por tanto, suas vantagens ou desvantagens.

Rawls (2000) apresenta os dois princípios que seriam escolhidos consensualmente na posição original para orientar a gestão e o processo de tomada de decisões das instituições sociais. Os princípios da justiça voltados para as instituições não devem ser confundidos com aqueles que servem para orientar as relações individuais. O interesse de Rawls em sua teoria da justiça encontra-se completamente direcionado à estrutura básica da sociedade e de suas instituições principais, buscando trabalhar os casos-padrão de justiça social. Os princípios escolhidos na posição original são: **LIBERDADE** - Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; **IGUALDADE** – 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).

Ao desenvolver a ideia de justiça formal e substantiva, Rawls (2000) sobleva

que ela se consubstancia na administração imparcial e consistente de leis e instituições, tratando casos similares do mesmo modo. As autoridades devem ser imparciais, não devendo se submeterem à influência de considerações pessoais, monetárias ou quaisquer outras considerações irrelevantes ao lidarem com casos particulares. Mesmo nos casos em que as leis e instituições são injustas (desde que não sejam extremamente injustas), elas devem ser, ainda assim, consistentemente aplicadas. De acordo com a teoria da justiça de Rawls, a injustiça seria ainda maior se os que já estão em desvantagem forem tratados de forma arbitrária em casos particulares, em que as regras lhes dariam alguma segurança. Aqui Rawls apresenta uma perspectiva revolucionária do conceito de decisão justa, apontando a segurança jurídica como elemento essencial de sua configuração.

3 SEGURANÇA JURÍDICA VS JUSTIÇA MATERIAL

O sistema de justiça brasileiro costuma polarizar o fenômeno da justiça apresentando, de um lado, a necessidade de previsibilidade de suas decisões, numa perspectiva institucional, e de outro lado o dever de materializar o ideal de justiça ao caso concretamente submetido à apreciação judicial, mesmo que ele não reclame um rumo decisório diverso do propugnado pelo sistema de precedentes. Nesta hipótese, em que existe o dever de obediência a precedentes, decisões individualizadas que destoam da regra jurisprudencialmente estabelecida, a despeito de prestar uma justiça material, acabam por ocasionar a redução da segurança jurídica de todo o aparato estatal, transmutando o dever de obediência aos precedentes em um verdadeiro voluntarismo decisório.

Em estudo pretérito, no qual o fenômeno decisório foi abordado a partir da análise de decisões autocontidas e de sua (in)eficácia no controle do ativismo judicial (OLIVEIRA, 2020), a discricionariedade decisória foi abordada. Nele se destacou que Bezerra Neto (2019) ao buscar analisar quais são as “regras do jogo”, ou a completa inexistência de regras, dentro da dinâmica do voluntarismo judicial, destaca que ele guarda relação com a postura decisória do magistrado que, diante de situação de discricionariedade judicial, realiza a construção de sentido dos enunciados normativos a partir de critérios próprios, de sua exclusiva escolha, ditados apenas por sua vontade. Ainda segundo o autor, o juiz voluntarista deve ser compreendido como sendo aquele que não se vale de elementos objetivos presentes ou admitidos no ordenamento jurídico para lidar com os casos em que a discricionariedade judicial se faz presente (OLIVEIRA, 2020).

O Voluntarismo Judicial não consiste em um fenômeno, ou em uma característica decisória, que possui a sua origem em momento histórico contemporâneo

ao Neoconstitucionalismo (OLIVEIRA, 2020). Neste sentido, Bachur (2002) destaca, ao apontar as razões de superação metodológica do Positivismo, que:

[...] sempre existirão lacunas, que não significam um vácuo jurídico, mas apenas sua inexperiência diante de determinadas situações que não foram, porque não o podiam ser, previstas pelo legislador. No entanto, nestas situações limite, não se esquivam o juiz da decisão do caso concreto, quer dizer, o juiz tem necessariamente de eliminar o conflito, mesmo não reconhecendo a existência das lacunas. Dessa forma, à luz do princípio da proibição do *non liquet* o preenchimento de tais lacunas é necessariamente feito pelo juiz, sem qualquer padrão de controle ou de justificativa, o que permite que certas decisões sejam tomadas alheias ao Direito por se fundarem em elementos fáticos exteriores ao ordenamento e, portanto, incontroláveis e muitas vezes injustificáveis (BACHUR, 2002, p. 656).

Apesar de o Neoconstitucionalismo não o preceder, por suas características essenciais, ele se apresenta como um catalisador de decisões judiciais voluntaristas, ocasionando o que Bachur (2002) denomina de serendipidade jurisprudencial, impedindo, assim, que a jurisprudência nacional seja sólida e consistente.

O fenômeno da seletividade/voluntarismo decisório mostra-se fartamente detectável. Uma simples consulta ao campo de busca de jurisprudência dos mais diversos tribunais (incluindo os Superiores) é suficiente para apresentar a constatação empírica necessária. O exercício mencionado foi realizado por este autor na dissertação “Não levando a sério a autocontenção judicial como limite à Jurisdição Constitucional” (OLIVEIRA, 2020). Nela se constatou que um dos casos paradigmáticos que bem exemplifica a situação apontada refere-se à possibilidade de leis de efeitos concretos serem objeto de controle abstrato de constitucionalidade por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade (OLIVEIRA, 2020, p. 83).

Acerca do tema mencionada, o entendimento que predominava inicialmente era no sentido de reconhecer a impossibilidade de lei com efeito concreto ter sua constitucionalidade abstratamente questionada (BRASIL, 2001). A justificativa construída sustentava que, apesar de formalmente chamada de lei, de lei não se tratava, mas sim de verdadeiro ato administrativo, por lhe faltar os atributos da generalidade e abstração (BRASIL, 1995). No ano de 2008, no entanto, ao julgar a ADI nº 4.048-1 (BRASIL, 2008), o Supremo passou a entender que o legislador constituinte, ao estabelecer que o controle abstrato de constitucionalidade pode incidir sobre a lei e o ato normativo, estabeleceu uma distinção de densidade, que a lei não precisa de densidade normativa para ser exposta ao controle abstrato de constitucionalidade. E que a natureza genérica e abstrata apenas deve ser exigida dos atos normativos (BRASIL, 2008).

É certo que as cortes estão plenamente autorizadas a mudar os seus entendimentos, por mais consolidados que pareçam ser. A situação atualmente constatada no âmbito do STF, entretanto, não é de ocorrência efetiva de superação do entendimento pela impossibilidade de controle abstrato de leis de efeitos concretos (OLIVEIRA, 2020). O que se verifica é a ausência absoluta de parâmetros para a utilização de uma ou de outra orientação decisória, conforme se observa dos seguintes julgados: i) admitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: RE nº 1255096, julgado em 31/03/2020, RE nº 1168462 AgR, julgado em 02/12/2019, e a ADI nº 4048 MC, julgado em 14/05/2008; ii) inadmitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: ARE nº 1240047, julgado em 19/03/2020, ADI nº 6253/GO, julgada em 25/05/2020, e o RE nº 1200357, julgado em 20/05/2019 (OLIVEIRA, 2020, p. 84).

Conforme destacado no início deste trabalho, a criação de ferramentas e estruturas capazes de incrementar a previsibilidade das decisões judiciais costumam receber a crítica de que a adoção de tais medidas acabaria por engessar o direito e de não ser capaz de analisar as peculiaridades do caso concreto, além, é claro, de violarem a liberdade do juiz de julgar. Em tempos de judicialização de direitos sociais e de ativismo judicial, o controle da motivação das sentenças e do conceito ético de justiça nasce como uma preocupação legítima da sociedade. Desta inquietação decorrem novos questionamentos, dentre os quais, destaca-se: o que é justo?

A reflexão ética acerca do justo, e de diversos outros valores, é considerada como condição indispensável para que a prestação jurisdicional possível possa ser minimamente efetivada. A Ética é o modo de acolher o outro, de responder adequadamente a um problema que lhe é apresentado e que merece ser reproduzido, tido como paradigma (OLIVEIRA, 2020). O escopo da Ética é o razoável. Ela pode ser percebida em dois espectros diferentes: “Éthos” (acepção mais ampla; é a ação ética no “mundo da vida” – expressão de Habermas) ou “Éthos” (mais restrita ao aspecto pessoal/individual) (ABBAGNANO, 2000).

Traçando um paralelo entre Ética e moral, é possível constatar que o mundo da moral é quase que infinito, englobando e admitindo uma série ilimitada de comportamentos. Neste contexto, verifica-se que cabe à Ética o papel de instigar, de refletir, acerca dos comportamentos morais (ABBAGNANO, 2000). A Ética configura, assim, um olhar crítico sobre o fenômeno moral, o que acaba por resultar em uma outra moral (esta refletida) e que não se encontra incólume a reflexões éticas posteriores.

A reflexão ética, como hábito eficiente, é indispensável à busca da melhor prestação jurisdicional possível na busca do reestabelecimento do (utópico e questionável) equilíbrio social exigido pela lide apresentada ao Poder Judiciário. Mas esta

reflexão, ou intuição que dirige o raciocínio e a tomada de decisões (HAIDT, 2013), deve ser feita de maneira prudente, especialmente quando o silogismo não for suficiente para resolver a demanda. Em muitos casos, após realizar o exercício de refletir eticamente a causa, o juiz deve concluir que o ético é não aplicar os seus próprios conceitos éticos para que a Justiça possa prevalecer. Neste particular, as Cortes Superiores possuem o papel primordial de ser o farol para todo o Poder Judiciário, construindo o Éthos que, como regra, deve ser aplicado por todos os juízes.

Refletindo acerca desta problemática, Streck (2008) assevera que cada juiz possui convicções pessoais e ideologias próprias, mas isso não significa que a decisão possa ou deva refletir esse subjetivismo. Apesar de possuir uma noção aberta, ou de termo jurídico indeterminado, para o jurisdicionado pós Constituição da República de 1988, a prestação jurisdicional é tida como adequada quando justa e quando fornecida em tempo razoável. No tocante à razoabilidade do prazo para a entrega da prestação jurisdicional a aferição da eficiência possui critérios mais objetivos, por ser o tempo medido de forma objetiva. Já no que se refere ao justo, esta segunda faceta da prestação jurídica adequada possui características intrínsecas que, via de regra, impossibilitam uma análise tão crua e desprovida de forte carga valorativa, quando da verificação de sua eficiência (GALVÃO, 2012).

A ampliação equivocada do espaço de discricionariedade do julgador pode dar espaço a uma seletividade de julgamentos, a uma serendipidade jurisdicional, o que acabaria, em última análise, incrementando o cenário de injustiça. Em muitos casos, após realizar o exercício de refletir eticamente sobre a causa, o julgador deve concluir que o ético é não aplicar os seus próprios conceitos éticos para que a justiça, percebida também como segurança e previsibilidade, possa prevalecer.

Ao apresentar a sua ideia de Justiça, Amartya Sen (2011) critica a perspectiva rawlsiana que ele denomina de institucionalismo transcendental. Para tanto, Sen (2011) dedica grande parte de sua obra para refutar exatamente a ótica sistêmica adotada por Rawls. Numa determinada passagem de seu livro, Sen (2011, p. 50-52) menciona a clássica distinção na Teoria do Direito Indiano a respeito das expressões *niti* e *nyaya*. Ambas significam justiça no sânscrito clássico, mas *niti* guarda relação com a adequação de um determinado arranjo institucional e com a correção de comportamentos abstratamente considerados. Já o termo *nyaya* diz respeito a ideia de justiça faticamente realizável. Apesar de representar uma importante crítica à teoria da Justiça de Rawls, é impossível desenvolver qualquer estudo sobre segurança jurídica partindo da ideia de justiça material, artesanalmente construída para cada caso apresentando ao magistrado.

Apesar de soar, em determinados momentos, como distópica, a teoria da Justiça de Rawls, ao referir-se ao papel das instituições, aparenta ser bem mais pragmá-

tica que a ideia de Justiça de Sen (2011). Isto porque, conforme restou devidamente destacado por Luhmann (2002), ao Poder Judiciário cabe o papel de estabilizar, contrafactualmente, expectativas, somente, não devendo ter a pretensão de fazer justiça como *nyaya*. É claro que esta conclusão nasce ao se transplantar as filosofias da Justiça para o Direito enquanto ciência.

Agora, é preciso retomar a percepção rawlsiana de segurança jurídica como parte não só integrante do conceito de justiça, mas também como seu elemento essencial. Conforme mencionado linhas acima, Rawls (2000) prescreve a maneira que as Cortes devem proceder, deixando claro que o dever de imparcialidade das autoridades, que não devem permitir a influência de considerações pessoais, monetárias ou quaisquer outras considerações irrelevantes ao lidarem com casos particulares. E que, mesmo nos casos em que as leis e instituições forem injustas, elas devem ser, ainda assim, consistentemente aplicadas e seguidas, com o fim de conferir previsibilidade (segurança jurídica) ao sistema. De acordo com a teoria da justiça de Rawls, a injustiça seria ainda maior se os que já estão em desvantagem forem tratados de forma arbitrária em casos particulares em que as regras lhes dariam alguma segurança.

Trazendo o pensamento de Rawls para a realidade brasileira, é possível constatar, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que o desenvolvimento e a efetiva utilização de instrumentos capazes de fortalecer a ideia de previsibilidade das decisões judiciais, tornam-se cada vez mais corriqueiros e presentes na *práxis*. Enunciados de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, teses firmadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas, temas enfrentados sob o signo da repercussão geral e com conclusões com eficácia vinculantes demonstram o *animus* de materialização da justiça como segurança jurídica/previsibilidade. Resta saber se a exigência legal que determina o dever de obediência a todo o sistema de precedentes é medida suficiente para diminuir o campo de discricionariedade e decisionismo judicial.

4 CONCLUSÕES

O presente artigo buscou investigar se, à luz da Teoria da Justiça de Rawls, o aumento da segurança jurídica acarreta, necessariamente, na redução de justificabilidade das decisões. Para tanto, buscou-se dar destaque à aspecto da doutrina *rawlseana* referente ao denominado institucionalismo transcendental.

Afirmou-se, logo na introdução, que a hipótese que se buscava ver confirmada, ou refutada, dentro dos padrões metodológicos estabelecidos, seria a de que a segurança jurídica deve prevalecer quando confrontada com a liberdade decisó-

ria casuística. Após a análise da perspectiva *rawlseana*, observou-se a confirmação da hipótese aludida.

A leitura do fenômeno da serendipidade decisória, através das lentes do institucionalismo transcendental, entendida como decisionismo descolado de parâmetros razoáveis, deixa nítido que o excesso de discricionariedade deve ser encarado como um grave problema, especialmente a inobservância dos precedentes. Rawls (2000), ao apresentar o seu conceito de Justiça na correta perspectiva do institucionalismo transcendental, afirma a importância da segurança jurídica, entendida como previsibilidade decisória, para que o Estado seja capaz de materializar o ideal de justiça.

Importante destacar que a justiça artesanalmente confeccionada, aqui denominada de “justiça material”, não necessariamente representa um vilipêndio à segurança jurídica. É possível encontrar casos que de fato reclamem a apreciação individualizada, afastando faticamente a regra jurisprudencialmente construída. Mas é preciso compreender que a exceção apenas reforça a regra. A regra deve ser a observância máxima aos precedentes já construídos. A incerteza decisória deve ser encarada como um dos maiores males de todo o Poder Judiciário, representando uma fissura sistêmica, capaz de ocasionar a ruína de todo o aparato estatal de Justiça.

Em outras palavras, sob a perspectiva da justiça institucionalizada, não faz sentido dicotomizar o debate entre segurança jurídica e/ou justiça no caso concreto. Isto porque a ideia de justo transborda aos limites da prestação jurisdicional, cabendo-lhe, tão somente, estabilizar expectativas. Ou seja, apenas cabe ao Judiciário o papel de apresentar a resposta estatal ao caso concreto que lhe foi submetido, mesmo que a resposta seja equivocada ou injusta. Conhecedor de seu papel, o mínimo que se espera do cumprimento de sua atribuição é coerência e integridade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 647-682, 2002.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo? **Revista Consultor Jurídico**, 2019.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Ed. Bobbs-Merrill. 2. ed.1986.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília: Presidente da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em :1 maio. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADI 1372 MC**. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/12/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584750> . Acesso em: 22 maio. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **RE 271286 AgR**. Paciente com hiv/aids - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Publicação: 24/11/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538> . Acesso em: 22 maio. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADI 2484 MC**. Lei com efeito concreto. Lei de diretrizes orçamentárias: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 19/12/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375403> . Acesso em: 22 maio. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Su-

premo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 14/05/2008. Publicação: 22/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881> . Acesso em: 21 maio. 2021.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi: 10.11606/T.2.2012. tde – 29082013 – 113523. Acesso em: 4 abr. 2020

HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence*. **Alabama Law Review**, v . 64, 2013.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Torres Nafarrate. Cidade do Mexico: Universidad Iberoamericana. 2002.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Series, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Fábio Gondinho de. **(Não) Levando a sério a autocontenção judicial como limite à jurisdição constitucional**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2020.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.57-95.

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

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. **Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

A TEORIA DO BALANCEAMENTO NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NA ERA DIGITAL

Lavinia Helena Macedo Coelho

Paulo Brasil Menezes

1 INTRODUÇÃO

A atual quadra traz para a sociedade desafios e perspectivas que, a um só tempo, despertam preocupações e exigem reflexões em mundo cada vez mais contraditório e fluido. O anacronismo ora referenciado decorre do caráter ambivalente do progresso tecnológico, uma vez que o crescimento da internet propiciou a democratização dos espaços de participação social e, ao mesmo tempo, promoveu uma heterogenia nos discursos dos usuários de rede. Somam-se, a diversidade e o quantitativo de atores envolvidos nos debates travados em ambiente virtual, resultando na maior propagação de notícias desconfiguradas e com vocalizações negativas, e com potencial de desequilibrar os processos democráticos, sobretudo por se cobrirem sob o manto das liberdades públicas, pilares constitucionais de qualquer sociedade que se nomina pluralista.

Frente a esta realidade, este artigo busca ponderar a atuação da Justiça Eleitoral na tentativa de coibir a desinformação e a disseminação de discurso de ódio na era da modernidade líquida, quando os ganhos da época de ouro da democracia se tornam menos visíveis, a partir da compreensão do comportamento das massas, dispostas a servir voluntariamente a um homem ou a uma causa, ainda que abdicando de bem inato, à liberdade, em nome de algo que entendem maior, uma alma coletiva (BOÉCI, 2006, p.9).

Colheram-se decisões judiciais, de instâncias, que ratificaram a necessidade do Estado-Juiz de tutelar arena virtual, que, examinadas à luz das orientações recentes do TSE, caminham para transpor o dilema entre segurança e liberdade diante da inexistência de uma fórmula de ouro. Em outras palavras, a escolha entre a livre manifestação e a possibilidade de punir, até mesmo, um não *player*, ou seja, um participante do processo eleitoral na condição de eleitor, em decorrência de ação praticada em rede social.

Compiladas as decisões eleitorais, que categorizadas por pontos de convergências e divergências quanto à necessidade de uma supervisão do espaço público digital, tomou-se por baliza as prolatadas durante as eleições de 2018 e 2020. O material colhido fora interpretado a partir de releitura das normas que preservam

as instituições democráticas e a garantia da livre manifestação.

Partiu-se da premissa que a decisão judicial que responsabilizou autor de postagem, não candidato, em rede social, aponta para nova fase com viragem jurisprudencial, que pende para o retorno na direção da segurança, na tentativa de evitar o caos, opondo-se ao trabalhado por Freud em *Psicologia das massas e análise do eu*, em 1921 (2021, p. 150).

Intenta-se, portanto, analisar a validade de argumentação jurídica que opta por responsabilizar frequentador de arena virtual, ainda que de fora do sistema político, por divulgar notícia ofensiva, difundindo discurso de ódio, a partir da necessidade de preservação do também constitucional direito à livre manifestação. Na busca da solução jurídica para enfrentar dito dilema, empregar-se-á a teoria do balanceamento de Robert Alexy, por possibilitar a escolha da opção fulcrada no menor prejuízo aos direitos fundamentais em discussão (2013, p. 19).

Parte-se, então, da premissa que nenhum direito constitucional deve ser relegado a plano inferior, independente da justificativa ou da causa, devendo tal controvérsia, a colisão entre os direitos fundamentais (segurança e liberdade), ser superada de forma racional e fundamentada, motivo pelo qual se avaliam as decisões judiciais pela teoria da ponderação, que abarca elementos normativos e valorativos, mas afasta interpretações subjetivas, tudo a partir do emprego da fórmula do peso em concreto.

Portanto, analisa-se o enfrentamento da colisão entre direitos fundamentais pelas Cortes Eleitorais à luz da teoria da ponderação de Alexy, em decisões judiciais que resguardam, concomitantemente, a liberdade e a segurança, e, por conseguinte, a própria democracia, em cenário de fragilidade dos laços sociais e de patente manipulação das massas. Para tal, adota-se o método da análise de conteúdo, por trabalhar a materialidade linguística dentro das condições empíricas dos processos, possibilitando a avaliação da argumentação jurídica.

2 COLISÃO ENTRE DIREITOS NAS DEMOCRACIAS

Diante da disseminação de notícias falsas e do discurso de ódio, práticas ameaçadoras das democracias em tempos de modernidade líquida, exige-se nova postura da Justiça Eleitoral, uma vez que a atuação da jurisdição comum, na esfera cível e penal, não satisfaz aos anseios dos envolvidos, que esperam resposta célere e, de preferência, no curso do pleito, ante as postagens na nova ágora, as redes sociais, terem o potencial de prejudicar ou beneficiar candidato, maculando o processo democrático.

Dentro deste contexto, o ideal da liberdade, marca das democracias consoli-

dadas, aqui compreendido em sentido macro, vê-se tolhido frente à intervenção maior do Estado-juiz nas lides que envolvem postagens nas chamadas “câmaras de eco”, as redes sociais (DUBOIS; BLANK, 2018, p. 741). Não se olvida que a liberdade é valor fundamental em estado democrático, porém, na modernidade, o desvio de sua utilização atinge patamar mais preocupante, por representar ameaça a partir da difusão de ideologias, movimentos e gestos que, em nome de defender valores, ferem outros.

Ratificando dita premissa, destaca-se ensinamento de pensador, linguista e teórico da literatura que fugiu da ditadura na Bulgária para viver na democracia da França, ainda em meados do século XX:

O princípio democrático exige que todos os poderes devam ser limitados: não só os dos Estados, mas também os dos indivíduos, incluindo quando apresentam as vestes da liberdade. A liberdade que as galinhas têm de atacar a raposa é uma piada, pois não têm essa capacidade; a liberdade da raposa é perigosa porque é mais forte. Através das leis e das normas que estabelece, o povo soberano tem o direito de restringir a liberdade de todos, pois esta pode tornar-se uma ameaça. A tirania do indivíduo é certamente menos sanguinária do que a dos Estados; mas também é um obstáculo a uma vida comum satisfatória. Nada nos obriga a ficar presos na escolha entre tudo Estado e tudo indivíduo: temos de defender ambos, cada um limitando os abusos de ambos. (TODOROV, 1938, p. 153).

Em decorrência da maior participação dos indivíduos na arena virtual, mensurada em postagens, sobretudo no período das eleições, percebe-se movimento das Cortes Eleitorais para ampliar a responsabilização daqueles, ainda que não *players*, numa tentativa de assegurar a igualdade de oportunidade aos candidatos, em campo teoricamente considerado sem lei, sendo que qualquer punição nesta seara, na visão do Min. Luís Roberto Barroso (Respe n. 060022731), deve ser empregada com cautela, para não impedir a exposição de ideias.

Depara-se, portanto, com a colisão entre direitos fundamentais caracterizada, de um lado, pela restrição da liberdade de manifestação do eleitor, e, de outro, pela proteção ao pleito e à honra de candidato, cuja solução exige a compreensão das relações sociais, tomadas dentro de contexto histórico e político, em que a democracia merece preocupação maior face ao término do ciclo do ouro (PRZEWORSKI, 2020).

Acolhe-se a Justiça Eleitoral como guardiã da democracia, conceito aqui compreendido no sentido da resposta do escritor americano Brooks White ao Conselho de Guerra dos Escritores, nos dias mais tenebrosos da Segunda Guerra Mundial, em direção à efetiva proteção de direitos fundamentais:

Certamente, o Conselho sabe o que é a democracia. É a fila que se forma sem confusão. É o “não” em não empurre. É o furo do saco de cereja que vaza lentamente; é um amassado na cartola. Democracia é a suspeita recorrente de que mais da metade das pessoas está certa mais que a metade do tempo. É a sensação de privacidade na cabine eleitoral, a sensação de comunhão nas bibliotecas, a sensação de vitalidade em toda parte. Democracia é a carta ao editor. Democracia é o placar na nona entrada. É uma ideia que ainda não foi desmentida, uma canção cuja letra não desandou. É a mostarda no cachorro-quente e o creme no café racionado. Democracia é um pedido do Conselho de Guerra no meio da manhã, no meio de uma guerra, querendo saber o que é democracia (STEVEN, 2018, p.217).

Conclui-se que a democracia não se resume a cédulas e votos, por mais importantes que sejam, antes deve ser considerada a arte de governar pela discussão, como exaltado por John Stuart Mill (Steven, 2017) ou meio de superação das injustiças sociais segundo o indiano Amartya Sen, já que nenhuma fome coletiva sucedeu em país democrático (SEN, 2016, p.225). Ciente da sua importância histórica para a melhoria da condição de vida do povo e para estabilização das relações sociais, conjectura-se até onde as Cortes Eleitorais podem avançar no intuito de assegurá-la. Neste sentido, transcreve-se os ensinamentos de Menezes:

Diante disso, um dos desafios do presente século converge para o desenvolvimento de novas estratégias para a recuperação das funções históricas do constitucionalismo como regulador e controlador do poder – que não se encontra mais limitado ao Estado, mas influenciado por agentes econômicos e comunicativos – e, assim, canalizar os conflitos sociais mediante articulação do pluralismo e promover consensos constitucionais. (2021, p. 65).

Avaliar a cientificidade das decisões judiciais que enfrentam a colisão entre direitos constitucionais, empregadas como meio de controle de ações de usuários de redes sociais dispostos ao jugo, prossegue como o desafio deste artigo. Para tanto, considera-se o dever de resguardo das Cortes Eleitorais e seus limites na preservação da democracia, sempre ameaçada diante do desejo dos homens de servir a um líder ou a um ideal, gozo este que persiste em mundo virtual, marcado por laços frágeis de proteção a direitos, mas envolto no manto da liberdade.

3 SERVIDÃO VOLUNTÁRIA E MANIPULAÇÃO DAS MASSAS

Parte-se do paradoxo da servidão voluntária que, *a priori*, conteria uma contradição lógica, por retratar o homem livre que se submete a um tirano, questão enfrentada no panfleto Discurso sobre Servidão Voluntária, para aferir, em que

medida, as relações de poder representaram, e ainda representam, ameaças pelo favorecimento e obediência a poucos (BOÉTIE, 1549, p. 6). Elaborado para defender a preferência pela República, sedimentando terreno para o capitalismo, a vontade de servir ali tratada persiste no mundo atual, a merecer análise, inclusive por colocar em risco a democracia, maior conquista da humanidade.

O enigma da servidão voluntária, que sempre preocupou o pensamento político ao buscar extrair alguma racionalidade na escolha pela sujeição e jugo, persiste, mesmo que, como asseverou Boétie, ao criticar Ulisses, em *Iliadas*, *muita gente mandar não me parece bem*, sendo ainda pior o governo de um só (BOÉTIE, 1549, p.6). Para compreender dito fenômeno, que se dissemina com a propagação de notícias falsas e discursos de ódio, a partir dos cliques, conexão e desconexão, e do impulsionamento dos algoritmos da multiplicação, recorre-se à obra *Psicologia de massas e análise do eu*.

Infelizmente, ainda atual o questionamento de “como seria possível que cidadãos, nações inteiras possam sofrer privações mil às mãos de uma única criatura”, por não extrair desta subserviência qualquer racionalidade (BOÉTIE, 1549, p.6). Como resposta, já se apontou a covardia, o desprezo, a comodidade, o medo e a força da opinião pública. Entretanto, a origem dos poderes do tirano, homem como qualquer outro, com poder para espionar, ameaçar, vigiar, esganar e pisotear milhões, reside na ânsia dele próprio de dominar semelhantes, ainda que seja subjugado por outrem que ele elege por superior

De fato, Boétie tinha razão ao colocar que o homem aceita ser dominado desde que domine outrem e receba os louros da conquista. Entretanto, foi Freud quem melhor explicou esta submissão, que movida pelo desejo, pelo gozo, pela conquista do outro, sendo o motor da humanidade. O desejo de servir e ser servido se revela maior que o próprio amor à liberdade, contrapondo-se à essência humana, que não destinou alguns para serem escravos (FREUD, 1921).

É dentro desta sociedade tirânica, marcada por laços frágeis e efêmeros, pelo individualismo e pela perda de privacidade, que o usuário da rede virtual assume o risco de ser punido por propagar notícias falsas ou disseminar discurso de ódio, abdicando de sua liberdade em favor de um político ou de uma causa. O motor continua sendo a libido, o desejo, que afastando a racionalidade e optando pelo jugo, busca a aceitação em grupos. Assim, subjugado, o homem esquece o gosto da liberdade e aceita as distrações dos tiranos, comportamento repetido desde a Antiguidade na Lídia, quando Círio distribuía medalhas, bebidas e jogos para o povo, concretizando a alienação (BOÉTIE, 2006, p.28).

A partir de tais considerações, conclui-se pela atualidade do discurso Boétie, pois ainda que o absolutismo dos reis integre a um passado distante, a servidão

voluntária é marca das relações políticas e sociais. Dita premissa resta corroborada no crescente quantitativo de governos totalitários e autoritários espalhados pelo mundo, em que homens nem mais se portam como opositores ou defensores de ideologias conflitantes, mas como autênticos inimigos, na defesa de um líder ou de uma causa. Neste contexto, a intimidação da imprensa livre, o não reconhecimento do resultado de eleições, as ameaças reais e os embates virtuais surgem como estratégias que permeiam as relações autoritárias e totalitárias destes novos tempos, provocando restrição de direitos civis e, por consequência, enfraquecendo as instituições democráticas. Esse retrocesso é a marca do século XXI, a desafiar cientistas políticos, juristas e a população mundial, mostrando-se preocupante, pois o resultado das urnas, ainda que sem tanques, resta ameaçado por mecanismos tecnológicos, como as *fake news* e os algoritmos da multiplicação, aptos a reduzir a democracia a um “verniz da democracia” (STEVEN, 2018).

E o que se desenha assustador ainda pode se agravar, pois cresce o quantitativo de homens dispostos a ceder uma das maiores conquistas da civilização, a democracia, que pode migrar, num piscar de olhos, para um regime autoritário, bastando alterar a regra eleitoral, suprimir direitos e enfraquecer as instituições. Na era da modernidade líquida, aquela não mais morre com tanques, mas a partir das figuras dos pequenos tiranos, que além de servirem, impulsionam a grande massa, por replicação, tornando, assim, a subserviência atual ainda mais preocupante do que a retratada por Boétie.

Infelizmente, constata-se que a servidão voluntária parece arraigada no homem, que clama por mais ordem, segurança, monitoramento, ou seja, por mais e mais autoritarismo, mesmo vivendo numa democracia. Esta vontade de servir, interiorizada nas mentes e corações, transforma homens livres e racionais em uma alma coletiva, colocando a liberdade em plano inferior ((BOÉTIE, 1549, p.8). Na atualidade, os governos tirânicos legitimam-se na convivência das massas, tornando dispensável o uso da força e de aparatos de proteção, já que a alma coletiva despreza a liberdade (PRZEWORSKI, 2020, p.55).

O cientista e médico Gustave Le Bon tratou desse fenômeno, da manipulação de massa, ou seja, da motivação que induz a amar ou odiar um dominador a partir da análise do inconsciente, do abandono da individualidade e da racionalidade, na tentativa de integrar algo maior. Neste processo, destacou que o homem pratica condutas que reprovava pela certeza da escolha da multidão, marcada pela raiva, impulsividade e poder de ameaçar. Ao referenciá-lo, Freud coloca, em artigo, o homem enquanto membro de uma linhagem, de um povo, de uma classe, ou enquanto parte de uma multidão que se organiza como massa durante um certo tempo e para determinado fim (FREUD, 2021, p. 138). Esse poder de controle das

massas pela sedução, da ação inconsciente das multidões, observado em todas as grandes transformações da civilização, também foi abordado no ensaio Psicologia das massas e a análise do eu (FREUD, 2021, p. 137-232). Analisando dito fenômeno pela esfera psíquica, Freud elabora um artigo no período entre guerras, marcado pelo fascismo, enfatizando o papel das massas, sobretudo no exército e na igreja, em que a causa da submissão reside na mente grupal, na libido.

Nesse sentido, desconstrói a contradição entre psicologia individual e social, colocando o indivíduo em contexto social desde a infância, apto a se reconhecer no outro, a partir da formação do psiquismo e da divisão do eu, super eu e ideal do eu. Ao satisfazer seus impulsos instintivos, integrando o processo narcísico, aquele se sente como parte de algo maior, de uma massa, passando a agir instintivamente, direcionando sua conduta na repetição do outro. Nos grupos, ainda que de forma inconsciente, submete-se cegamente a figura de um líder, integrando a massa coesa. Transcreve-se trecho da referida obra:

Sabemos que hoje um indivíduo pode ser colocado em um estado tal que, tendo perdido sua personalidade consciente, ele obedece a todas as sugestões do operador que o fez perdê-la e comete os atos mais contrários ao seu caráter e aos seus hábitos. Ora, observações mais atentas parecem provar que um indivíduo imerso, durante um tempo, no seio de uma massa ativa irá encontrar-se em breve – em consequência dos eflúvios que partem dela ou de qualquer outra causa desconhecida - em um estado particular que muito se aproxima da fascinação que acomete o hipnotizado sob a influência do hipnotizador... A personalidade consciente desaparece completamente, a vontade e o discernimento são abolidos. Sentimentos e pensamentos são agora orientados na direção determinada pelo hipnotizador. (FREUD, 2021, p. 144).

Insistindo nas razões da subserviência, do que levaria o homem a acompanhar cegamente líderes, Freud destaca o papel das emoções na inibição do eu, na renúncia das inclinações, colocando-o como incapaz de bloquear as ordens advindas da organização superior das hordas. Recorre a libido para justificar a *psique* das massas, qual seja, a energia dos impulsos amorosos, colocando as relações afetivas como motor do comportamento daquelas, pois aptas a impulsionar o indivíduo a renunciar sua singularidade e suggestionar-se pelo outro. Defende, assim, que as intolerâncias sejam acomodadas, sendo a tendência o comportamento uniforme, recorrendo à analogia dos porcos espinhos de Schopenhauer (FREUD, 2021, p.174).

Constata-se que a obra de Boétie continua atual, pois passados cinco séculos o homem ainda se sujeita ao capricho de um só, que ouve seis, que empregam seiscientos, e assim sucessivamente. O interesse de uma minoria, que lucra com a tirania, prejudica o gozo da liberdade e da segurança pela maioria, que, subjugada, nem

percebe o perigo iminente. O homem da era da modernidade líquida, assim como o da antiguidade, abdica de seus bens, filhos, honra e até mesmo da vida, em benefício de um igual, tornando a existência da servidão voluntária ainda mais intrigante. Como resposta, a psicologia das multidões insiste que dentro de cada homem reside um pequeno tirano, que se considera também autoridade, e só por tal aceita ser subjugado, desde que possa reprimir outrem. Trazendo para planos práticos o ensinamento inibitório das emoções e relacionando-o com as interações midiáticas que trafegam no espaço cibernético, as ondas de desinformação, de maneira similar, atuam como magnetizadores dos seus usuários, recorrendo às suas predições temáticas, atraindo também as massas, que se relacionam com a retórica digital, a cada vez mais adentrarem em um movimento coletivo, renunciando a sua própria singularidade, haja vista que a nova comunicação virtual não se perfaz individualmente, mas movida pela multiplicidade de visões humanas (MENEZES, 2021, p. 89-90).

As *fake news*, assim, atuam por meio das emoções – geralmente negativas e opressoras – na tentativa de atrair as massas do ambiente do discurso digital (MENEZES, 2021, p. 120), influenciando-as emocionalmente e interferindo nas suas mentalidades, a partir da extração de dados comportamentais, elevando, vertiginosamente, o poder de influência, de servidão, de manipulação social (ZUBOFF, 2019, p. 12). Frise-se que se assemelham a rebanho obediente que não sobrevive sem um senhor, a quem se submetem instintivamente pela força e violência. Indiferentes com a verdade e a falsidade em si, e conscientes da sua força e poder, revelam-se intolerantes com o todo e são crentes na autoridade, admitindo o emprego de força e de violência pelo dominador (FREUD, 2021, p. 148).

Observa-se o retorno de artifícios da propaganda fascista, que mobilizam processos racionais e conscientes, com o objetivo de promover a desinformação e disseminar discurso de ódio. As *fake news* são tomadas como fios condutores de perseverança da dependência social ao debate, que são feitas de forma assimétrica e orientadas pelos propósitos dos seus idealizadores, os antigos reis, príncipes ou senhores, desestabilizando os entornos sociais. Logo, a tirania persiste, agora sob novo manto, o da cibernética, sendo também meio de obtenção de ganhos políticos e econômicos, por meio da exploração do comportamento humano. O homem da modernidade continua a ser subjugado, agora em realidade fluida, persistindo o regime de servidão das massas, a despeito das alterações sociais, econômicas e políticas decorrentes da transferência da arena física para a virtual.

4 TEORIA DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY

Após o advento da Segunda Guerra Mundial, fortaleceu-se a cizânia quanto

à possibilidade de restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais, predominando o entendimento que inexistente direito absoluto a um direito, sendo legítimo até sacrifício, inclusive, com aplicação refratária de princípios constitucionais, a justificar intervenção do Estado-Juiz, como no caso do dilema que ora se enfrenta: liberdade (expressão) e segurança (honra e imagem).

Por não haver direitos absolutos, deve o julgador decidir a controvérsia empregando argumentação racional, a partir de teorias da justiça, sendo que aqui se escolheu a do balanceamento de Robert Alexy, por enfrentar a colisão entre direitos com o emprego de fórmula, ou seja, do teste da proporcionalidade, efetuado em duas etapas e pelo emprego de leis fundamentais. A primeira, estabelece que quanto maior for o grau de afetação a um princípio, maior terá que ser a importância de satisfação do outro. A segunda, afirma que quanto mais pesada for a interferência em um direito, maior deve ser a certeza da necessidade da intervenção.

A aplicação das leis foi materializada na fórmula do balanceamento, por meio da escala triádica simples e da escala triádica dupla. A primeira, pensada para enfrentar a colisão entre direitos fundamentais, permite regular o grau de interferência, de agressão (branda, moderada e severa) e de intensidade (certeza, plausibilidade e não evidência), mas logo fora considerada insatisfatória para resolver alguns conflitos da era fluida. Como aprimoramento, fora elaborada a segunda, a escala triádica dupla, ampliando a margem de escolha decisória, assegurando a pretensão de correção e possibilitando maior número de combinações, pois dividida em três graus (leve, médio e severo), que subdivididos em outros três (leve, médio e severo), permitindo até 6561 intervenções (STRAPAZZON e INOMATA, 2017).

Tem-se que a fórmula do peso permite maior controle da arbitrariedade e relativiza a aplicação de núcleo essencial de direitos fundamentais, por submeter que qualquer direito passe pelo crivo da proporcionalidade. Entretanto, a intervenção deve ser justificada em critérios racionais, pois, quanto maior o seu grau, mais forte deve ser a razão constitucional que a embasa. A relatividade dos princípios constitucionais, que dependentes da situação em concreto, permite concluir pela inexistência de direitos humanos absolutos, ainda que se trate da liberdade, pois todos os bens são suscetíveis de limitações, restrições e privações (STRAPAZZON e INOMATA, 2017).

Considerado mandamento de otimização nas democracias, Alexy elege o princípio que redunde em menor prejuízo quando se faz necessária a intervenção judicial na colisão entre direitos fundamentais. Assim, na tomada de decisão racional, deve-se aplicar o teste de qualidade, qual seja, a fórmula do peso. Tanto a aplicação da escala triádica simples, quanto a dupla, evitam arbitrariedades e não há direito que não possa a ela ser submetida. Frise-se, no entanto, que, quanto

maior o grau de intervenção, mais forte deverá ser a razão constitucional que a embasa. Recorre-se, então, ao discurso jurídico para enfrentar questões concretas, com a pretensão de correção, atrelando-o a um direito válido e preso à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica (ALEXY, 2013, p. 299).

Diante da situação que ora se analisa, da colisão entre o direito do autor de postagem à livre expressão e o direito à honra de participante de processo eleitoral, a teoria do balanceamento, manifestada, também, na aplicação do princípio da proporcionalidade *stricto*, possibilita a solução racional pela ciência do direito. Na aplicação da fórmula, o resultado do peso concreto entre os princípios colidentes é alcançado pela divisão da intensidade da interferência, multiplicado pelo peso abstrato de importância e pela plausibilidade do direito (ALEXY, 2013, p. 290).

Ante a colisão do direito à liberdade de expressão do autor da postagem e da proteção à honra de candidato, a solução perpassa na mensuração do peso, intensidade e plausibilidade entre as garantias fundamentais, ou seja, gradua-se a importância entre se assegurar a propagação de notícia falsa com a de proteger a honra e a imagem de candidato e, mais ainda, a legitimidade do processo eleitoral em si. O resultado da equação depende das provas anexadas nas demandas judiciais eleitorais, sobretudo dos elementos específicos ínsitos à controvérsia em apreciação. Em regra, a liberdade de expressão costuma ser o princípio escolhido por redundar em menor prejuízo, já que, como sustentava Montaigne, as relações sociais mais valiosas são as que dependem da escolha e liberdade voluntária. Contudo, a impossibilidade de independência total, de ausência de limitação, nas relações sociais, afasta o ideal de liberdade ilimitada da existência humana (TODOROV, 2020, p.117).

Portanto, admite-se o afastamento de uma norma do ordenamento jurídico, desde que em conflito com outra de igual hierarquia, mesmo que ambas resguardem direitos fundamentais. Entretanto, exige-se que a decisão que enfrente dito conflito seja proferida de forma racional e apresente motivação jurídica válida, priorizando a legalidade constitucional e preservando a segurança jurídica. Conclui-se, portanto, que Alexy exige do operador do direito o emprego de argumentação racional, limitando as intervenções do Judiciário, que devem se ater à pretensão de correção, ante a supremacia da Constituição e controle judicial das leis (ALEXY, 2013, p.296).

5 ENFRENTAMENTO DA COLISÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Com a difusão dos veículos de comunicação, a partir do acesso quase universal à internet, o Poder Judiciário, em vários dos seus ramos, viu-se obrigado a analisar demandas que requerem a ponderação de princípios para resguardar um di-

reito constitucional frente a outro. Dito dilema atingiu apogeu na seara eleitoral, face aos direitos envolvidos: o do eleitor à livre manifestação e o do candidato à preservação da honra e imagem. Transcende-se, ao direito da coletividade a um pleito legítimo, já que a democracia não sobrevive na desinformação, com potencial para falsear a vontade do eleito. Neste sentido, torna-se indispensável a atuação dos tribunais pátrios, a saber:

A democracia constitucional relaciona-se à capacidade que o Estado possui de se auto-organizar formando uma instituição capaz de cumprir com várias funcionalidades para a manutenção da ordem constitucional, sendo uma das suas principais atuações a proteção dos direitos fundamentais e a preservação de um sistema jurídico fulcrado na imperatividade das normas da Constituição. (MENEZES, 2021, p.292).

Em regra, opta-se por admitir o emprego de opiniões e críticas, ainda que contundentes, quando se trata da divulgação de postagem em que se avaliam homens públicos. Defende-se a circulação de ideias, essencial em sociedade que resguarda a liberdade de expressão e o amor ao debate (TSE - Rp: 06010715220186000000, Relator: Min. Sérgio Silveira Banhos). Confirmando essa premissa, destaca-se a lição de Aline Osório:

A crítica política – dura, mordaz, espinhosa, ácida – é peça essencial ao debate democrático [...]. Por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores têm acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes ou [ir]relevantes para o eleitorado e fazem parte do leque de informações legitimamente utilizadas na definição do voto. (OSÓRIO, 2017, p. 228).

O afastamento da conotação de críticas ácidas, como ofensa à honra ou à dignidade, não retira do Judiciário o poder de apreciação da contenda, por assegurar o acionamento em searas outras, cível e criminal, como faculta o art. 325 do Código Eleitoral. Em regra, as falas contestadas das postagens são enquadradas no âmbito do debate, em que o homem público deve ter uma “pele mais grossa” para suportar críticas (TSE - RESPE: 219225 MACAPÁ - AP, Relator: Min. ROSA WEBER).

De um modo geral, prepondera o direito de livre manifestação, sobretudo quando se trata da avaliação da gestão pública envolvendo candidatos. Entretanto, não é raro que o resultado da equação, no enfrentamento de colisão entre direitos fundamentais, implique a retirada de postagens e outras medidas. A Corte Eleitoral do Maranhão, enfrentando dito dilema, proferiu julgado, recorrendo à ponderação na formulação de argumentação jurídica. Transcreve-se trecho do voto:

Isto porque nenhum direito, ainda que de status constitucional, é absoluto. Em verdade, cada direito fundamental sofre restrições quando em colisão com outros direitos de igual assento, devendo, em cada caso, haver ponderação para que não seja esvaziado e função do abuso do outro... (...) entendo que o direito à livre expressão do qual se socorre o representado, colide frontalmente com o direito à honra e à imagem do senhor Governador e de seus correligionários mencionados no vídeo. Assim sendo, não se deve garantir absoluto direito à liberdade de expressão ao Representado, devendo ser mitigado para que não esvazie outro direito, igualmente previsto na lei maior. (Proc. nº 0600072-23.2018.6.10.0000. TRE/MA. Rel. Juiz Eduardo José Leal Moreira. DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Data 02/08/2018).

Referido acórdão, que condenou o cidadão, terceiro não *player*, foi mantido pelo TSE, por maioria, que apontou novo direcionamento, no sentido de punir o usuário de internet pela divulgação de notícias falsas e discurso de ódio, com a imposição da pena de multa.

Destaca-se a manifestação do Min. Alexandre de Moraes, quando do julgamento:

Talvez as redes sociais tenham tornado tão banais essas ofensas, essas perseguições, que realmente há um momento que há necessidade de se mostrar que as redes sociais, as mídias sociais, não atuam em terra de ninguém” (RESPEL nº 0600072-23. TSE. Rel. Min. Tarcísio Vieira. Data Julgamento 05/05/2021).

No mesmo sentido, o Min. Tarcísio Vieira Neto, autor do voto divergente e vencedor:

Não há direitos absolutos. Dúvida não há: as expressões utilizadas ofereceram a honra dos governados, consubstanciando discurso de ódio. (...) livre manifestação de pensamento não constitui direito absoluto e que a divulgação de publicação antes do período permitido que ofende a honra de possível candidato é propaganda eleitoral negativa. (RESPEL nº 0600072-23. TSE. Rel. Min. Tarcísio Vieira. Data Julgamento 05/05/2021).

Ao estabelecer sanção a não *player*, ou seja, penalizar cidadão de fora do sistema eleitoral, inaugura-se atuar jurisdicional de responsabilização de terceiro até então não abarcado, caracterizando viragem jurisprudencial. Insta destacar as ponderações do Min Barroso:

Não acho, no entanto, que pode haver o enquadramento como propaganda eleitoral antecipada negativa sob pena de atrairmos para a Justiça eleitoral, em um ano eleitoral que se

avinha, todo tipo de manifestação, crítica, ou desagravo mais ríspido feito na rede social. (RESPEL nº 0600072-23. TSE. Rel. Min. Tarcísio Vieira. Data Julgamento 05/05/2021).

Portanto, novas formalizações decisórias têm sido construídas pela Justiça Eleitoral. Ainda que, em tese, possa não haver consenso sobre a responsabilização de um não *player*, o dissenso existente já evidencia que novas perspectivas devem ser desbravadas, de acordo com o debate jurídico-constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que em tempos de modernidade líquida o ambiente político parece não comportar meros opositores, defensores de ideologias conflitantes, mas autênticos inimigos. A disseminação de notícias falsas e a propagação de discurso de ódio são estratégias que permeiam a política destes novos tempos, impulsionadas pelo comportamento de massas, que ainda estão dispostas a servir a um homem ou a uma causa, desestabilizando a higidez participativa. Infringir garantias constitucionais, como a da legitimidade do pleito e da preservação da honra, é prática que enfraquece as instituições democráticas, mas virou rotina, mesmo nas democracias mais sólidas. Este retrocesso, marca do século XXI, é um mal a desafiar não só cientistas políticos e juristas, mas a população mundial. E é, de fato, preocupante, pois o resultado das urnas, ainda que sem tanques, pode, influenciado por novas tecnologias, como as notícias falsas, os algoritmos da multiplicação e o discurso de ódio, reduzir a democracia real a um “verniz da democracia”. E o que se desenha assustador ainda pode agravar: cresce, de forma galopante, o quantitativo de homens dispostos a ceder uma das maiores conquistas da civilização, a democracia, para servir um igual ou a uma causa (STEVEN, 2018).

Na era da modernidade fluida, a democracia migra, num piscar de olhos, para um regime autoritário, bastando alteração das regras eleitorais ou supressão de direitos. As ditaduras ostensivas de outrora, com a suspensão de constituições, exílios de políticos e promulgação de atos institucionais, foram substituídas por novo manto. Entretanto, a essência, repetida nos séculos, persiste: homens abdicam da liberdade, bem maior, em nome de uma causa ou de um governante, revelando-se dispostos a servir sem questionar a racionalidade da servidão voluntária. E para agravar, com a migração da ágora para o mundo virtual, princípios morais foram relegados e as notícias falsas e os discursos de ódio disseminados por meio dos cliques da conexão e desconexão.

Sobressai-se, então, a necessidade de maior controle, por meio da prolação de decisões jurídicas fundamentadas, com racionalidade, apresentando-se a fórmula

do balanceamento de Alexy como mais uma ferramenta à disposição do operador do direito do século XXI. Neste contexto, o precedente da Corte Eleitoral, nos autos do Respe n.º 060022731, em que limitada a liberdade individual frente a necessidade de preservação da própria democracia, além da honra dos envolvidos no processo eleitoral, passa a ter relevância maior. Dita viragem jurisprudencial, em que relativizado o ideal da liberdade plena na tentativa de salvaguardar a democracia e a honra de candidato, revela um novo atuar ante as ameaças do mundo digital.

Ao construir precedente que parte de o pressuposto ser temerária e potencialmente danosa a liberdade plena, a Corte Eleitoral atesta a inexistência de direitos absolutos, ainda que de hierarquia constitucional, além de garantir outros direitos, empregando para tal desiderato argumentos científicos na desconstrução do ideal de liberdade plena como condição de democracia.

Aplica também, ao deparar-se com a dita colisão, a ponderação entre os princípios, ao relativizar a liberdade individual e optar pela qualidade da informação das postagens e pelo combate ao discurso de ódio, não servindo a defesa da liberdade de um homem como justificativa para impedir a sua responsabilização por conduta perpetrada em ambiente virtual com condão de falsear a vontade do eleitor e tumultuar o pleito. Optou a Corte pela primazia da legitimidade do pleito, do acesso à informação de qualidade e pela preservação à honra de candidato, em detrimento ao ideal da liberdade individual plena, a partir da interpretação da Constituição Federal na sua integralidade.

De fato, as decisões judiciais não podem mais ser utilizadas para conceder salvo conduto a candidatos e eleitores que utilizam a ágora virtual para obtenção de vantagens escusas, captando votos e dinheiro irregularmente, tornando-se indispensável, para preservar a harmonia do sistema político, a adoção de mecanismos de regulamentação do mundo digital. Há que se interpretar as regras do direito superando o paradigma da norma da garantia do direito individual e trabalhá-las na perspectiva de defesa do regime democrático.

Como dito, o novo precedente do TSE fornece ao julgador o caminho ao deparar-se com demandas de colisão entre princípios constitucionais, sobretudo por responsabilizar todos os *players* do sistema político, incluindo o eleitor, por condutas em ambiente virtual, quebrando paradigmas. Não se pode olvidar que demandas que envolvem a liberdade individual de postar e o direito a um pleito legítimo exigem do julgador o dever de selecionar, entre princípios constitucionais, o que prioriza a defesa da democracia, pois não há como se trabalhar liberdade na tirania. Requer, ainda, que se afaste o subjetivismo, manifestado nas convicções políticas, religiosas e morais dos operadores do direito, que tanto contaminam as decisões judiciais. Por fim, cabe ainda dispor que a teoria do balanceamento de

Alexy aparece como eficiente ferramenta de enfrentamento, com cientificidade e racionalidade, quando da colisão entre direitos fundamentais, por meio da aplicação da fórmula do peso, quer pelo emprego da escala triádica simples, quer da escola triádica dupla, lembrando que se há décadas o homem abdicou da sua segurança em prol da liberdade, parece, por ora, que o pêndulo insiste em retornar para a direção da segurança no intuito de devolver maior estabilidade às relações políticas e sociais, incluindo as efetuadas no mundo digital.

REFERÊNCIAS

BOÉTIE, Étienne de La. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Trad. L.C.C. Publicações Eletrônicas. EbooksBrasil, 2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Respel nº 0600072-23**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Maio/discurso-de-odio-em-redes-sociais-no-periodo-pre-eleitoral-pode-configurar-propaganda-antecipada-negativa> . Acesso em: 7 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. **Proc nº 0600072-23.2018.6.10.0000**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/195026883/processo-n-0600072-232018610000-do-tre-ma> . Acesso em: 7 jun. 2021.

DUBOIS, Elizabeth; BLANK, Grant. The Echo Chamber is Overstated: the moderating effect of political interest and diverse media. **Journal Information, Communication & Society**. v. 21, n. 5, 2018. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369118X.2018.1428656?src=recsys>. Acesso em: 31 ago. 2020.

FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião. O mal-estar na cultura e outros escritos**. Trad. Maria Rita Salazano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020.

MENEZES, Paulo Brasil. **Fake News: modernidade, metodologia e regulação**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Trad. Cássio de Arantes Leite.. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STEVEN, Levit; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. Surveillance Capitalism and the Challenge of Collective Action. **New Labor Forum**. v. 28, n. 1, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1095796018819461>. Acesso em: 12 maio 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América. Leis e Costumes**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TODOROV, TZVETAN. **Os inimigos íntimos da democracia**. Portugal: Edições 70.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, CYBERLAW E O CONCEITO KANTIANO DE AUTONOMIA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Robison Tramontina

1 INTRODUÇÃO

As linhas que entrelaçam Direito e Tecnologia na Sociedade da Informação estão cada vez mais fulgurantes. A importância de se investigar sobre esta confluência não se justifica somente pela atualidade, mas principalmente pelo impacto que este debate pode contribuir para as respostas e para as várias perguntas e inquietações relacionadas à temática na seara jurídica.

O presente artigo investiga, a partir do cenário da sociedade informacional, em que medida o conceito de autonomia da vontade, de matriz kantiana, dialoga ou não com as premissas do cyberlaw de Lawrence Lessig. É resultado de uma revisão bibliográfica de natureza descritiva que integra uma investigação mais ampla sobre a possibilidade serem feitas ou não conexões do conceito kantiano de autonomia com a premissas da teoria do cyberlaw de Lawrence Lessig, a partir de um diálogo adequado com a dogmática constitucional brasileira. Muitos são os autores da literatura científica brasileira que analisam a perspectiva da dignidade da pessoa humana, mas esse artigo aponta quatro relevantes que citam direta e textualmente a visão kantiana de autonomia da vontade como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana: Flávia Piovesan, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ingo Sarlet.

O referencial teórico, entendido como o conjunto de concepções teóricas, conceitos e categorias aptas a identificar e descrever o objeto de pesquisa, está subsidiado nas concepções de autonomia da vontade e dignidade de Immanuel Kant; de Sociedade Informacional de Manuel Castells, de Cyberlaw de Lawrence Lessig; e de autonomia (dignidade humana) de Ingo Sarlet no contexto constitucional brasileiro. A investigação está dividida em duas partes: a primeira caracteriza a sociedade da informação e apresenta a proposta arquitetônica do Cyberlaw de Lawrence Lessig, a outra, analisa o conceito de autonomia em Kant e evidencia as leituras dogmáticas feitas na doutrina brasileira sobre essa concepção.

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O CYBERLAW

“Nenhuma reflexão séria sobre o devir da cultura contemporânea pode ignorar a enorme incidência das mídias eletrônicas e da informática”³². A emblemática assertiva de Pierre Lévy pode ser parafraseada para o âmbito jurídico, pois nenhuma reflexão séria sobre o devir do Direito contemporâneo pode ignorar a enorme incidência das mídias eletrônicas e da informática. Daí infere-se que o Direito e os seus meios expressão não de ser (re)lidos perante a linguagem informatizada da Sociedade do Século XXI, para que sejam melhor teorizados e compreendidos.

De fato, a leitura do Direito há de ser feita para uma sociedade em que os meios de comunicação conduzem a uma “economia eletrônica baseada no conhecimento, na informação e em fatores intangíveis (como imagem e conexões)”³³. Os efeitos desta (re)leitura levam ao que Castells³⁴ propõe de “cultura da Internet”, que é baseada na (1) flexibilidade; na (2) ausência de um centro de comando e na (3) autonomia máxima de cada nó. É uma cultura que pressupõe uma crença tecnocrática no progresso dos seres humanos mediados pela tecnologia, que prospera pela criatividade tecnológica livre e aberta, alicerçada em redes virtuais que pretendem reinventar as formas pelas quais a sociedade se relaciona, e materializada pelo mercado nas engrenagens da nova economia. Uma cultura contemporânea que se associa às tecnologias digitais e cria uma nova proposta de relacionamento entre a técnica e a vida social: a cibercultura³⁵.

É verdade que a disponibilidade de reprodução, recriação e difusão de bens imateriais, numa dimensão participativa e colaborativa nunca antes alcançada, suscita indagações sobre a noção do indivíduo-autor (ator) e seus fundamentos socioculturais, filosóficos e jurídicos³⁶. A forma de pensar dos atores absorve uma nova lógica de rede, “de excessos, agilidade, integração, relativização e expertise jovem”³⁷. A economia neste contexto caminha para a valorização cada vez maior de bens imateriais, da disputa por conhecimentos técnicos, tendo o processamento de informações por código computacionais a sua via de acesso³⁸. Novas formas

32 LÉVY, P. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008. p.10.

33 CASTELLS, M. *A galáxia Internet*: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p.85.

34 CASTELLS, M. *A galáxia Internet*: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

35 LEMOS, A. *Cibercultura*: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. 7. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

36 MAGALHÃES, T. S. O. *A criação no ciberespaço e as licenças autorais alternativas*. 2008. 83 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital). São Paulo: PUC-São Paulo, 2008.

37 PIMENTEL, M.; FUKS, H. (Org.). *Sistemas colaborativos* [e-book]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.86.

38 MAGALHÃES, T. S. O. *A criação no ciberespaço e as licenças autorais alternativas*. 2008. 83 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital). São Paulo: PUC-São Paulo, 2008.

de trabalho nutrem uma dependência das redes comunicativas e colaborativas compartilhadas, das quais resultam novas redes de relações intersubjetivas (intelectuais, afetivas e sociais). Emergem, pois novos comportamentos, traços psíquicos, diferentes ciclos de conhecimento, racionalidade, reserva, isolamento, mobilidade, pontualidade que integram uma nova organização subjetiva³⁹.

Neste cenário, é a interação que garante a compreensão ampliada de um determinado produto cultural oferecido. Há palco para que se medite sobre o conceito de Inteligência Coletiva⁴⁰ no qual o conhecimento de um determinado assunto é construído a partir do envolvimento das muitas partes presentes no processo de comunicação. De fato, uma ponderação reflexiva que admita compreender as transformações sociais e considerar suas decorrências deverá atender a integração de critérios socioculturais e éticos aos econômicos e políticos habitualmente combinados às características da “Sociedade da Informação” e, desta forma, colocar à disposição caminhos para uma participação ativa na construção de seu futuro.

A caracterização desta “Sociedade da Informação” reclama duas implicações: a reformulação do conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e o meio de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”⁴¹. Nessa sociedade, segundo Castells⁴²: a informação é matéria-prima de insumo, propiciada pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações; há penetrabilidade das novas tecnologias ressaltada pela concepção da sinergia e do dinamismo capazes de modular o processo de mudança das tendências de transformações técnico-econômicas; predomina a lógica de redes tecnológicas que permitem suscitar resultados imprevisíveis da criatividade que emana da interação complexa, desafio quase intransponível no padrão tecnológico anterior; flexibiliza-se a essência do paradigma, que oportuniza a capacidade de reconfiguração e maior disponibilidade para a incorporação de mudanças; há convergência tecnológica, que reforça os efeitos da sinergia decorrente da penetrabilidade das tecnologias.

Com efeito, estas descrições/projeções de Werthein⁴³ e Castells⁴⁴ ainda podem ser lidas nos três componentes que caracterizam a concepção de “Economia Di-

39 PIMENTEL, M.; FUKS, H. (Org.). *Sistemas colaborativos* [e-book]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

40 LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008.

41 WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

42 CASTELLS, M. *A galáxia Internet: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

43 WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

44 CASTELLS, M. *A galáxia Internet: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

gital” do relatório Digital Economy Report 2019 da Unctad⁴⁵ (2019, p. 4-5): 1) Aspectos centrais: inovações fundamentais (semicondutores, processadores), principais tecnologias (computadores, dispositivos de telecomunicações) e infraestruturas de habilitação (Redes de Internet e telecomunicações); 2) Tecnologia digital e da informação (TI): setores que produzem produtos-chave ou serviços que dependem das principais tecnologias digitais, incluindo plataformas digitais, aplicativos móveis e serviços de pagamento; 3) Um conjunto mais amplo de setores de digitalização, que inclui aqueles em que produtos e serviços digitais (finanças, mídia, turismo, transporte) estão sendo cada vez mais usados (por exemplo: comércio eletrônico/e-commerce).

A lógica social da inovação, da produtividade e do crescimento econômico a partir de um novo paradigma tecnológico há de ser alcançada pelas formas jurídicas. Novos pressupostos para interpretar a nova realidade fulguram alterações nas concepções de espaço (desterritorialização⁴⁶), de escrita (hipertexto⁴⁷), de tempo (pontilhista⁴⁸) e de relacionamento (líquido⁴⁹). E as concepções do Direito não estão imunes a este dinamismo.

Lawrence Lessig⁵⁰ foi um dos precursores da nova leitura a ser direcionada ao Direito, e pode ser listado como um dos que construíram o Cyberlaw. Seu argumento inicial de que o “Código é lei” tornou-se uma linha condutora dos escritos que tematizam o Direito e o Cyberspace. Lessig descreve quatro formas de regulação dos comportamentos humanos: normas sociais, mercados, leis e arquitetura.

As leis formalizam o que é uma conduta permitida e uma conduta proibida. As restrições que as diferentes normas sociais (cultura) impõem ao comportamento não são formalizadas, mas são reais e comungam da ideia de que certos comportamentos são aceitos, e outros não. Com o alto preço de alguns produtos ou serviços poucos irão comprá-los, prova de que o mercado também regula os

45 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Digital Economy Report 2019: implications for developing countries*. New York: UN Publications, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

46 CASTELLS, M. *A galáxia Internet: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

47 LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008.

48 BAUMAN, Z. *Vida para Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

49 BAUMAN, Z. *A sociedade individualizada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

50 Consultar as seguintes obras: LESSIG, L. The Path of Cyberlaw. *Yale Law Journal*, vol. 104, n. 7, p. 1743-1756, May 1995. LESSIG, L. Reading the Constitution in Cyberspace. *Emory Law Journal*, vol. 45, no. 3, p. 869-910, Summer 1996. LESSIG, L. Intellectual Property and Code. *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 11, no. 3, p. 635-640, Summer 1996. LESSIG, L. Constitution and Code. *Cumberland Law Review*, vol. 27, no. 1, p. 1-16, 1997. LESSIG, L. The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach. *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 2, p. 501-549, December 1999. LESSIG, L. *Code: And Other Laws of Cyberspace*. Basic Books: New York, 2000. LESSIG, L. *Code version 2.0*. Unknown: Edição do Kindle, 2008. Os argumentos desenvolvidos no intervalo de páginas 4-6 estão fundamentadas nas obras acima citadas.

comportamentos. Sugere que as ferramentas utilizadas para interagir nos limitam. Arquitetos, urbanistas e engenheiros sabem disso, há muito tempo. Todavia, a influência do comportamento humano através da modelagem do espaço é limitada pelas leis da natureza. Não se constrói qualquer ponte ou prédio. Contudo, no Cyberspace, segundo Lessig, a tecnologia de informação e comunicação pode ser desenhada para qualquer caminho, e assinala um quarto modo de regulação: a arquitetura.

Ao afirmar que o Cyberspace é um espaço em que podemos moldar como nenhum outro lugar e modular o comportamento humano, significa que projetar o Cyberspace é uma atividade reguladora. Produz o que Lessig chama “Código da Costa Oeste” (Silicon Valley, Redmond-WA), código de software que regula o comportamento humano. Quanto mais usado o cyberspace para interagir/comunicar, mais restringidos seremos por este Código. Por outro lado, as leis (“Código da Costa Leste”) são criadas por um mecanismo formalizado e complexo em democracias. A aprovação, geralmente, é difícil, dispendiosa e demorada; com discussão pela sociedade.

Lessig se preocupa com a transição do Código da Costa Leste (governo) para o Código da Costa Oeste (corporações). O ciberespaço pode perder muito da qualidade que inicialmente teve como um lugar de discussão aberta e livre. A periculosidade da coalizão de produtores dos dois Códigos pode levar a uma substituição dos valores originais da Internet por seus próprios valores, colocando em risco as preferências dos que dela utilizam.

Lessig sugere, portanto, a forma de um “Código Aberto” (Open Code). Um Código Aberto seria menos vulnerável à regulação indireta por leis, menos suscetível ao desejo de controle das corporações. Tal Código Aberto constituiria a construção dos elementos de hardware e software que integram esse novo local, e dos protocolos de comunicação que permitem esses elementos se interagirem. O argumento central é que o Código Aberto é a arquitetura do ciberespaço. Como a escrita do código mudou da primeira geração de pioneiros da Internet para os grandes players comerciais, a arquitetura do ciberespaço mudou. Se o Código que dá molde ao ciberespaço é produzido por um número decrescente de corporações, o ciberespaço torna-se mais regulável e regulamentado. Essas corporações podem mudar o ciberespaço para maximizar seus recursos, enquanto os governos pretendem forçar tais corporações para modificar o Código e torná-lo mais regulável. A primeira preocupação de Lessig, portanto, é a escolha, a capacidade de selecionar entre duas ou mais opções.

Com efeito, quando existem inúmeros fornecedores de navegadores, roteadores e mecanismos de pesquisa, temos opções, se houver concorrência. Nosso

poder sobre uma instituição, argumenta Lessig, é a ameaça de saída/troca. Opções oportunizam-nos escolhas. Quando muitas opções estão disponíveis, os “code writers” precisam ouvir os usuários para sobreviver no mercado. Escolhas diminuem o poder de mercado dos fornecedores, e reduzem suas capacidades (e as do governo) de regular por meio do código. O argumento se fundamenta na “mão invisível do ciberespaço”, sustentada pelo governo e pelo mercado, construindo uma arquitetura que conduz um controle e uma regulação possíveis. A escolha que Lessig prevê tem um foco: dos consumidores selecionarem os bens no mercado. Enquanto houver opções para os usuários, há competição. Mercados competitivos garantem que os usuários permaneçam empoderados. A escolha é o primeiro valor fundamental da teoria de Lessig.

Ainda, Lessig admite que a ausência de transparência no mercado pode conduzir a menos escolhas. Isso também faz o ciberespaço mais regulável, pois evita que os clientes saibam quando mudar para um produto diferente. A concentração e a falta de transparência permitem aos governos regular o ciberespaço, regulando aqueles que escrevem o Código (intransparente). Para Lessig, portanto, o Código Fechado (Closed Code) é igual ao código regulável. A necessidade de transparência é o segundo valor abrangente sobre o qual a teoria de Lessig descansa. Ele observa que não pode haver escolha significativa sem transparência e traça uma linha argumentativa que prioriza a liberdade de expressão, a privacidade e a propriedade intelectual.

À proposta de Lessig foram feitas várias críticas. As mais contundentes a relacionam a um determinismo tecnológico. David G. Post⁵¹, por exemplo, alerta que Lessig escreve sobre a concentração do poder econômico como se fosse de alguma forma predestinada, uma consequência inevitável da comercialização. Se houver muitas arquiteturas diferentes, então há escolha sobre a obediência aos controles (code writers) e não é coerente a aludida predestinação. A noção de que a mão invisível do mercado conduz de alguma forma para a uniformidade pode estar correta, mas não totalmente. A “mão invisível” parte de um conjunto diversificado de ofertas em resposta às diversas necessidades e preferências do público. Post adverte que as escolhas a serem feitas entre arquiteturas são decisões políticas, que deveriam se sujeitar à tomada de decisão coletiva e reconhece que há momentos em que é imprescindível uma ação coletiva para promover o bem-estar comum.

No entender de Viktor Mayer-Schonberger⁵², ao enfatizar as escolhas de mercado, Lessig conceitua os problemas sociais através de uma lente particular de

51 POST, D. G. What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace. *Stanford Law Review*, vol. 52, no. 5, p. 1439-1460, May 2000.

52 MAYER-SCHONBERGER, V. Demystifying Lessig. *Wisconsin Law Review*, vol. 2008, no. 4, p. 713-746, 2008.

decisões atomísticas, mais de resultado do que o de um processo, deixando de capturar a dinâmica total em jogo do livre discurso (liberdade de expressão), na propriedade intelectual e em casos de privacidade na Internet. Diverge da visão de Lessig de que o mercado conduz tecnologia, e que esta, por sua vez, molda a sociedade. Aponta que esta visão linear e direcional parte de um determinismo tecnológico que não consegue capturar a complexidade do dinamismo social. Há literatura científica que a critica por omitir uma miríade de atores e de mecanismos individuais que influenciam o desenvolvimento e uso de inovações tecnológicas.

Mayer-Schonberger⁵³ cita a teoria/abordagem ator-rede (ANT–Callon, Latour e Law), que vislumbra que a interação entre a tecnologia e a sociedade ocorre em uma rede heterogênea de atores humanos e não humanos (material e semiótica), que precisam ser praticadas ao longo do tempo para permanecer. Também se reporta à teoria da construção social da tecnologia (SCOT- Bijker e Pinch), que aposta num processo multidirecional em que certos grupos sociais, incluindo usuários de artefatos tecnológicos, desempenham um papel fundamental (entre outros fatores) na tecnologia de moldagem. Apesar de diferentes ênfases, essas teorias reconhecem a central importância da reciprocidade das influências entre tecnologia e sociedade, da necessidade de olhar para todos os elementos envolvidos (social e técnico), e da imprevisibilidade resultante das trajetórias futuras, muito diferente da visão determinista de Lessig. Mayer-Schonberger advoga pela inconsistência teórica de um dispositivo explicativo e preditivo aparente quando analisadas as trajetórias das inovações reais de tecnologia. Afirma, pois, que as teorias não deterministas são muito mais consistentes.

Em “apocalípticos” e “integrados”, Umberto Eco⁵⁴ parte de duas atitudes básicas frente à cultura de massas e à sociedade tecnológica. Enquanto a apocalipse é uma obsessão do dissenter, a integração é a realidade concreta daqueles que não dissentem. A cultura de massas para os apocalípticos tolda a originalidade criando um “gosto médio”, parte da geração de homologações, tende a manipular de forma inconsciente, estimula emoções pré-construídas, está dominada pelas leis do mercado, impulsiona uma superficialidade do pensamento a partir de slogans publicitários, protege uma visão acrítica e passiva⁵⁵. Os integrados admitem que a cultura de massas não se reduz a um fenômeno capitalista, pois também manifesta expressões populares, permite o acesso à cultura a diversas categorias sociais an-

53 MAYER-SCHONBERGER, V. Demystifying Lessig. *Wisconsin Law Review*, vol. 2008, no. 4, p. 713-746, 2008.

54 ECO, U. *Apocalípticos e integrados*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

55 COLARI C. A. Apocalípticos e integrados: el retorno. *Hipermediaciones*, 25 enero, 2013. Disponível em: <https://hipermediaciones.com/2013/01/25/apocalipticos-e-integrados-el-retorno/>. Acesso em: 4 jul. 2018.

tes excluídas, pode ser um agente de formação, eleva o entretenimento, permite a difusão de obras culturais pelo baixo custo. Os apocalípticos têm o mérito de captar e denunciar os impactos perversos de determinados usos das tecnologias, mas peca pela unilateralidade, porque refuta os avanços e virtualidades do progresso. Não menos unilateral é a atitude dos integrados, que adoram o “novo” só pelo fato de ser novo, o que pode representar uma aceitação servil ante os riscos implícitos em determinados abusos das tecnologias, com perigosas consequências.

Uma reflexão que deve ser feita envolve a importação acrítica do argumento do determinismo tecnológico e o seu diálogo com o Direito Constitucional. A despeito da importância, do pioneirismo e do impacto científico da proposta de Lesig, uma teorização que supostamente parta de premissas envoltas no determinismo tecnológico pode afetar a concepção (e o conceito) de autonomia da vontade, e, por conseguinte, impor reflexos à maneira de como epistemologicamente se tematiza a dignidade da pessoa humana; que tem previsão em 149 Constituições⁵⁶.

Neste contexto, a Lei Fundamental de Bonn, de 23.05.1949 (art.1.1), a Constituição Portuguesa, de 25.04.1976 (art.1º), a Constituição Espanhola, de 29.12.1978 (art.10.1) e a Constituição Brasileira, de 5.10.1988 (art.1º,III), refletiram as Declarações de Direitos do Pós-Guerras, principalmente a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 10.12.1948, e elevaram a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. O tópico a seguir, trata de algumas considerações do contexto brasileiro.

3 O CONCEITO KANTIANO DE AUTONOMIA E A LEITURA DELE PELA DOGMÁTICA BRASILEIRA

Efetivamente, as circunstâncias históricas, sociais e políticas levaram à proteção da personalidade do ser humano, e o conseqüente estabelecimento da dignidade da pessoa humana como seu principal fundamento e como premissa antropológico-cultural para ascender a democracia como uma consequência orgânica. Com efeito, é indispensável recordar que a relevância da Constituição, antes deste período, representava mais um documento político. Após as duas Grandes Guerras, o texto constitucional adquiriu verdadeira força normativa, e se impôs como instrumento reitor do ordenamento jurídico do Estado como norma jurídica superior. A garantia de eficácia jurídica dos direitos baseados na dignidade da pessoa humana não reclamava, exclusivamente, uma mera fixação textual-normativa, mas, sobretudo, uma atualização de como conjugar o ordenamento jurídico. A

⁵⁶ SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

vinculação pelos poderes estatais e a imposição de ser concretizada e assegurada sua observância, foram exigências que a força normativa da Constituição demandava. A força normativa que adquiriu a Constituição permitiu, pois, que a teorização da dignidade da pessoa humana se convertesse em uma realidade jurídica⁵⁷.

A despeito da inserção e da importância formal da dignidade da pessoa humana na Constituição contemporânea, dificultoso é identificar seu âmbito de configuração material, seu caráter absoluto ou relativo⁵⁸ e outras problematizações decorrentes. Parece ser tributo inexorável dos conceitos e categorias mais recorrentes do Direito padecer de um déficit de intenção conceitual proporcionalmente inverso a sua extensão de uso. Este texto não objetiva estender seu debate sobre todas as importantes discussões que gravitam sobre dignidade da pessoa humana na Constituição contemporânea, mas assinalar que sobre este conceito cabe uma importante tensão epistemológica que pode ser suscitada se examinados: as premissas da teoria de cyberlaw de Lawrence Lessig, o conceito kantiano de autonomia e o diálogo adequado com a dogmática constitucional brasileira.

É recorrente na literatura se reportar a Immanuel Kant. E a obra que o referido conceito é tratado pela primeira vez na filosofia kantiana é a *Fundamentação Metafísica dos Costumes* (1785)⁵⁹. Nela, Kant⁶⁰ refletiu sobre o princípio supremo de moralidade. Princípio este que retira sua origem da razão, a qual, por si mesma, é imune de influências sensíveis e ordena o que deve ser feito. Só da atividade a priori da razão é que pode derivar o princípio supremo de moralidade e este, neste sentido, válido para todos os seres racionais. Kant adverte que a boa vontade e a faculdade da razão prática pressupõem o dever. A determinação do dever em seres racionais projeta a forma de um imperativo categórico, que contém uma necessidade incondicionada, objetiva e, por isso, universalmente válida. Distingue as ações contrárias ao dever, conformes ao dever e por dever (morais).

57 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

58 Na discussão sobre o caráter absoluto ou relativo de dignidade, Carla Bertoni e Elisângela Padilha indagam o uso do argumento de ofensa à dignidade e o questionamento sobre sua banalização. O artigo emprega a problematização do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional para destacar as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições. Utiliza Robert Alexy para questionar sobre a admissão de relativização, da restrição da dignidade de alguém para proteger a dignidade de outrem. (PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 13, n. 6, p. 95-110, abr. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2908/2704>. Acesso em: 17 mar. 2020. (doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v13i6.2908>).

59 Nas obras anteriores, em especial, na *Crítica da Razão Pura* (1781-1787), Kant esboça e justifica sua filosofia teórica. Não há nelas discussões sobre o conceito de autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

60 KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

Destas últimas resulta o mérito moral de uma ação⁶¹. O imperativo categórico é identificado como o imperativo da moralidade. Chega-se à conclusão de que o imperativo categórico é possível sob o pressuposto da ideia de liberdade. A liberdade em sentido negativo (heteronomia) possibilita o sentido positivo, a autonomia, onde agir livremente é o mesmo que agir sob leis (da razão). Se buscada a lei pela vontade, mas tal busca é assente na inclinação ou em representantes da razão ou em qualquer dos objetos da natureza, o resultado é sempre a heteronomia e os imperativos hipotéticos. Neste sentido, para o imperativo moral, portanto categórico, a liberdade há de ser atribuída a todos os seres racionais para que haja moralidade. Em que pese não se possa conhecer, deve-se pressupor a liberdade, pois, sem ela, não há moralidade⁶². A dedução da lei moral, a partir do conceito positivo de liberdade, é exposta em *Crítica da Razão Prática* (1788)⁶³ quando Kant disserta sobre o fato da razão. Ao expor o fato da razão, as implicações que dele defluem, Kant observa como se pode tomar consciência dele e como se relaciona com a liberdade⁶⁴.

É neste sentido que Schneewind⁶⁵ admite que Kant forjou a concepção da moralidade como autonomia em contraposição à moralidade como obediência. Nesta, a autoridade divina é intermediada pela razão e também pela revelação. Como a grande maioria das pessoas não compreende as razões para fazer o que a moralidade indica, ameaças de punição e também ofertas de recompensa são necessárias para garantir uma adesão suficiente para proporcionar à ordem moral. A moralidade como autogoverno, por outro lado, indica uma igual capacidade de conviver mediada por uma moralidade de autogoverno: uma suposição de uma competência moral. O argumento é que, a margem das punições ou das recompensas, podemos interpretar o que a moralidade requer e somos igualmente capazes de agir de maneira adequada. A suposição da competência moral potencializa uma estrutura conceitual para que cada um possa reivindicar a autodireção de suas próprias ações, sem interferências. Da concepção de moralidade como obediência não resultavam essas ilações. Schneewind⁶⁶ eleva o papel de Kant no construto da moralidade como autogoverno, por defender que somos autogovernados porque somos autônomos, pois a partir desta linha de raciocínio, nós mesmos legislamos a lei moral.

A autonomia da vontade, entendida como liberdade em sentido positivo, como a capacidade de autolegislação e autodeterminação, consiste na capacidade

61 KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

62 KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

63 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994.

64 TRAMONTINA, Robison. *As noções de liberdade e fundamentação em Kant*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

65 SCHNEEWIND, Jerome. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

66 SCHNEEWIND, Jerome. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

que um sujeito tem de exercer sua capacidade de moralidade. Conecta-se esta com a formulação kantiana do ser humano como fim em si mesmo, no imperativo prático “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁶⁷. Há uma pressuposição da vontade racional legislando universalmente. Da concepção do ser racional decorre o conceito de reino dos fins, o qual interliga sistematicamente todos os seres racionais por intermédio de leis comuns. O ser humano há de se estimar, de modo concomitante, como membro (pois legislador universal, sujeito às leis que a si mesmo se dá), e como chefe (pois legislador, não submetido à vontade de outrem). O ser racional, portanto, há de se considerar como legislador no reino dos fins pela liberdade da vontade, sem limitações de seu poder adequado à vontade.

Da proposição kantiana “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade”, se infere a plausibilidade de equivalência do que tem um preço, é dizer, possui equivalentes, um valor relativo (trocado, comprado, vendido, etc). No entanto, o que se posiciona acima de todo e qualquer preço, que não há equivalentes, tem dignidade. A dignidade, portanto, augura um valor absoluto, intrínseco. A dignidade do ser humano possibilita sua participação como legislador universal e o habilita a ser membro do reino dos fins, com obediência apenas às leis que ele mesmo se dá, em conformidade com as quais suas máximas se incluam na prefiguração de uma legislação universal. Relaciona-se à autonomia da vontade como fundamento da dignidade do ser humano, dentro da suposição da competência moral⁶⁸.

Algumas dificuldades filosóficas que permeiam a obra kantiana e foram farramente apresentadas e discutidas na literatura secundária especializada⁶⁹. En-

67 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994. BA 52.

68 TRAMONTINA, Robison. *As noções de liberdade e fundamentação em Kant*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

69 De acordo com Pele, há vários limites na concepção kantiana de dignidade humana. Segundo ele, o modelo kantiano de dignidade destaca a ideia do sublime, da superioridade e da elevação, encontrado em modelos anteriores. Logo, não há uma superação das concepções pretéritas. Além disso, Kant contrapõe valor a preço, numa perspectiva meramente econômica. Kant não parece pensar no termo “valor” como uma entidade metafísica e absoluta, a qual parece estruturar o paradigma contemporâneo de dignidade. A dignidade é a condição para que algo seja um fim em si mesmo. E o que é esta condição que tem a dignidade? Kant responde que é a moralidade é a condição sobre a qual um ser racional pode ser um fim em si mesmo, porque somente por ela é possível ser membro legislador no reino dos fins. A moralidade e a humanidade, enquanto que esta seja capaz de moralidade é o único que possui dignidade. A Lei moral representa esta condição que tem uma dignidade, um valor interno. A dignidade não deriva da humanidade em si, mas de uma predisposição, de uma capacidade, de uma potencialidade da humanidade: enquanto que esta é capaz de moralidade. A consideração kantiana da dignidade como valor interno, pressupõe que o ser humano possui uma qualidade (sua predisposição para a moralidade que o converte em ser livre) que deve atualizar e desenvolver sua personalidade. Kant não vincula o termo dignidade quando distingue os fins subjetivos dos fins objetivos. A noção de valor absoluto não surge com o objetivo de proteger o valor do ser humano (paradigma contemporâneo de dignidade humana). Quando Kant define o imperativo categórico, o respeito não surge do valor inerente e apriorístico do ser humano. A dignidade não é o

tretanto, pode-se fazer as seguintes observações sobre a noção kantiana de autonomia: Não há uma definição clara e precisa das noções de “dignidade humana” e autonomia da vontade. Além disso, não há um uso frequente das expressões na FMC ou em outras obras.

Para Kant os seres humanos ocupam um lugar privilegiado no “mundo das coisas”. Isso ocorre por duas razões: i) eles têm desejos e fins que possuem valor para os mesmos em função de seus projetos, por exemplo, se alguém quer se tornar um jogador de xadrez, um livro de instruções do referido jogo tem um alto valor, caso contrário, não teria; ii) eles têm um valor intrínseco, ou seja, dignidade, porque eles são seres racionais, agentes livres para tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar sua conduta pela razão⁷⁰.

A dignidade, valor intrínseco, núcleo central da autonomia da vontade, decorre da capacidade racional do ser humano. Caso não fossem racionais, os seres humanos não seriam livres (autônomos), nem poderiam agir moralmente.

A leitura kantiana de autonomia da vontade e de dignidade do ser humano repercutiram tanto no Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) como na literatura científica brasileira, quando interpretado o inciso III, do artigo 1o, da Constituição Brasileira de 1988 (“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”).

O impacto da perspectiva kantiana de dignidade da pessoa humana pode ser verificado direta e textualmente em 14 (quatorze) decisões do STF (ADC 41, ADI 3510, ADI 4424, ADPF 54, ADPF 132, ADPF 347, ARE 639.337, HC 124.306, Inq 3412, RE 398.041, RE 459.510, RE 477.554, RE 580.252, RE 673.707). Tais julgados foram proferidos tanto em controle concentrado como em controle difuso de constitucionalidade e revelam assuntos diversos, como, por exemplo: reserva

motivo porque alguém tem que respeitar aos demais, senão que indica somente o que se deve respeitar no outro, isto é, sua qualidade moral. Este imperativo se dirige primeiro como um dever para com a pessoa e não gera nenhum tipo de direitos, mas somente deveres de ordem moral. Kant não utiliza, por um lado, o conceito de dignidade para outorgar direitos ao ser humano. Por outro, a dignidade não é inerente ao ser humano, mas dependente de sua conduta moral. Kant não fundamenta sua concepção do direito em uma ideia moral prévia relacionada com qualquer tipo de respeito do ser humano. A verdadeira dignidade do indivíduo devia se expressar na sua capacidade (como agente moral) para obedecer a lei moral e, por extensão, ao direito. In: PELE, Antonio. La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales/A dignidade humana: modelo contemporaneo e modelos tradicionais. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892/713>. Acesso em: 17 mar. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17>. Os autores deste artigo não compartilham necessariamente com as críticas feitas por Pele.

70 RACHELS, James. Kantian Theory: The Idea de Human Dignity. In: RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House, 1999.

de vagas para negros em concursos públicos (ADC 41); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); violência doméstica contra a mulher (ADI 4424); indenização por violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários (RE 580.252); união civil entre pessoas do mesmo sexo (RE 477.554 AgR); redução à condição análoga de escravidão (RE 459.510).

Vários autores da literatura científica brasileira analisam a perspectiva da dignidade da pessoa humana, mas esse artigo aponta quatro relevantes que citam direta e textualmente a visão kantiana de autonomia da vontade como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana. Flávia Piovesan⁷¹ escreveu uma reflexão sobre a relação entre os direitos humanos e o princípio da dignidade humana, com ênfase em seu impacto no constitucionalismo brasileiro pós 1988. Inicia seu itinerário argumentativo com as premissas de Hannah Arendt de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, e que estão em processo de construção e reconstrução. Sublinha as Declarações de Direitos do Pós-Guerras, atenta-se para os fatos históricos e ressalta a internacionalização, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos. Ao comentar sobre a revisão do conceito de soberania do Estado, defende a sua relativização em proveito de uma transição “de uma concepção <hobbesiana> de soberania centrada no Estado para uma concepção <kantiana> de soberania centrada na cidadania universal”⁷². Para mensurar o influxo da dignidade da pessoa humana tanto na ótica interna como na internacional, Piovesan⁷³ adota a linha kantiana de fundamentação da dignidade e de autonomia, ao consignar que “Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua”. Especificamente na dimensão internacionalizada desta leitura, afirma que a influência “da vertente <kantiana> se concretizou com a emergência do <Direito Internacional dos Direitos Humanos>” e que “no plano dos constitucionalismos locais, a vertente <kantiana> se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana”⁷⁴.

Na conceituação de dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso⁷⁵

71 PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v.1, p. 305-322, Ago./2011.

72 PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v.1, p. 305-322, Ago./2011. p.309.

73 PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v.1, p. 305-322, Ago./2011. P.320-321.

74 PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v.1, p. 305-322, Ago./2011. p.320-321.

75 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

aponta duas dimensões: “uma interna, que expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros”. Traça alguns conceitos kantianos para elucidar a importância desta filosofia para o conceito de dignidade e de autonomia. Admite que a autonomia está ligada à vontade livre. A autonomia deflui da autodeterminação, do autogoverno, não vinculada a uma vontade heterônoma. E a dignidade, nesta perspectiva kantiana, tem como um dos seus fundamentos a autonomia. Barroso⁷⁶ identifica uma concepção (minimalista) de conteúdo tripartite da dignidade. Há um (i) valor intrínseco-ontológico, ligado à natureza do ser; acrescido no conteúdo da dignidade da pessoa humana a (ii) autonomia, como “elemento ético”. É no contexto da autonomia que se desenvolve a autodeterminação. Recorda da autonomia moral kantiana (desvinculação de influências heterônomas), contudo, aposta na autonomia pessoal, detalhada pela razão, independência e escolha. A autonomia consiste na “capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”⁷⁷. Desta decorrem alguns direitos fundamentais, como as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Sobre a autonomia privada, Barroso exemplifica a concepção estadunidense, para reforçar o que “significa autogoverno do indivíduo”. O (iii) valor comunitário, para Barroso, reproduz o “elemento social da dignidade”, a sua face relacional.

Daniel Sarmiento⁷⁸, por sua vez, decompõe em quatro elementos a sua proposta de definição de conteúdo para o princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Ao meditar sobre o valor intrínseco, prescinde de concordar com toda a teoria kantiana sobre dignidade, contudo reconhece a importância da sua máxima de não tratar as pessoas “nunca simplesmente como meio”, e sim como fins em si. Ao expor sua visão sobre a autonomia, comenta sobre a controvérsia sobre o livre arbítrio e o determinismo. Aborda sua linha de raciocínio na bipartição entre dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia. Não concorda com a autonomia moral kantiana pois distante do mundo real e que “assume feições heterônomas, ao estabelecer com absoluta rigidez as motivações que podem legitimamente inspirar as ações humanas”⁷⁹.

76 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.72.

77 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.82.

78 SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

79 SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizon-

Ingo Sarlet⁸⁰, na defesa de uma multidimensionalidade da dignidade, recorda a teorização kantiana, para ressaltar a autonomia da vontade e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Advoga que a autonomia há de ser considerada em abstrato, defluindo da capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, independente da efetiva realização no caso da pessoa em concreto. Aponta para uma conexão entre uma dimensão dúplice da dignidade expressada pela autonomia da pessoa humana “(vinculada à ideia de autodeterminação no que diz respeito com as decisões essenciais a respeito da própria existência)”, e pela “necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”⁸¹. Assume que a perspectiva protetiva (assistencial) poderá ocasionalmente ter prevalência ante a dimensão autonômica, nas hipóteses que configurem a ausência de condições para uma decisão própria e responsável que afetem o exercício pessoal de capacidade de autodeterminação, “restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)”⁸². Pondera que a doutrina mais expressiva identifica no pensamento kantiano as bases para a formulação do conceito de dignidade de pessoa humana; entretanto, alerta sobre o desafio de se mensurar até que ponto se deve adotar sem ressalvas ou ajustes esta concepção na atualidade⁸³. Com efeito, os ajustes ou ressalvas ao conceito kantiano de autonomia na Sociedade da Informação nos convidam a pensar em uma nova leitura.

A dogmática constitucional brasileira, em especial os doutrinadores citados, adota como ponto de partida os conceitos de autonomia e dignidade humana de matriz kantiana. Contudo, não os aceita plenamente até às últimas consequências. Assim, pode-se dizer que ela opera uma espécie de atualização dos referidos conceitos, não levando necessariamente em conta as intenções e propósitos de Kant⁸⁴.

te: Fórum, 2016. p.141.

80 Consultar as seguintes obras: SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, n. 9, p.361-388, jan/jun 2007. SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais* (Edição do Kindle). 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

81 SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.30.

82 SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.30.

83 SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais* (Edição do Kindle). 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

84 Kant pretende com sua filosofia prática, especialmente na *Fundamentação Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*, fundamentar a possibilidade da razão determinar a vontade humana. É um

Entretanto, parece ser possível afirmar que a Dogmática Constitucional Brasileira aceita as seguintes premissas kantianas: a) as pessoas possuem um lugar privilegiado no mundo. Como já dito alhures, isso ocorre por duas razões: i) eles têm desejos e fins que possuem valor para os mesmos em função de seus projetos ii) eles têm um valor intrínseco, ou seja, dignidade, porque eles são seres racionais, agentes livres para tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar sua conduta pela razão⁸⁵. Além disso, a tese de que a (b) dignidade pode ser entendida como um valor intrínseco.

As atualizações realizadas pela Dogmática Constitucional estão associadas ao “elemento social” da dignidade humana (Barroso), ao mínimo existencial e reconhecimento exigidos pela referida noção (Sarmiento) e a perspectiva protetiva, dimensão assistencial (Sarlet). Sendo assim, a Dogmática Constitucional Brasileira dialoga e tem com a concepção kantiana de autonomia da vontade e dignidade humana uma relação dupla: de aceitação de algumas premissas e de atualização daquelas dimensões que a referida teoria não consegue dar conta, dada a realidade filosófica, social e jurídica atual.

Pensando a autonomia da vontade e seu núcleo essencial, a dignidade humana, no contexto do Cyberlaw ou num possível cenário de seu desenvolvimento, duas posturas se configuram. A primeira, fundada na proposta de Lessig⁸⁶, levaria, caso a descrição que ele faz do Cyberlaw seja correta, à heteronomia da vontade, pois haveria uma determinação externa do comportamento (domínio das corporações, da arquitetura) dos projetos individuais e planos de vida, e a mitigação da autodeterminação. Em outros termos, o determinismo tecnológico implicaria um determinismo ambiental-contextual. Logo, as principais conquistas da filosofia kantiana, no que tange a autonomia da vontade, se perderiam.

A segunda, baseada nos escritos de David G. Post⁸⁷ e Viktor Mayer-Schonberger⁸⁸, preservaria a autonomia da vontade coletiva, uma vez que preserva a capacidade de escolha entre as diferentes arquiteturas, que são produzidas politicamente e sujeitas ao controle público com vistas ao bem comum, e o papel relevante dos grupos sociais na construção da tecnologia de moldagem. Aqui, a autonomia

reflexão de natureza moral.

85 RACHELS, James. Kantian Theory: The Idea de Human Dignity. In: RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House, 1999.

86 LESSIG, L. The Path of Cyberlaw. *Yale Law Journal*, vol. 104, n. 7, p. 1743-1756, May 1995. LESSIG, L. Reading the Constitution in Cyberspace. *Emory Law Journal*, vol. 45, no. 3, p. 869-910, Summer 1996. LESSIG, L. Intellectual Property and Code. *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 11, no. 3, p. 635-640, Summer 1996. LESSIG, L. Constitution and Code. *Cumberland Law Review*, vol. 27, no. 1, p. 1-16, 1997.

87 POST, D. G. What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace. *Stanford Law Review*, vol. 52, no. 5, p. 1439-1460, May 2000.

88 MAYER-SCHONBERGER, V. Demystifying Lessig. *Wisconsin Law Review*, vol. 2008, no. 4, p. 713-746, 2008.

da vontade é preservada, mas é uma autonomia coletiva, não individual. Sendo assim, o conceito kantiano de autonomia da vontade, em tese, ficaria preservado. Contudo, ao sair da dimensão individual para a dimensão coletiva, a ideia de autonomia defendida a partir dessa posição, assume a tese controversa de uma possível autonomia da vontade coletiva.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação tratou, a partir do cenário da sociedade informacional, em que medida o conceito de autonomia da vontade, de matriz kantiana, conecta-se ou não com as demandas do Cyberlaw. Das considerações de como tem sido interpretado o “novo paradigma técnico-econômico” da Sociedade Informacional pelo Direito, Lawrence Lessig se destacou e se destaca como um dos anunciaram esta nova leitura e pode ser dado a ele o crédito de um dos que prefiguraram o Cyberlaw.

Seu argumento inicial de que o “Código é lei” teve assunção de vários dos escritos que tematizam o Direito e o Cyberspace. Contudo, Viktor Mayer-Schonberger diverge da visão de Lessig de que o mercado conduz tecnologia, e que esta, por sua vez, molda a sociedade. Problematiza este argumento, pois classifica esta visão como linear e direcional, e que descansa em um determinismo tecnológico que não consegue capturar a complexidade do dinamismo social.

Uma das cardinais reflexões deste embate argumentativo entre Mayer-Schonberger versus Lessig é que uma possível “adesão” acrítica do argumento do determinismo tecnológico pode obstar seu diálogo com o Direito Constitucional. Se assumida uma teorização que supostamente parta de premissas envoltas no determinismo tecnológico, há de se vislumbrar o contraste com a concepção (e o conceito) de autonomia da vontade, e, por conseguinte, impor reflexos à maneira de como epistemologicamente se tematiza a dignidade da pessoa humana, a qual, pelo menos no contexto brasileiro do Texto Constitucional de 1988, não pode se furtar de examinar os pressupostos que Immanuel Kant estimou para configurar os conceitos de autonomia e de dignidade; e contrastar tais pressupostos com sua leitura na Sociedade de Informação. Da análise da dogmática brasileira sobre o tema verificou-se a necessidade de reler a noção kantiana de autonomia (dignidade humana) para adequá-la às exigências do Cyberlaw e de um Direito Constitucional atento a nova realidade fática e valorativa.

Neste contexto, ao se assumir o Cyberlaw com a face da heteronomia da vontade, como dissertado neste artigo, haveria uma determinação externa do comportamento (domínio das corporações, da arquitetura) dos projetos individuais e

planos de vida, e a mitigação da autodeterminação. Nesta linha, o determinismo tecnológico implicaria um determinismo ambiental-contextual. Logo, as principais conquistas da filosofia kantiana, no que tange a autonomia da vontade, se perderiam.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Human dignity and proportionality analysis. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 16, n. esp, p. 83-96, 19 fev. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BAUMAN, Z. **A sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Z. **Vida para Consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CASTELLS, M. **A galáxia Internet: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

ECO, U. **Apocalípticos e integrados**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, I. **Crítica da razão prática**. Lisboa: Edições 70, 1994.

LEMOS, A. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 7. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

LESSIG, L. The Path of Cyberlaw. **Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1743-1756, May 1995.

LESSIG, L. Reading the Constitution in Cyberspace. **Emory Law Journal**, v. 45, n. 3, p. 869-910, Summer 1996.

_____. Intellectual Property and Code. **St. John's Journal of Legal Commentary**, v. 11, n. 3, p. 635-640, Summer 1996.

_____. Constitution and Code. **Cumberland Law Review**, v. 27, n. 1, p. 1-16, 1997.

_____. The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-549, December 1999.

_____. **Code: And Other Laws of Cyberspace**. Basic Books: New York, 2000.

_____. **Code version 2.0**. Unknown: Edição do Kindle, 2008.

LÉVY, P. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008.

LOPES, R. S. As TICs e a “nova economia”: para além do determinismo tecnológico. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 60, n. 1, 2008. Available from: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso: 12 mar. 2018.

MAGALHÃES, T. S. O. **A criação no ciberespaço e as licenças autorais alternativas**. 2008. 83 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital). São Paulo: PUC-São Paulo, 2008.

MAYER-SCHONBERGER, V. Demystifying Lessig. **Wisconsin Law Review**, v. 2008, no. 4, p. 713-746, 2008.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A Dignidade da pessoa Humana na Teoria dos Direitos Fundamentais de Roobert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 13, n. 6, p. 95-110, abr. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2908/2704>. Acesso em: 17 mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v13i6.2908>).

PELE, Antonio. La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales/A dignidade humana: modelo contemporaneo e modelos tradicionais.

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892/713>. Acesso em: 17 mar. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17>.

PIMENTEL, M.; FUKS, H. (Org.). **Sistemas colaborativos** [e-book]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v.1, p. 305-322, Ago./2011.

POST, D. G. What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace. **Stanford Law Review**, vol. 52, no. 5, p. 1439-1460, May 2000.

RACHELS, James. Kantian Theory: The Idea de Human Dignity. In: RACHELS, James. **The elements of moral philosophy**. New York: Random House, 1999.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 9, p.361-388, jan/jun 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais** (Edição do Kindle). 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHNEEWIND, Jerome. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SCHWARTZ, P. M. Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy Control, and Fair Information Practices. **Wisconsin Law Review**, v.

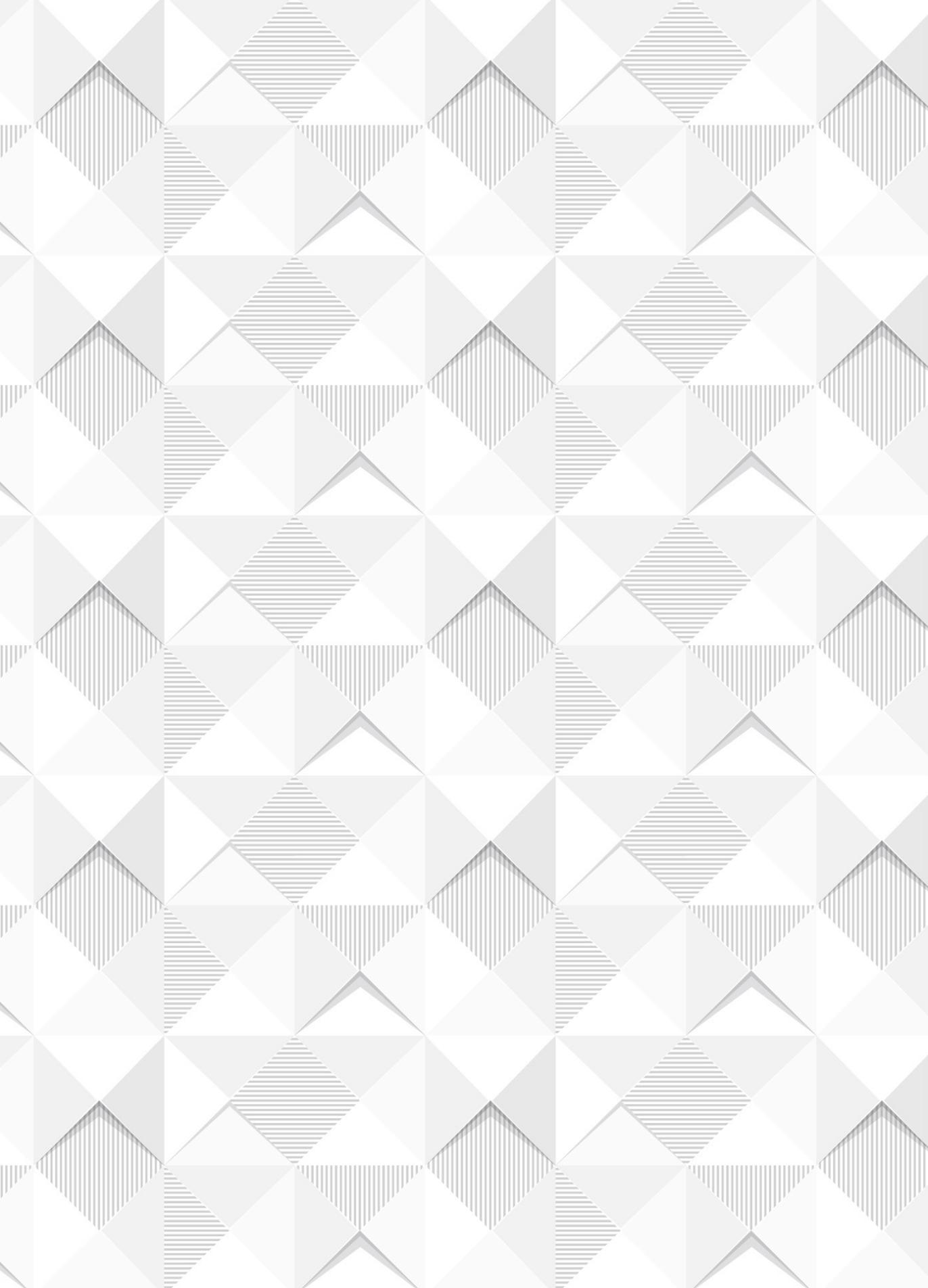
2000, n. 4, p. 743-788, 2000.

SCOLARI C. A. Apocalípticos e integrados: el retorno. **Hipermediaciones**, 25 enero, 2013. Disponível em: <https://hipermediaciones.com/2013/01/25/apocalipticos-e-integrados-el-retorno/>. Acesso em: 4 jul. 2018.

TRAMONTINA, Robison. **As noções de liberdade e fundamentação em Kant**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital Economy Report 2019**: implications for developing countries. New York: UN Publications, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf., Brasília**, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.



PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA E COOPERAÇÃO SOCIAL: DO MONISMO AO DUALISMO MORAL

Anderson Sobral de Azevedo

1 INTRODUÇÃO

Em sua obra *Fronteiras da Justiça*, Martha Nussbaum sugere que, ao invés de fundar-se na concepção de vantagem mútua, a cooperação social⁸⁹ assenta-se na pretensão de sociabilidade da natureza humana (2013, p. 195). Tendo esta hipótese como partida, pretende reformular a tese contratualista da justiça para resolver as três questões não respondidas pela *Justiça como Equidade* de John Rawls, a saber: i) o problema da justiça para pessoas com impedimentos físicos e mentais; ii) o problema de ampliação da justiça para todos os cidadãos do mundo; iii) o problema da justiça envolvendo o tratamento de animais não humanos.

Nussbaum parte da premissa de que, apesar de mais sofisticada em relação às teorias contratualistas clássicas, o contratualismo rawlsiano, por continuar lastreado no ideal de vantagem mútua como origem da cooperação social, teria uma falha intrínseca e por isso não conseguiria solucionar aqueles três problemas, que ela localizou além das “fronteiras da justiça” rawlsiana e, por isso, estariam além das possibilidades de solução do contratualismo contemporâneo, ou seja, seriam três problemas não solucionados (2013, p. 4).

Ela acredita que fundar a cooperação social, e conseqüentemente os princípios de justiça, no ideal de vantagem mútua, como fazem os contratualistas, excluiria a possibilidade de considerar-se, *a priori*, as pessoas com impedimentos, os não nacionais e os animais, que ela denomina de animais não humanos, pois estes não teriam como acrescentar alguma vantagem imediata à coletividade. Relata que essa problematização não é exclusivamente acadêmica ou filosófica, mas de ordem política, pois interfere na forma pela qual nossa sociedade enxerga as relações políticas. Destaca que a forma como nos vemos envolvidos na teia social molda nosso “pensamento sobre quais princípios políticos devemos favorecer e sobre quem deve participar dessa escolha” (2013, p. 5).

Além disso, apesar de no início da obra *Fronteiras da Justiça* Nussbaum informar que não pretende descartar as teorias contratualistas⁹⁰, em diversas outras pas-

89 “a concepção de justiça deve ser o fundamento público dos termos da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 172).

90 [...] de tal maneira que nos leva a procurar por um tipo diferente de estrutura teórica, ainda que seja

sagens fazem transparecer que, ao menos subliminarmente, sua intenção é outra, isto é, que deseja realmente fundar os princípios de justiça em outro alicerce, mais precisamente na benevolência, no lugar do ideal de vantagem mútua, típica do contratualismo⁹¹. Portanto, funda uma teoria normativa da justiça fundada no senso de benevolência e altruísmo, que, segundo o que defende, seriam imanentes ao ser humano. Assentados estes aspectos, o presente artigo tem por objetivo contrapor as teorias da justiça de Nussbaum e Rawls especificamente no tocante às bases originárias da cooperação social, a fim de averiguar se alguma das duas teorias se destacaria em relação à outra, quando contrapostas à realidade factual da vida cotidiana.

Para alcançar o objetivo proposto neste estudo, será utilizado o método hipotético dedutivo como mecanismo de contraposição daquelas duas teorias da justiça com a realidade cotidiana, objetivando investigar se referidas teorias normativas da justiça possuem algum suporte na realidade factual, mesmo que seja mínima, pois compartilhamos a angústia de John Dewey em fazer com que a Filosofia preocupe-se essencialmente em lidar com os problemas dos homens, no lugar de interessar-se basicamente com os problemas dos filósofos.

Além disso, será aferido se as proposições de Rawls e Nussbaum para a origem da interação social são realmente excludentes, bem como será examinado se a mais recente proposição teórica para o problema da Justiça, isto é, a obra de Amartya Sen, conseguiu solucionar a controvérsia existente entre Nussbaum e Rawls.

2 INTERAÇÃO SOCIAL E RACIONALIDADE HUMANA

É bastante significativa a seguinte passagem de *Fronteiras da Justiça* no sentido em que acreditamos que evidencia a perspectiva de Nussbaum sobre a impossibilidade de fundação simultânea de princípios de justiça baseados na vantagem mútua e na benevolência e senso de altruísmo:

uma na qual a maioria dos elementos da teoria de Rawls sobreviverá e lhe propiciará uma orientação valiosa [...]” (Nussbaum, 2013, p. 5) ou ainda “[...] Não pretendo mostrar que ele é melhor de uma maneira geral, uma vez que há muitas outras questões nas quais se sai pior do que a teoria contratualista [...] e, portanto, é de algum interesse tentar demonstrar por que, em função da própria explicação de Rawls, ela tem dificuldade com os três problemas não solucionados. Mostrar, porém, que o enfoque das capacidades se sai melhor do que a teoria de Rawls, de maneira geral, não é uma questão de que vou tratar [...]” (NUSSBAUM, 2013, p. 5).

91 Finalmente, porém, há dois compromissos que estão no coração de toda a tradição do contrato social: a ideia de que as partes do contrato social possuem igualdade aproximada em capacidades e poderes, e a ideia relacionada de que, com a decisão pela cooperação, ao invés da não cooperação, buscam alcançar o objetivo comum da vantagem mútua. Apesar de Rawls acrescentar elementos morais à sua teoria, tornando-a mais rica e mais adequada, jamais desiste do ponto de partida do contrato social. Por essa razão, como ele mesmo afirma, tem dificuldade com problemas como os nossos. Esses são os compromissos que, penso, precisamos, mais do que quaisquer outros, jogar fora a fim de ampliar a nossos casos as ideias intuitivas dessa teoria e os princípios que geram. (NUSSBAUM, 2013, p. 80).

Por outro lado, a fidelidade de Rawls à tradição clássica do contrato social, com sua ênfase na vantagem mútua como objetivo da cooperação social, exerce um papel importante na organização da situação inicial de contrato e na determinação de quem vai ser incluído nela [...] Por que as pessoas deveriam formar um pacto social com as outras? Para Rawls, o amor à própria justiça não responde, e não pode responder, a essa questão. Apesar de o amor à justiça estar presente nas ideias intuitivas sublineares da teoria, entra na situação de escolha somente na hora em que o projeto já está em andamento, na forma de limitações formais ao conhecimento das partes, moldando e limitando suas escolhas. Mas com relação ao motivo de haver de toda maneira um acordo desse tipo, a resposta é ainda, basicamente, a vantagem mútua, não a benevolência ou o amor à justiça (2013, p. 70-71).

É incontestável que a questão da justiça tem na sua origem problemas de legitimação do Estado e do Direito (ZIPPELIUS, 2012, 123), pois, por meio da sua problematização, aspira-se justificar a existência do Estado – o monopólio da coerção – (teorias contratualistas clássicas); e do Direito (teorias contratualistas contemporâneas), tomado este como a funcionalização daquele monopólio. Desse modo, procura-se validar as razões pelas quais opta-se pela constituição do monopólio da coerção e pela seleção de determinada estrutura de funcionalização daquele monopólio ao invés de outras alternativas.

Descartando-se a opção por justificativas heterônomas (Deus, fé, religião, poder supremo), que, desde a transição da Idade Média para a Modernidade, por causa das suas premissas autoritárias, perderam poder de persuasão, pelo menos nas sociedades ocidentais, sobressaíram-se justificações lastreadas na própria consciência das pessoas, como sendo “a última instância até onde é capaz de avançar o nosso esforço para conseguir justiça” (ZIPPELIUS, 2012, 124). O fim da heteronomia levou à autonomia da pessoa. “Cada um é então uma instância moral que, em princípio, dever ser respeitada por igual” (ZIPPELIUS, 2012, 129).

A procura das respostas às questões de justiça pela sindicância da consciência humana pode receber uma primeira objeção ao apontar-se o risco de lançar o empreendimento teórico em uma missão subjetivista sem fim. Entretanto, esse risco pode ser remediado pela introdução da ideia de consenso, isto é, concordância sobre as melhores razões. Mas, mesmo assim, podemos nos deparar com outra objeção, agora no que respeita à utilização da ideia de consenso. Pode-se objetar que diante das diversas subjetividades será impossível alcançar-se consenso e que, ao fim e ao cabo, este seria utópico em uma sociedade aberta.

Ainda assim podemos defender a ideia de consenso inserindo uma qualificação limitativa de ordem empírica, qual seja, a viabilidade do atingimento da concordância em uma amplitude não totalizante, mas sim na maior medida pos-

sível, dentro dos membros da comunidade (ZIPPELIUS, 2012, 124). Desse modo, acredita-se afastar a justificação da legitimação do Estado e do Direito tanto de justificativas heterônomas quanto de justificativas utópicas.

Por meio desses ajustes metodológicos, o exercício de investigação da consciência como último *locus* dos critérios de legitimação do Estado e do Direito, isto é, dos critérios de justiça, pode suplantar o risco do subjetivismo por meio da utilização do método do consenso.

Neste ponto, abre-se um novo caminho para as seguintes indagações filosóficas: haveria algum motivo que levaria as pessoas a abandonarem seus propósitos individuais de vida em favor de objetivos coletivos, resultando disso em certa objetificação dentro de agrupamentos comunitários?

Como retratado acima, Nussbaum acredita que sim. Existem motivos que levam as pessoas a abandonarem seus propósitos particulares de vida para buscarem objetivos coletivos, pois, segundo ela, as pessoas não podem imaginar-se vivendo sem fins compartilhados e sem uma vida compartilhada na benevolência, ou seja, no altruísmo. Por outro lado, os teóricos do contrato social, como Rawls, por exemplo, acreditam que as pessoas aceitam trocar a busca por seus próprios objetivos pela perseguição de finalidades coletivas por causa dos benefícios mútuos que a vida comunitária possibilita.

Resumindo, para a teoria normativa de Nussbaum, as pessoas são benevolentes e justas, isto é, altruístas por concepção, bem como reconhecem que não têm existência plena fora de agrupamentos comunitários, ao passo que para os contratualistas contemporâneos a benevolência e justiça não seriam aspectos inerentes à existência humana, mas contingentes, e as pessoas reúnem-se em agrupamentos comunitários por interesse em unir forças em benefício de todos, pois cada pessoa é uma instância moral e por isso deve ser respeitada por igual.

Sendo assim, em última análise, a legitimação do Estado e do Direito para Nussbaum⁹² estaria no fato das pessoas não conseguirem viver sem que seja com e para os outros, “tanto na benevolência quanto com justiça” (2013, p. 195), já para os contratualistas a legitimação residiria na extração de vantagens mútuas, considerando-se, entretanto, cada pessoa em si como uma grandeza moral, o que impede que sejam utilizadas como meios para fins coletivos. Mas será que a cooperação social, que é ao mesmo tempo princípio e fim dos critérios de justiça, somente pode

92 Um aspecto interessante de Fronteiras da Justiça reside, em nossa perspectiva, no fato de possuir certo paradoxo em relação ao contratualismo, pois, no início da obra, Nussbaum informa que sua tese deve ser recepcionada como convergente “a um tipo diferente de contratualismo, baseado puramente em ideias éticas kantianas” (2013, p. 6), para mais à frente advertir, em muitas passagens, que o enfoque das capacidades é uma teoria não contratualista do cuidado (2013, p. 191).

derivar de uma única fonte: do ideal de vantagem mútua ou do senso de altruísmo? Esta preocupação nos leva a trilhar os próximos capítulos na tentativa de verificar qual é realmente o propósito da cooperação social, isto é, se a realidade factual da colaboração entre os seres humanos consegue ser explicada exclusivamente pela tese da vantagem mútua ou pela tese da benevolência e altruísmo.

Ao observar-se aquelas proposições acerca do ponto de partida da cooperação social, e conseqüentemente do Estado e do Direito, podemos concluir que as duas possuem bons argumentos para justificar-se, mas para que a opção teórica por uma ou outra perspectiva não se resume a questões de simpatia ou antipatia, compartilhamento de visões de mundo ou puro dogmatismo, torna-se importante avaliá-las segundo algum critério de clarificação, tendo no horizonte a meta de que esse texto pretende-se por científico e por isso “tem que ter uma lógica (que independe muitas vezes da experimentação) e ter algum grau de aderência ao que é observável” (CAMPANARIO; CHAGAS JUNIOR; RUIZ, 2012, p. 128).

Nesse caminho, depara-se com o conceito de racionalidade como sendo “uma questão de basear – explícita ou implicitamente – nossas escolhas no raciocínio que podemos sustentar reflexivamente” (SEN, 2011, p. 228), ou seja, é o exercício de criticidade que devemos submeter nossas escolhas, ações, objetivos, valores e prioridades, a fim de verificar a sustentabilidade das razões que transcendem nossas opiniões. Até porque o exercício reflexivo racional é um processo psicológico que leva à adaptação do comportamento humano (escolhas, ações, objetivos, valores e prioridades). Com base em estudos empíricos da psicologia comportamental, Joshua Greene destaca que:

O raciocínio, como aplicado na tomada de decisões, envolve a aplicação consciente de regras de decisão. Uma forma simples de raciocínio opera na tarefa Stroop, na qual aplicamos com consciência a regra de decisão ‘Nomear a cor’. Pode-se ver a tarefa nomear a cor de Stroop na presença de uma palavra vermelha como a aplicação do seguinte silogismo prático: ‘A cor da palavra na tela é vermelho. Minha tarefa é nomear a cor da palavra na tela. Assim, devo dizer a palavra ‘vermelho.’ O raciocínio pode ficar muito mais complicado, mas é assim que começa. Para nossos objetivos, quando uma pessoa se comporta com base no raciocínio, ela sabe o que está fazendo e porque está fazendo; ela possui acesso consciente à regra de decisão operativa, a regra que associa as características relevantes de uma situação ao comportamento adequado (2018, p. 143).

Para os fins do presente artigo, isto é, abordar o princípio e fim da cooperação social como mecanismo conformador dos critérios de justiça, entendemos ser necessário compreender-se a estrutura comportamental humana ao impulsionar a

interação social. Esse exercício reflexivo passa pela busca de evidências factuais e análise dos seus resultados.

Ao passo que a biologia, neurociência e teoria dos jogos, por exemplo, vêm apontando para uma origem natural e evolutiva dos sentimentos morais (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 58), abre-se também para a Filosofia a possibilidade de manusear algumas metodologias anteriormente circunscritas ao conhecimento científico⁹³. Por exemplo, encontramos a proposta de Karl Popper de falseamento que, em linhas muito gerais, pode ser resumida como o método de colocar as concepções teóricas sempre à prova, fazendo sobressair como mais adequadas aquelas que resistirem a testes (CAMPANARIO; CHAGAS JUNIOR; RUIZ, 2012).

Parte-se da concepção de que “ainda que não se possa ter certeza a respeito da veracidade ou acerto de afirmações feitas a respeito da realidade, é possível submetê-las a testes, a fim de que sejam consideradas verdadeiras, enquanto não for demonstrada sua falsidade” (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 46), já que a abertura a críticas é uma forte ferramenta de depuração, “pois parte de uma proposição, retirada da reflexão teórica, e busca confrontá-la com a realidade, por meio de técnicas apropriadas de extração, tratamento e análise de dados e informações” (CAMPANARIO; CHAGAS JUNIOR; RUIZ, 2012, 133).

Popper preconiza que, ao invés de se tentar averiguar, por meio da indução, a correção de determinada teoria, deve-se canalizar esforços para a localização de casos particulares que refutariam a hipótese base da teoria. Por isso esse método foi batizado de falseabilidade, porque, antes de pretender comprovar uma teoria como verdadeira, preocupa-se prová-la falsa, isto é, preocupa-se em destacar como o mundo não é. A despeito de certa divergência sobre a possibilidade de juízos de falseamento de normas e valores, o que afastaria a utilização desse método do presente estudo, partimos da premissa de MACHADO SEGUNDO (2016, p. 59 e 82), a saber: “questões morais não são equivalentes a meros gostos pessoais, tanto que se apresentam razões para a defesa de pontos de vista diversos [...] di-

93 Segundo MACHADO SEGUNDO, “O conhecimento científico e o conhecimento filosófico diferenciam-se do comum pelo fato de serem críticos e questionadores de si, além de terem pretensão de sistematicidade. Até a Idade Moderna, não havia uma distinção muito clara entre ambos. Com a revolução científica havida a partir de então, porém, passou-se a entender o conhecimento científico como aquele voltado a parcelas específicas da realidade, tendo, ainda, caráter predominantemente empírico ou experimental. Já o conhecimento filosófico teria pretensões universalizantes, preocupando-se com a totalidade do real, bem como com a identificação das condições de possibilidade e de validade do próprio conhecimento [...] Se na Antiguidade a Filosofia englobava muito do que hoje se intitula Ciência, na contemporaneidade as descobertas científicas em torno do cérebro humano, e de como ele lida com questões como a compreensão, linguagem, a ética e a estética, têm feito com que se proclame uma suposta superação ou inutilidade da filosofia [...] Em verdade, não se deve cogitar de uma superação da filosofia [...] Caberá sempre à filosofia o papel de atender aos ‘três’ ‘c’s, a saber, *clarificação, conexão e cautela*” (2016, p. 53-54).

ferenciando as coisas como são daquelas que ele considera como deveriam ser”. Diante disso, mesmo em teorias filosóficas, acreditamos que é importante estabelecer algum conhecimento de fato necessário ao mais adequado desenvolvimento especulativo, o que abre a Filosofia para o método do falseamento, a fim de distanciá-la da pura metafísica, principalmente quando tem por objetivo a clarificação da gênese da cooperação social como critério de justiça.

Como na ciência, a Filosofia, e talvez principalmente o seu ramo político, pretende, acima de tudo, formular representações da realidade por meio de teorias que, na verdade, são modelos ou croquis, isto é, uma parcela simplificada da realidade, o que permite, então, a formulação de testes de falseabilidade. Aliás, a própria Nussbaum esclarece, em diversas passagens de *Fronteiras da Justiça*, que pretende suplantar a ideia de vantagem mútua com sua tese do Enfoque das Capacidades, pois esta seria mais condizente com a realidade⁹⁴.

Com base nisso, passa-se a analisar as proposições sugeridas por Nussbaum e Rawls para a cooperação social, em contraposição à realidade cotidiana.

Por meio do mecanismo de falseabilidade (método hipotético-dedutivo), confrontar-se-á as hipóteses propostas por Nussbaum e Rawls de assentamento da cooperação social unicamente no senso de altruísmo e sociabilidade, e no ideal de vantagem mútua, respectivamente, com a realidade cotidiana. Caso resistam aos testes, as proposições serão consideradas válidas, pelo menos até que futuros testes de falseabilidade as infirmem. Por outro lado, se não resistirem à confrontação com a realidade, teremos bons motivos para não as considerar como proposições mais adequadas ou, pelo menos, reconhecer que necessitam de adaptações e ajustes.

3 TIPOS DE COGNIÇÃO MORAL

Começa-se este capítulo com uma reflexão acerca da pandemia do novo coronavírus. A despeito do sofrimento por que passa a Humanidade em decorrência da pandemia, a maior crise de saúde do Séc. XXI e uma das maiores da história, o atual momento é propício para a análise que agora se coloca, tendo em vista que se vive circunstâncias verdadeiramente limítrofes em termos individuais e comunitários – escassez de medicamentos, leitos de hospitais, vacinas, empregos, dinheiro, saúde, etc. –, o que leva as pessoas a estarem permanentemente perante

94 “O equívoco das teorias passadas não é, portanto, uma questão de simples aplicação das mesmas velhas teorias a um novo problema: trata-se de corrigir a própria estrutura teórica [...] uma nova análise do propósito da cooperação social (que não enfoque a vantagem mútua) e, ainda, ênfase na importância do cuidado como um bem social primário, parece provável que lidar com eles de maneira adequada vai exigir não apenas uma nova aplicação das velhas teorias, mas uma reformulação das estruturas teóricas em si” (NUSSBAUM, 2013, p. 2).

a imagem de proximidade da morte. Nesta conjuntura, temos boas razões para acreditar que o senso de sobrevivência fica mais latente do que em momentos de tranquilidade e bonança. É, então, contexto perfeito para contrapor as proposições sobre a origem da cooperação social de Nussbaum e de Rawls. Vejamos alguns exemplos ilustrativos.

No Brasil⁹⁵ e no mundo⁹⁶, a despeito da necessidade de manter-se o isolamento e distanciamento social para frear e diminuir os casos de contágio pelo vírus covid-19, vemos protestos e comportamentos sociais que beiram a desobediência civil, sob argumento, às vezes, da necessidade de manter-se algum nível de produtividade a fim de sobreviver à escassez de trabalho e renda.

Apesar da crise de saúde causada pelo vírus covid-19 ter sido classificada como uma pandemia, isto é, ter atingido todo o globo terrestre, o que imporia seu enfrentamento por meio de políticas de cooperação internacional massiva, o que vemos, desde o início da crise, é verdadeira guerra entre nações para aquisição de equipamentos médicos⁹⁷, insumos farmacêuticos, vacinas, etc. Inclusive chegamos a testemunhar alguns países produtores bloqueando remessas de vacinas para o exterior pelas empresas farmacêuticas, sob a justificativa de prioridade da vacinação dos seus nacionais⁹⁸.

Alguns dias após a publicação da Lei Federal nº 14.125/2021, que possibilita a aquisição de vacinas por entidades privadas com a exigência de doação de percentual para o Sistema Único de Saúde, vimos o início de uma corrida por decisões judiciais liberadoras da aquisição de vacinas por agentes da iniciativa privada sem a obrigatoriedade de doação de parte das vacinas adquiridas⁹⁹.

Por outro lado, também vemos exemplos de ajuda humanitária no enfrentamento da pandemia, bem como exemplos particulares de altruísmo, como por exemplo, no Projeto Órfãos da Covid, objetivando a criação de rede de apoio para crianças e adolescentes que se tornaram órfãos em decorrência da pandemia¹⁰⁰.

Diversos fundos emergenciais foram criados pela sociedade civil organizada, pretendendo angariar recursos para manutenção de ajuda aos mais vulneráveis diante da crise¹⁰¹.

95 “Donos de bares e restaurantes protestam contra aumento de restrições e fechamento à noite e aos finais de semana em SP” (G1, 2021).

96 “Europeus se manifestam contra medidas de prevenção à Covid-19” (G1, 2021).

97 “Coronavírus: EUA são acusados de ‘pirataria’ e ‘desvio’ de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil” (BBC Brasil, 2021).

98 “União Europeia e AstraZeneca travam queda de braço pelas vacinas contra a covid-19” (SAURANDER, UOL, 2021).

99 “Juiz libera empresa para comprar vacina para funcionários e familiares” (VEJA, 2021).

100 “Grupo Mães que Acolhem ajuda órfãos da covid” (RADIO AGÊNCIA NACIONAL, 2021).

101 Fundo Emergencial para a Saúde–Coronavírus Brasil (BSOCIAL).

Países se movimentam para ajudar as nações menos desenvolvidas no enfrentamento da pandemia¹⁰².

Acredita-se que a utilização destes exemplos ilustrativos para o teste de confrontação das proposições de Nussbaum e Rawls para a origem da cooperação social acabam surpreendentemente por infirmá-las e afirmá-las concomitantemente, o que se leva a concluir que se tem bons motivos para considerar que as duas teses, apesar de aparentemente contraditórias, são complementares, pois, ao que tudo indica, a cooperação social tem origem tanto na ideia de vantagem mútua como no senso de altruísmo e benevolência.

E por que isso ocorre? Por uma razão que, apesar de simples, parece que talvez não tenha sido apreendida por Nussbaum e Rawls, mas o foi por Sen:

O essencial aqui é reconhecer a existência de diferentes abordagens da busca do comportamento razoável, e nem todas elas precisam depender necessariamente do argumento sobre a cooperação mutuamente benéfica baseada na vantagem. A busca de benefícios mútuos, na forma hobbesiana direta ou na forma rawlsiana anônima, tem enorme relevância social, mas não é a única espécie de argumento relevante para a discussão do que poderia ser considerado um comportamento razoável [...] O poder efetivo e as obrigações que surgem dele de maneira unilateral também podem ser uma base importante para o raciocínio imparcial, que vai muito além da motivação pelos benefícios mútuos. (2011, p. 240-241)

Em outras palavras, a cooperação social se origina de duas maneiras: a primeira, da ideia de vantagem mútua, no sentido de que as pessoas preferem interagir uma com as outras, objetivando unir forças a fim de alcançarem fins mútuos (impulsos egoístas); e segundo, por meio de comportamentos unilaterais desinteressados, tendentes a beneficiarem terceiros despretensiosamente (impulsos sociais) (GREENE, 2018, p. 110).

Uma explicação para esta dualidade pode ser encontrada nas descobertas das ciências comportamentais. Para Joshua Greene, por exemplo, quanto à avaliação moral, o cérebro humano trabalha em duas velocidades, é o que ele chama de “teoria do processo dual do julgamento moral”. Nosso cérebro funciona como “uma câmera de modo dual, com uma configuração automática e um modo manual”. A primeira configuração serve para conformação de situações fáticas típicas, isto é, onde haja familiaridade, recordação, proximidade; enquanto que o modo manual auxilia o comportamento humano a lidar com cenários inéditos e mais complexos (2018, p. 140). Desse modo, explica que possuímos dois tipos de cognição: uma automática e

102 Covid: Áustria vai doar R\$ 79 milhões para ajudar países pobres (R7, 2021).

outra controlada. Além disso, a cognição automática é mais eficiente do que a controlada, porém esta é mais flexível do que a primeira (GREENE, 2018, p. 140).

Com base nos resultados de estudos empíricos, Greene sugere que, em termos gerais, nosso cérebro não teria sido biologicamente projetado para ser benevolente e altruísta, isto é, preocupar-se despreziosamente com a felicidade de estranhos (2018, p. 265). Para exemplificar a correção desta assertiva, utiliza estudos comportamentais desenvolvidos para verificar o problema posto por Peter Singer (1972, p. 229-243.), que foi resumido assim:

Suponha que você esteja caminhando no parque e encontre uma criancinha se afogando em um lago raso. Você poderia entrar no lago e salvá-la, mas estragaria seu terno italiano novo, que custou mais de 500 dólares. É moralmente aceitável deixar a criança se afogar a fim de salvar o terno? É claro que não. Isso seria moralmente monstruoso. Mas por que, pergunta Singer, é moralmente aceitável gastar 500 dólares em um terno se você poderia usar esse dinheiro para salvar a vida de uma criança fazendo uma doação para uma organização internacional de auxílio? Em outras palavras, se você acha que salvar a criança se afogando é moralmente obrigatório, por que salvar crianças pobres em terras distantes é moralmente opcional? (GREENE, 2018, p. 267).

A resposta para a indagação da diferença em aceitar-se salvar a criança que está se afogando no lago à custa do terno e não fazer o mesmo com crianças localizadas em regiões distantes, trocando o gasto com a compra do terno para doar o valor em auxílio a organizações humanitárias internacionais, reside, segundo Greene e seus estudos, no fato da primeira ação ser derivada da cognição automática, que encontra sua origem nas intuições e emoções, cuja conformação é derivada hereditariamente de *inputs* biológicos, o que nos levaria a ver a criança como “um de nós”, com possibilidade de futuramente contribuir para aquela comunidade (2018, p. 270-271). Como diz:

Estamos sendo conduzidos por nossas inflexíveis configurações automáticas: criança que se afoga perto de nós aperta nossos botões morais e a criança que morre de fome longe, não [...] até onde sabemos, nossa capacidade de empatia evoluiu para facilitar a cooperação – não universalmente, mas com indivíduos específicos ou membros de uma tribo específica. Se você ajuda um membro do seu grupo, são boas as chances de que seu ‘amigo de necessidade’ se torne, em algum momento, um ‘amigo necessário’ de reciprocidade [...] A questão difícil, do ponto de vista biológico, é por que às vezes ficamos comovidos com o sofrimento de estranhos próximos. Essa explicação pode vir de uma evolução cultural, e não biológica. (GREENE, 2018, p. 270-271).

Ainda segundo Greene, “algumas culturas evoluíram normas segundo as quais se espera que estranhos se comportem com altruísmo em relação uns aos outros, desde que os custos não sejam muito altos”. Essa conclusão conflui para as proposições de Amartya Sen, derivadas das suas observações da Teoria da Escolha Racional, conforme podemos ver na seguinte passagem:

Apesar do que é conseguido pelo argumento contratualista nessa forma ampliada, uma pergunta que aguarda exame é saber se a busca da vantagem, de forma direta e indireta, fornece a única base sólida para o comportamento razoável na sociedade. Uma pergunta relacionada é se o benefício mútuo e a reciprocidade devem ser os fundamentos de toda razoabilidade política [...] A justificação aqui assume a seguinte forma argumentativa: se alguma ação que pode ser livremente empreendida está ao alcance de uma pessoa (o que a torna factível), e se essa pessoa avalia que empreender a ação vai criar uma situação mais justa do mundo (o que a torna reforçadora da justiça), então esse é um argumento suficiente para que a pessoa considere seriamente o que deve fazer em conta esse reconhecimento (SEN, 2011, p. 238-240).

4 CONCLUSÃO

O cotejo dos achados das ciências comportamentais, aqui exemplificados pela obra de Joshua Greene, com as proposições de Amartya Sen, lastreadas na Teoria da Escolha Racional, sugere que, a despeito de geralmente as pessoas comportarem-se, na interação social, objetivando vantagens recíprocas, isso não elimina comportamentos racionais altruístas, e vice-versa.

Sendo assim, pode-se concluir que, em termos gerais, a teoria contratualista da vantagem mútua não pode ser descartada como parece pretender Nussbaum, pois explica a maior parte das interações sociais, mas, ao mesmo tempo, não se pode desprezar as inúmeras evidências de que a interação social, às vezes, deriva de sentimentos altruístas e benevolentes.

A sociedade não convive somente com comportamentos autointeressados nem somente com comportamentos benevolentes. Esta dualidade excludente não encontra respaldo na realidade. Na verdade, a dualidade existe, porém não é excludente, e sim complementar.

A cooperação social aponta para a ideia de conformação do Estado (correção do monopólio de coerção) e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico (correção da funcionalização daquele monopólio), por meio de princípios de justiça que se originam concomitantemente do ideal de vantagem mútua e do senso de altruísmo e benevolência, razão pela qual se propõe, no presente artigo, que as teses de Nussbaum e Rawls para a origem da cooperação social, dispostas respec-

tivamente em Fronteiras da Justiça e Uma Teoria da Justiça, devem ser entendidas como complementares ao invés de excludentes.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMPANARIO, Milton de Abreu; CHAGAS JUNIOR, Milton de Freitas; RUIZ, Mauro Silva. O modelo de Karl Popper sob a ótica das ciências sociais aplicadas. **Revista de Ciências da Administração**, v. 14, n. 32, 2012, p. 124-140. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/Doutorado%20UNOESC%20-%20TJMA%202021/Semin%C3%A1rio%20Teoria%20da%20Justi%C3%A7a/O%20Modelo%20de%20Karl%20Popper%20Sob%20a%20%C3%93tica%20das%20Ci%C3%A2ncias%20Sociais%20Aplicadas.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COVID: Áustria vai doar R\$ 79 milhões para ajudar países pobres. R7, 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/covid-austria-vai-doar-r-79-milhoes-para-ajudar-paises-pobres-19102020>. Acesso em 30, mar. 2021.

CORONAVÍRUS: EUA são acusados de ‘pirataria’ e ‘desvio’ de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil. BBC Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52166245>. Acesso em: 30, mar. 2021.

DONOS de bares e restaurantes protestam contra aumento de restrições e fechamento à noite e aos finais de semana em SP. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/01/27/donos-de-bares-e-restaurantes-protestam-contr-aumento-de-restricoes-e-fechamento-a-noite-e-aos-finais-de-semana.ghtml>. Acesso em: 30, mar. 2021.

EUROPEUS se manifestam contra medidas de prevenção à Covid-19. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/03/20/europeus-vao-as-ruas-em-manifestacoes-anti-lockdown.ghtml>. Acesso em: 30, mar. 2021.

FUNDO Emergencial para a Saúde – Coronavírus Brasil. BSOCIAL, 2021. Disponível em: <https://www.bsocia.com.br/causa/fundo-emergencial-para-a-saude-coronavirus-brasil>. Acesso em 30, mar. 2021.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Eliane. **Grupo Mães que Acolhem ajuda órfãos da covid**. Rádio Agência Nacional, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radio-agencia-nacional/direitos-humanos/audio/2021-04/grupo-maes-que-acolhem-ajuda-orfaos-da-covid>. Acesso em: 11, mai. 2021.

GREENE, Joshua. **Tribos Morais: a tragédia da moralidade do senso comum**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HOTTOIS, Gilbert. **Do renascimento à pós-modernidade**. Aparecida/SP: Ideias & Letras, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e a sua ciência**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MUNIZ, Mariana. Juiz libera empresa para comprar vacina para funcionários e familiares. VEJA, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/juiz-libera-empresa-para-comprar-vacina-para-funcionarios-e-familiares/>. Acesso em: 1, abr. 2021.

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

POPPER, Karl. **Textos escolhidos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2013.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: 2011.

SINGER, Peter. **Famine, affluence and morality.** Philosophy and Public Affairs, v. 1, 1972, p. 229-243.

SOURANDER, Leticia Fonseca. **União Europeia e AstraZeneca travam queda de braço pelas vacinas contra a covid-19.** UOL, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2021/01/28/uniao-europeia-e-astrazeneca-travam-queda-de-braco-pelas-vacinas-contra-a-covid-19.htm>. Acesso em: 30, mar. 2021.

STRAPAZZON, C. L.; TRAMONTINA, Robison. **Teorias da Justiça e Teoria da Segurança Social.** 1. ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. p.31-49.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

A SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO ÉTICO NA TEORIA DE MARTHA NUSSBAUM E SEUS LIMITES

Karla Andrea Santos Lauletta

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da leitura da obra “Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento” da autora Martha Nussbaum e tem por objetivo demonstrar que a solidariedade como princípio ético se encontra presente em sua teoria. Para atender aos limites desse artigo, optou-se por abordar as duas condições que estão presentes no quadro teórico afeto à “posição originária” dos contratantes na Teoria Contratual de John Rawls: as *circunstâncias da justiça* (para entender o porquê da necessidade de um contrato social); a condição material e jurídica das próprias partes contratantes, reconhecendo-as como *livres, iguais e independentes*, na perspectiva de demonstrar que a Autora propõe uma reestruturação significativa na teoria rawlsiana e que a solidariedade como princípio ético é inserida em sua teoria, a partir da análise do cuidado não como uma capacidade única e separada das demais, mas sim, aquela que reflete sobre todas as demais capacidades com benefícios para toda a sociedade.

Nesse ponto, analisar-se-á a importância da proposta da Teoria do Enfoque das Capacidades a partir da modernidade, destacando que o estímulo à solidariedade é fundamental numa Teoria de Justiça, dado o caráter desagregador e egocêntrico das sociedades capitalistas e o papel que o Estado exerce para o desenvolvimento e manutenção dessas sociedades.

A presente investigação reconhece a existência de uma pluralidade analítica e seus referenciais que permeiam a seara acadêmica, com o objetivo de expor o sentido que damos à realidade que nos rodeia. Dessa forma, optou-se pela concepção materialista histórica de análise da realidade social por entender que, dentre os referenciais possíveis, este é o que melhor explicita e desvela as relações socioeconômicas e as referências político-ideológicas do capitalismo nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trata-se de estudo puramente teórico, desenvolvido a partir de levantamento de literatura.

O interesse em abordar essa temática surge quando a autora parte do pressuposto de numa teoria de justiça não poder existir exclusões e define como objeto de sua pesquisa as condições dadas nos contratos sociais, em especial, no Ocidente, às pessoas com impedimentos, os não-nacionais e os animais não humanos.

Uma breve reflexão sobre esses três sujeitos já sugere a ideia de aceitação das diferenças e conseqüentemente, a noção de que esses possuem algo que os diferencia do padrão normal aceito ou imposto pela sociedade¹⁰³.

Nussbaum ao tratar do cuidado como bem social primário a partir das ideias de Eva Kittay e Amartya Sen (NUSSBAUM, 2013, p.175) revela a importância da solidariedade enquanto princípio ético em sua teoria. Ademais, a própria autora propõe um melhoramento da teoria de justiça Rawlsiana partindo da premissa de que toda teoria de justiça social deve ser sensível aos problemas mais urgentes e por isso, aberta a mudanças. Considerando o mundo cada vez mais excludente, com aumento significativo de vulneráveis e de crescentes tipos de vulnerabilidades, percebe-se que o mundo pós moderno já não comporta a ideia (r)estrita de “homens de bem”¹⁰⁴, com capacidade produtiva e com posses como os únicos sujeitos merecedores de direitos.

O primeiro e segundo tópicos discorrerão sobre algumas concepções da Teoria de Justiça de John Rawls ressignificadas ou com adequações feitas por Nussbaum em sua Teoria do Enfoque das Capacidades, a fim de demonstrar rupturas e ao mesmo tempo “fendas” por onde se entremostra a essencialidade do princípio da solidariedade enquanto valor ético na Teoria nussbaumsiana.

O terceiro tópico apresentará as bases do princípio da solidariedade na Teoria do Enfoque das Capacidades, analisando a ética da solidariedade, as teorias do cuidado e dos mínimos sociais, bem como analisa a importância da cooperação social norteada por esse valor na sociedade pós-moderna.

O quarto tópico analisará se existem limites estruturantes à cooperação social marcada pela solidariedade na Teoria do Enfoque das Capacidades, a partir da perspectiva de que a Autora teoria sobre e para uma sociedade inserida numa ideologia neoliberal, em que a adaptação e a intervenção permanente da força pública (Estado) vão conduzir a “humanidade a um novo tipo de vida”, capaz de “recriar uma harmonia entre a maneira como ele vive e pensa e as condicionantes econômicas às quais deve se submeter” (POLANYI, 2000, p. 90-91).

103 O sentido aqui empregado de sociedade não tem o sentido conferido à sociedade civil por Antônio Gramsci (1999) a qual a retira da estrutura econômica pois a concepção aqui utilizada é a de Marx e Engels (2007) que contrastam sociedade civil/Estado ou estrutura/superestrutura compreendendo contudo, que o Estado, enquanto parte da superestrutura é o resultado da sociedade civil e não uma esfera independente e com racionalidade própria. Assim, admite-se que a sociedade e as instituições políticas expressam uma constante luta de classes, que a depender de determinado tempo histórico pode refletir na sociedade civil um “consenso” entre Estado e a sociedade civil definindo assim, as condições do contrato social.

104 O emprego da terminologia “homens de bem” nesse texto busca explicitar o oposto do que a pós modernidade traz consigo, que é o aumento da consciência política entre os cidadãos e da demanda por mais cidadania e por inclusão nas decisões, particularmente, por compreender a existência de interesses de grupos diversificados.

Concluiu-se que os limites a essa nova concepção de cooperação social dependerão do papel e da função do Estado historicamente determinado no tempo e no espaço.

2 AS CIRCUNSTÂNCIAS DA JUSTIÇA

A teoria nussbaumsiana sobre o Enfoque das Capacidades (EC) parte de uma concepção aristotélica e marxista do ser humano como um ser social e político que se realiza nas relações políticas. As teorias contratualistas respaldam o contrato social como um acordo necessário para a convivência, em que os contratantes saem do estado de natureza para assegurar uma vantagem mútua.

Nesse aspecto, o EC percebe a tendência social e política da natureza humana que se realiza quando o homem alcança o estatuto ontológico de um ser que vive na comunidade política, necessitando para isso, da criação de lei e instituições políticas que levem à sua plena realização. Há um reconhecimento moral de que a vida em sociedade/comunidade é uma organização política de cidadãos livres e iguais que guardam um sentido de pertencimento que busca sempre promover o bem da sociedade como um todo (ARISTÓTELES, 2020).

Ao discorrer sobre o assunto, Aristóteles enfatiza:

Aqueles, pelo contrário, que se propõem dar aos Estados uma boa constituição prestam atenção principalmente nas virtudes e nos vícios que interessam à sociedade civil, e não há nenhuma dúvida de que a verdadeira Cidade (a que não o é somente de nome) deve estimar acima de tudo a virtude. Sem isso, não será mais do que uma liga ou associação de armas, diferindo das outras ligas apenas pelo lugar, isto é, pela circunstância indiferente da proximidade ou do afastamento respectivo dos membros. Sua lei não é senão uma simples convenção de garantia, capaz, diz o sofista Licéfron, de mantê-los no dever recíproco, mas incapaz de torná-los bons e honestos cidadãos. (ARISTÓTELES, 2020, l. 578)

Por sua vez, constitui um ponto fundamental na formulação do liberalismo político o reconhecimento teórico e histórico do pluralismo nas sociedades democráticas modernas. Há um abandono do ideal ético e político abrangente de comunidade, a qual deve se reger apenas por uma teoria da justiça circunscrita à estrutura de base das sociedades democráticas liberais modernas.

Para Jonh Rawls:

A teoria da justiça como equidade ao não se fundamentar numa doutrina exaustiva moral, religiosa ou filosófica, abandona o ideal de comunidade política e considera a sociedade

como um conjunto de associações ou de indivíduos distintos que só cooperam para alcançar sua própria vantagem pessoal ou associativa sem compartilhar nenhum fim último (RAWLS, 2013, p. 54).

O que sugere o EC é a alteração na concepção de Rawls quando este propõe que sejamos capazes de pensar uma noção de justiça pública afastados de dogmas filosóficos, morais ou religiosos para se conseguir efetivar uma distribuição socialmente justa de bens em uma sociedade. Rawls nega uma justificação política pública a valores metafísicos últimos. No EC há uma clara inserção da ética do bem comum, da preocupação da práxis de uma justiça social em relação a pessoas e seres que não estariam em condições materiais de igualdade para decidir os princípios políticos e se beneficiar deles.

Referido dilema leva à outra condição teórica desenvolvida por Rawls e que Nussbaum, de igual forma refuta sugerindo nova adequação: a condição dos contratantes como livres, iguais e independentes.

3 LIVRES, IGUAIS E INDEPENDENTES

As teorias contratualistas partem da ideia de igualdade aproximada em capacidades e poderes, tendo a teoria rawlsiana apresentado uma variante kantiana que através de um simples exercício mental, tem-se como “livres, iguais e independentes”, todos os contratantes desse contrato social.

Rawls propõe um experimento mental que consiste em partir de uma “posição originária” a respeito da sociedade e, após isso, se perguntar como as pessoas construiriam a sociedade se a escolha fosse feita por trás do que chamou de “véu da ignorância” (RAWLS, 2008, p. 147).

A consequência é impor restrições ao conhecimento das pessoas. Uma vez que estas não sabem nada a respeito de si mesmas e de suas condições sociais, Rawls acredita que a escolha do que seria considerado “mais justo” seria aquela feita sob a ótica do benefício mais geral.

O EC por sua vez, adota uma concepção política de pessoa mais próxima da realidade, como um ser moral e político cuja dignidade humana não é oposta a natureza humana, mas lhe é inerente. Busca então, enfatizar que há muitas pessoas com “graus de necessidades” e de “dependência” (temporal ou não), que requerem cuidados. Assim, defende a necessidade de ampliar os tipos de seres que possam ser enquadrados dentro dessa igualdade e liberdade.

Aqui, talvez seja o primeiro momento em que a justificativa do cuidado, da dependência entre as pessoas aparece como valor ético que deve ser levado em con-

sideração na escolha dos princípios políticos de uma teoria de justiça social. Assim como o EC considera o homem um ser político que se realiza em sociedade, a solidariedade também é um fato social, contudo, não é inerente ao ser humano, já que a “solidariedade não é natural, (...) sendo a mesma, sociologicamente improvável” (PERRENOUD, 2003, p. 17), razão pela qual deve-se capacitar e estimular as pessoas para refletir sobre sua importância na realização do bem comum e de uma justiça social.

Segundo Perrenoud (2003.p., 22):

Seria ingênuo, na situação em que se encontram o nosso planeta e as relações sociais, acreditar que a solidariedade nascerá espontaneamente da compreensão coletiva. Se ela se desenvolver, será em favor de lutas por mais democracia, mais igualdade, mais respeito aos direitos humanos e às diferenças, etc.

(...)

Devemos admitir o fato de que nada é menos evidente que a necessidade de uma solidariedade de todos com todos para que o conjunto sobreviva. Isto é verdade em escala de planeta, de cada sociedade e mesmo de cada organização. Sendo assim, não basta, à maneira de uma “lição das coisas”, dizer aos alunos: “Vejam o que se passa, vejam bem que cada um tem interesse em ser solidário”. Eles olham e veem que isso é falso, que muitos têm interesse em não ser solidários.

A percepção desenvolvida por Perrenoud amolda-se perfeitamente à situação do planeta Terra nos últimos 12 meses, onde a solidariedade entre as pessoas e entre as nações não foi “dada”, não foi natural e sim, estimulada, exercitada após perceberem que a conduta de cada um impacta positivo ou negativamente no todo. Foi necessário “uma ameaça invisível”, sem autoria, para que o homem e as nações percebessem a importância do cuidado, da ajuda, da solidariedade para evitar um perecimento da espécie humana. Foi necessário perder vidas, haver cobranças em relação a política de muitos governantes, refletir, (re)fazer cálculos de vantagem (ainda que utilitarista) e ressignificar as prioridades para se exercitar a solidariedade.

Quando o EC enfatiza que as pessoas não são iguais em poderes e habilidades está em desacordo com a ideia de “vácuo hipotético” presente na teoria rawlsiana e; embora afirme que a proposta é de complementação, de alargamento de horizonte teórico, com a ampliação do sentido da dignidade e dos seres que podem ser inseridos no campo nas concepções de liberdade e igualdade, percebe-se nesse ponto, a existência de uma considerável alteração teórica na teoria contratualista de Rawls.

Reconhece-se que Rawls desenvolve a ideia de equilíbrio reflexivo como hipótese de recuo ou avanço na escolha e adequação de princípios de justiça possibilitando que as partes entrem na posição original a qualquer momento viabilizando que as posições morais sejam revisadas, sendo, pois, mais um procedimento dentro de sua teoria, e nesse ponto, diferencia-se da teoria proposta por Nussbaum.

Ocorre que esse equilíbrio reflexivo não permite a participação desde o início daqueles que temporariamente ou definitivamente não preenchem os requisitos da posição original descrita por Rawls levando, na prática, a desenvolver uma Teoria de Justiça que já inicia excludente e que nega, direitos fundamentais a aqueles.

Por consequência, a ideia de participação estimulada por uma vantagem mútua ainda que dentro de Sociedade Bem Ordenada precisa ser revista para lhe dá uma dimensão, desde o início, moral e social, mesmo porque entende-se que não há motivos para exclusões, a não ser o reconhecimento da incompletude da Teoria que faz abstrações (sérias) desde o início.

Nesse contexto, Nussbaum busca a concepção de cooperação social a partir de um conceito aristotélico de dignidade humana. Diferente da teoria contratualista ocidental, a cooperação social deve existir, contudo, o que a move não é a vantagem mútua e sim, sentimentos bons: o amor pela justiça; compaixão moralizadora, em especial, por aqueles que possuem menos do que precisam para levar vidas decentes e dignas (NUSSBAM, 2013, p. 193). Nesse ponto, indaga-se? Há limites estruturantes ao desenvolvimento dessa forma de cooperação social proposta por Nussbaum?

Antes, contudo, de tentar responder a essa indagação, apresentar-se-á as bases da solidariedade no texto de Nussbaum.

4 A ÉTICA DA SOLIDARIEDADE

A ética da solidariedade aparece no texto de Nussbaum quando esta identifica os problemas de desigualdade ou mesmo de exclusão presente na sociedade e obtempera a necessidade do cuidado e da dependência dessas pessoas e seres. A metodologia utilizada pela autora parte de “realidade” que a sociedade apresenta e não de uma concepção hipotética sob um véu da ignorância, que, desconsidera por opção, os problemas reais. Em verdade, a teoria contratualista Rawlsiana é procedimental e o que deseja a Autora é uma adequação desse procedimento para alcançar situações materiais e fáticas, o que em tese, apresenta-se contraditório.

Essa tentativa não é das mais fáceis, visto que para que aconteça será necessário abandonar a concepção utilitarista nas teorias contratualistas ocidentais. A teoria do EC nega a concepção utilitarista consistente, via de regra, em ignorar os di-

reitos individuais, isoladamente, para afirmar que a dignidade humana tem uma base moral que transcende a noção de utilidade. Embora reconheça que a teoria de John Rawls parte de uma ideia intuitiva de dignidade e reciprocidade, percebe que referida teoria não trata as pessoas com impedimentos graves como uma questão de justiça básica, capaz de orientar a escolhas de princípios políticos mais fundamentais na sociedade para incluí-los.

A autora sugere que essa mudança estrutural na teoria rawlsiana quando assinala que, sem a modificação ampla da concepção política de pessoa, Rawls não pode conceber que entre os bens primários figurem as necessidades de assistência que caracterizam cidadãos com impedimentos mentais graves, sejam estes, permanentes ou temporários. (NUSSBAUM, 2013, p. 175).

Percebe-se que a necessidade do cuidado perpassa inclusive a ideia de necessidade corporal e se expressa como elemento fundamental da dignidade humana. Deve-se reconhecer as vulnerabilidades existentes ao longo da vida e as consequentes relações assimétricas modificando substancialmente a noção de dignidade e valor na teoria rawlsiana para compreender que a sociedade se une em função de um amplo campo de afetos e compromissos (NUSSBAUM, 2013, p. 197)

Esse, o valor ínsito no princípio da solidariedade. Em situações de desigualdades, faz-se necessário um comportamento solidário e consciência jurídica que oriente as pessoas e o Estado com o objetivo de minimizar ou mesmo evitar exclusões de qualquer natureza.

Nesse aspecto, Nussbaum se refere à dignidade humana a partir da noção de um mínimo social, como uma lista de bens primários sendo que a sociedade não poderia buscar o benefício geral desconsiderando ao direito de qualquer cidadão a esses direitos, os quais a autora nomina como capacidades. Tratam-se de bens heterogêneos e plurais para todos os cidadãos que podem variar entre as diversas sociedades, em relação a tempo e lugar, tendo uma amplidão de adequar-se às escolhas das diversas nações (no aspecto cultural ou em relação ao tipo de economia).

A teoria dos mínimos sociais é cunhada em controvérsias conceituais. Seriam os mínimos sociais, mínimos de subsistência? Pereira (2011) pontua que há uma construção histórico-cultural dessa noção e que somente no século XX, os mínimos de subsistência passaram a ser revistos à luz de valores que, identificados com os princípios da liberdade, equidade e justiça social, passaram a ser vistos como necessidades sociais e matéria de direito a ser enfrentadas por políticas resultantes de decisões coletivas.

De forma sucinta, Gonçalves (2011, p.177) explicita a definição de mínimo social para os liberais e os neoliberais:

O próprio Hayek (1980), cujo nome liga-se academicamente à defesa dos postulados liberais, referia-se à concepção de mínimo social, desde que não ultrapassasse os contornos da sobrevivência física. Friedman (1984), defendendo em igual medida as bases do neoliberalismo, limitava os encargos do governo, na área social, ao suplemento da caridade privada e das atribuições das famílias. Ou seja, a ideia de mínimo social, encontra respaldo na literatura liberal e neoliberal, sendo configurada, aí, como uma opção estranha ao dever jurídico do Estado, o que endossa, bem por isso, exclusivamente o seu sentido moral, seletivo e residual da prestação. Destituídas do conteúdo de Direito, as prestações dos mínimos sociais, no interior do neoliberalismo passam a ser recebidas como favores precários que impõem uma série de rituais de obediência e comprometimento para os que os recebem.

Dessa forma, o mínimo social que será o substrato da Teoria do Enfoque das Capacidades, só será possível se o sentido intrínseco for a cooperação mútua com forte compromisso com o bem dos outros, conferindo assim uma concepção pública de pessoa. O que no interior do neoliberalismo não possui convergência alguma, já que esses mínimos sociais são vistos como favores precários, concedidos como espécie de “esmola pública”.

Observa-se o grau de dificuldade em materializar o EC num Estado capitalista, inserido no (neo)liberalismo. Contudo, Nussbaum assenta seu princípio básico de que “cada pessoa é um fim” (p. 266), sendo o sujeito primário das políticas públicas, e não o grupo. E embora sustente que sua teoria se insere na tradição liberal, ao tratar das questões relativas a deficiência e cuidado, não poupa críticas às teorias liberais de justiça, com base na teoria de Kittay. Segundo essa perspectiva, seria necessário a reconfiguração da tradição liberal que preza pelos objetivos da dependência e liberdade para acomodar as situações de impedimentos e incapacidades, que por definição (ou natureza) não lograrão chegar a esses objetivos. Assim, a proposta é no sentido de conferir mais valor ao bem-estar em detrimento da liberdade/autonomia, assegurando assim, a existência de uma rede de relações de dependência. Talvez a tentativa de se manter na tradição liberal seja pelo fato de Nussbaum seguir afirmando que sua teoria reconhece que os cidadãos gozarão de igualdade plena somente quando forem capazes de exercer todo o âmbito das capacidades, o que me parece, contraditório quando esta enfatiza a necessidade de reconhecer as pessoas com impedimentos na condição original.

Contudo, o objetivo desse ensaio é enfatizar que nesse complexo esforço teórico de Nussbaum há um valor ético de significativa importância: o princípio da solidariedade. Valor este cada vez mais necessário no mundo em que vivemos, que desde a modernidade, escancara as diferenças sociais e esgarça as relações sociais sugerindo a supremacia do indivíduo egocêntrico sobre o coletivo.

Bauman (1999) em *Modernidade e Ambivalência*, destaca a necessidade da construção social da solidariedade como valor e regra para a ação numa sociedade marcada por uma autonomia humana repleta de interdependência. A modernidade líquida desfaz as antigas amarras da solidariedade, responsáveis pelas grandes conquistas coletivas, sendo imperioso resgatar, como enfatiza o filósofo polonês, “*Não iremos longe sem trazer de volta do exílio ideias como a do bem público, da boa sociedade, da igualdade, da justiça e assim por diante _ ideias que não fazem sentido senão cuidadas e cultivadas na companhia do outro.* (BAUMAN, 1999, p. 276).

Deve-se partir da ideia consciente de que as características que encontramos na sociedade não é obra da ação divina, mas um mundo também produzido pela criatividade e escolha dos homens, onde se observa a convivência entre a ordem e o incerto, o ambivalente. A dinâmica propulsora da ordem é o caos (BAUMAN, 1999, p. 15), ou a ignorância sendo que a teoria de Nussbaum traz a realidade incerta das pessoas com impedimentos para afirmar que a vida autônoma é em verdade, cheia de dependências e interdependências. Nesse ponto, estar-se falando sobre a sociologia da autonomia baseada na concepção de uma liberdade complexa que tem por finalidade a construção social da solidariedade como valor na pós-modernidade.

A ideia presente nessa teoria é a de que cada um deve considerar o outro como parte de sua existência, que o exercício da liberdade encontra expressão no outro, devendo-se inclusive suplantarem ou transcenderem a simples tolerância.

Para Bauman (1999):

A sobrevivência no mundo da contingência e diversidade só é possível se cada diferença reconhece outra diferença como condição necessária da sua própria preservação. A solidariedade, ao contrário da tolerância, que é sua versão mais fraca, significa disposição para lutar; e entrar na luta em prol da diferença alheia, não da própria. A tolerância é egocêntrica e contemplativa; a solidariedade é socialmente orientada e militante. (p.271)

Para fins de ilustrar a solidariedade como princípio ético na teoria dos EC, há nesta teoria uma proposta de ressignificação da cooperação social:

Tal concepção vê as bases da cooperação social como complexas e múltiplas, e que incluem o amor, o respeito pela humanidade e a paixão pela justiça, tanto quanto a busca por vantagens. Sua concepção política da pessoa sustenta que os seres humanos são criaturas vulneráveis e temporárias, tanto capazes quanto necessitadas, deficientes de muitas maneiras diferentes e necessitadas de uma “rica pluralidade de atividades de vida” (NUSSBAUM, 2013, p. 273).

Observa-se um apelo à ação em benefício do outro, o reconhecimento do cuidado, do respeito pela diferença e o exercício do amor desinteressado. Trata-se de uma decisão, um exercício de uma “liberdade complexa”, mas que é uma escolha, a qual deve ser estimulada para alcançar a solidariedade socialmente orientada. A autora nomina como um “liberalismo revisado” empregando o termo com o objetivo de enfatizar a escolha, porém orientada por uma cooperação social que inclui o amor e o respeito pela humanidade.

5 LIMITES ESTRUTURANTES AO DESENVOLVIMENTO DA COOPERAÇÃO SOCIAL PROPOSTO NA TEORIA DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES

Embora a ideia do presente artigo seja reconhecer na teoria do EC a existência de um valor ético de solidariedade, faz-se necessário discorrer sobre os limites impostos a essa nova concepção de cooperação social proposto.

Como já exposto, o mundo, a partir da modernidade, necessita resgatar valores relativos ao bem público, à igualdade, à justiça e à solidariedade na companhia dos outros, para que sejamos sensíveis ao próximo. Contudo, há limites estruturantes ao desenvolvimento dessa forma de cooperação social?

Nos estritos limites desse estudo, a resposta não é fácil, sendo, contudo, importante refletir sobre eventuais obstáculos ao seu exercício. Parte-se da constatação de que Nussbaum teoriza sobre e para uma sociedade inserida numa ideologia neoliberal dentro de um contexto imperialista, que tem como característica principal, a adaptação. A própria autora inicia sua obra observando que sua teoria está atenta a causas sensíveis ao mundo e aberta a mudanças.

Lippman desenvolve uma teoria que vai justificar o neoliberalismo onde a ideia central é a adaptação, segundo a qual, “A agenda do neoliberalismo é guiada pela necessidade de uma adaptação permanente dos homens e das instituições a uma ordem econômica intrinsecamente variável, baseada numa concorrência generalizada e sem trégua” (LIPPMAN *apud* DARDOT; LAVAL, 2016, p. 89-90).

A ideia parte da condição fática do que ele chamou de revolução permanente dos métodos e das estruturas de produção às quais os homens devem se adaptar e para isso é necessário a intervenção permanente da força pública. Assim, essa política de adaptação da ordem social à divisão do trabalho constitui uma tarefa imensa porque consiste em “dar à humanidade um novo tipo de vida”, conforme enfatiza Polany (2000):

Para o autor:

O neoliberalismo repousa sobre a dupla constatação de que o capitalismo inaugurou um período de revolução permanente na ordem econômica, mas que os homens não se adaptam espontaneamente a essa ordem de mercado cambiante, porque se formaram um mundo diferente. Essa é a justificação de uma política que deve visar à vida individual e social como um todo. [...] Mais ainda, a política neoliberal deve mudar o próprio homem. Numa economia em constante movimento, a adaptação é uma tarefa sempre atual para que se possa recriar uma harmonia entre a maneira como ele vive e pensa e as condicionantes econômicas às quais deve se submeter (POLANYI, 2000, p. 90-91).

Embora Nussbaum não tenha enfatizado em sua obra a relação entre a proposta de uma Teoria de Justiça e o Estado, esta ideia é inerente, uma vez que a escolha de princípios políticos que se expressam em políticas públicas é orientada pelo Estado. E a atuação do Estado começa pela concepção ideológica, para depois, materializa-se na execução dessas políticas.

O problema nos parece ser o “peso” de todos os interesses eventualmente conflitantes, e aqui, a autora reconhece que sua teoria compreende a existência de diversos pontos de vista a caracterizar seu pluralismo.

Assim, reforça-se a ideia de que os limites a essa nova concepção de cooperação social dependerão do papel e da função do Estado historicamente determinado no tempo e no espaço. Rejeita-se a ideia de um Estado instrumental para promover o bem comum, a justiça e a ordem social sem levar em consideração as determinações especificamente capitalistas existentes no âmago do ser social. Reconhece-se a unidade entre o Estado e o capital, estes, situados na estrutura complexa do ser social e organicamente entrelaçados numa dialética na qual se fala em contradições e não em conflitos; em mediação e não, em regulação; e fala-se em leis gerais ao invés de regras e normas como ocorre com as análises regulacionistas (FARIAS, 2001, p. 23). Observa-se durante o desenvolvimento do liberalismo uma contradição, fruto da ação política deliberada pelo Estado, que ao tempo em que o Estado é o criador e regulador do mercado, ele também o restringe e protege a sociedade.¹⁰⁵ Entretanto, essa constatação serve apenas para reafirmar a importância do Estado para o desenvolvimento do capitalismo através da intervenção estatal no funcionamento do mercado (para assegurar a autorregulação deste a fim de que o princípio da concorrência, que o rege, seja respeitado), e evitar a

¹⁰⁵ Polany nomina as duas formas de intervenção do Estado em “movimento” (criação do mercado) e “contramovimento” (proteção da sociedade). Cita vários exemplos na Inglaterra: ampliação do Mines Act determinando penalidades para aqueles que empregassem meninos abaixo de 12 anos que não frequentassem escolas e que não soubessem ler nem escrever; decreto nomeando inspetores para verificar as condições de higiene dos alimentos; decreto da compensação do trabalhador segundo o qual o empregador era responsável pelos danos causados a seus empregados durante o trabalho (POLANYI, 2000, p. 178).

disjunção entre Estado e mercado no liberalismo econômico. Sendo, pois a intervenção estatal funcional para a manutenção do mercado (POLANYI, 2000). Assim, para o autor:

Estritamente falando, o liberalismo econômico é o princípio diretor de uma sociedade em que a indústria é baseada na instituição de um mercado autorregulador. É verdade que, uma vez que esse sistema esteja mais ou menos realizado, necessita-se de menos intervenção de certo tipo. Contudo, isso não quer dizer, longe disso, que o sistema de mercado e a intervenção sejam termos que se excluam mutuamente. Pois, enquanto esse sistema não é implantado, os partidários da economia liberal devem exigir – e não hesitarão em fazê-lo – que o Estado intervenha para estabelecê-lo e, uma vez estabelecido, que intervenha para mantê-lo. O partidário da economia liberal, portanto, sem nenhuma incoerência, pedir ao Estado que utilize a força da lei, ele pode até mesmo recorrer à violência, à guerra civil, para instaurar as condições prévias para um mercado autorregulador (POLANYI, 2000, p. 201).

Como traço fundamental do capitalismo, o imperialismo atuou ao longo do tempo de forma a garantir e expandir os ganhos do capital ao tempo em que reafirma a atuação imprescindível dos Estados através de práticas e de dispositivos jurídicos implantados para garantir a expansão de uma ideologia que perpassa por questões econômicas, sociais e culturais. Levam a um processo de globalização (GOWAN, 2003) e a reafirmação de um poder de classe (DUMÉNIL; LÉVY, 2004).

A análise do imperialismo é feita sob várias abordagens o que por si só demonstra a dificuldade de sua conceituação. Sendo mais fácil apreendê-lo pela análise de suas características levando-se em conta o tempo e o espaço. Pode-se falar em imperialismo planetário, alterglobalismo multipolar e em um transnacionalismo europeu e a ideia que perpassa será a mesma: expansão e dominação. Uma expansão espacial que requer abertura de mercados lucratividade para o capital e uma dominação que se instaure pelo primado belicista ou pela dominação coletiva (seja pela tríade UEA, UE e Japão ou pela hegemonia estadunidense) (FARIAS, 2003).

Assim, percebe-se que os limites à essa nova forma de cooperação social estão na postura do Estado, com a compreensão da inserção desse nesse contexto imperialista, ou alterglobal ou transnacional. O que só será aferível a partir de uma investigação mais detalhada e que, certamente, refletirá de forma diferente nos Estados a depender do lugar de onde estas Nações estão inseridas e seus respectivos protagonismos.

6 CONCLUSÃO

O estudo analisou o princípio ético da solidariedade na teoria do Enfoque das Capacidades desenvolvido por Martha Nussbaum, a partir da própria definição da autora sobre a natureza não contratualista do cuidado. Observou-se que a Teoria do EC parte de uma análise crítica das teorias contratualistas, o fazendo com inteligência suficiente para romper com essa estrutura sem, contudo, deixar de referenciar o grande teórico da Teoria de Justiça: John Rawls e a importância de seu trabalho.

Nussbaum se preocupa com a justiça social. Embora esclareça que seu objetivo é complementar a teoria contratualista de John Rawls, por reconhecer nesta, dentre as teorias contratualistas ocidentais a mais consistente; porém, pontua a existência de sérios problemas de justiça por ele reconhecido e não solucionados. Segundo a autora, as teorias clássicas tradicionais por partirem da ideia geral e comum de que os “agentes contratantes são homens aproximadamente iguais em capacidade e capazes de atividade econômica produtiva” (NAUSSBAUM, p. 18), exclui, num primeiro momento, as mulheres não produtivas, as crianças, os idosos, as pessoas com impedimentos físicos e mentais, os animais não humanos e a problemática das desigualdades entre os cidadãos de várias nacionalidades, que impedem a concretização e o acesso a direitos mínimos para a fruição de uma vida em padrões aceitáveis de dignidade.

Ao fazer uma síntese das doutrinas tradicionais do contrato social a autora destaca que os ideais éticos que norteiam esses contratos são a equidade e a reciprocidade, razão pela qual irá propor uma ampliação desses conceitos defendendo uma reciprocidade ampliada e a noção de dignidade adequadamente ampliada.

Nussbaum busca fornecer uma base filosófica para as garantias humanas centrais que devem ser implementadas e respeitadas pelos governos de todas as nações como um mínimo social básico que se concentre nas capacidades humanas. Referidas capacidades são um aprimoramento teórico da autora iniciado na obra *Women and Human Development* (2000) que ratifica o “valor de cada pessoa como um fim”, transformando esse valor ético Kantiano no princípio da capacidade de cada pessoa.

A autora pondera que essas capacidades podem ser objeto de um consenso sobreposto entre pessoas, mesmo que estas possuam concepções amplas de bem muito diferentes entre si, respeitando o pluralismo. Esclarece que o rol das capacidades por ela apresentadas está sujeita a constante revisão, tendo como características a abstração e a generalidade para permitir que os contratantes possam especificá-las, e que o núcleo das liberdades preserva o pluralismo sendo então, inegociáveis, desempenhando um lugar central na sua teoria.

Sua teoria é intuitiva em busca de um conteúdo que considera necessário para uma vida apropriada à dignidade humana para então buscar os procedimentos políticos para alcançar esse resultado. Contudo, os pontos de divergência apresentados por Nussbaum entre o contratualismo rawlsiano e o enfoque das necessidades não podem ser minimizados, eis que alguns deles podem levar a sérias modificações epistemológicas nas teorias contratualistas. Uma delas é a percepção da necessária reconfiguração de cooperação social e reconhecimento de uma postura pautada no cuidado e na ruptura de obtenção de vantagem mútua. Sua teoria encontra eco na sociologia da autonomia que esclarece que a partir da modernidade o ser humano precisa conscientizar-se que a vida autônoma é caracterizada por dependências e interdependências sendo necessário exercitar uma liberdade que tem por finalidade a construção social da solidariedade como valor.

Contudo, ao indagar se existem limites para a inserção dessa prática de solidariedade e mudança na cooperação social, imprescindível analisar a função e o papel do Estado enquanto regulador, mediador e propositor das políticas públicas, estas advindas do projeto jurídico- institucional escolhido. Observou-se que o Estado reflete a sociedade em constantes lutas de classe que pode, em determinado tempo histórico, realizar o consenso, mas que não exclui a inserção desse Estado-nação num movimento mais totalizante e estruturante, que é o imperialismo orientado por uma ideologia neoliberal com todos os seus interesses.

Assim, conclui-se que a Teoria do Enfoque das Capacidades promove uma ruptura com a tradição contratual quando a) assegura ser o cuidado um bem primário; b) propõe a mudança na concepção de cidadão e sua respectiva posição original para inserir as pessoas com impedimentos graves, sejam esses permanentes ou temporários; e c) revela, ainda que por “fendas” a fundamentação teórica pautada no princípio ético da solidariedade, vez que o cuidado requer a postura ativa de todos, cidadãos e Estado em resgatar as conquistas coletivas, ter compaixão e reconhecer o sentido da dignidade humana em sentido ampliado. Avançando na análise da aderência dessa teoria à sociedade pós-moderna, concluiu-se pela importância do papel e função do Estado historicamente determinado, destacando-se os limites postos pela ideologia neoliberal de adaptação da humanidade ao que vive e pensa o ser humano às condicionantes econômicas às quais deve se submeter.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1999.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Direito Mackenzie** v.6, n.1, p. 10-29, 2012.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUMÉNIL. Gérard; LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9925/o-principio-constitucional-da-solidariedade-e-seusreflexos-no-campo-contratual>. Acesso em 19 de mar. de 2021.

FARIAS, Flávio Bezerra de. Na direção de uma nova economia: para a crítica ao social-liberalismo brasileiro. **Revista Outubro**, São Paulo, n. 9, p.91-112, maio 2003. Disponível em: <http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edição-9-Artigo-06.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2017.

_____. **O estado capitalista contemporâneo**: para a crítica das visões regulacionistas. São Paulo: Cortez, 2001.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa Gonçalves. Direitos Humanos em movimento. In Gonçalves, Cláudia Maria da Costa (coord.). **Direitos Humanos**: vozes e silêncio. Curitiba: Juruá, 2011.

GOWAN, Peter. **A Roleta Global**: uma aposta faustiana de Washington para a dominação do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**: introdução ao estudo da filosofia e a filosofia de Benedetto Croce. 5. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

PEREIRA, Potyara. **Necessidades Humanas:** subsídios a crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2011.

PERRENOUD, Philippe. **As competências a serviço da solidariedade.** In http://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php_main/php_2003/2003_07.html. Acesso em 19/04/2021.

POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens da nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAWLS, Jonh. **Justiça como Equidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma Teoria da Justiça.** 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

EDUCAÇÃO E CIDADANIA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS TEORIAS DE T.H. MARSHALL E JOHN RAWLS

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar os pontos de convergência entre o ensaio *Cidadania e Classe Social*, de Thomas Humphrey Marshall e a obra “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls, tendo como tema central o papel da educação para a consolidação da cidadania. Muito embora Chris Armstrong já tenha apontado em seu trabalho *Rethinking equality (Reappraising the Political)*, similaridades relevantes entre as concepções de cidadania do ensaio elaborado por Marshall e a Teoria da Justiça idealizada por Rawls, aqui busca-se por meio da revisão bibliográfica refinar tal abordagem a fim de identificar se os aludidos autores atribuem ou não um papel relevante à educação no processo de efetivação da cidadania.

O artigo então orienta-se, inicialmente, no notório ensaio do sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall, desenvolvido no início do século XX, o aclamado *Cidadania e Classe Social*, que aprimorou a ideia de cidadania cuja plenitude seria alcançada pela conjunção da universalização de três direitos: de natureza civil, política e social. Ao propor a primeira teoria sociológica de cidadania ao sustentar direitos inerentes à condição de cidadão, Marshall relaciona a evolução da concepção de cidadania ao desenvolvimento de cada uma dessas três categorias de direitos, surgidos e afirmados cada qual em um século diferente: os direitos civis se concretizam no século XVIII; os direitos políticos no século XIX, e os direitos sociais no século XX. A divisão é didática e, como adverte o próprio autor, ditada mais pela história que pela lógica (MARSHALL, 1967, p. 63), sendo que é por meio dessa construção histórica que se consolida a ideia de cidadania.

O ensaio de Marshall foi construído numa base numa hipótese sociológica buscando um cálculo econômico para solucionar o seguinte problema inicial: demonstrar a possibilidade de capacitar todo homem a tornar-se efetivamente um cidadão, independentemente da sua classe social, e que os recursos mundiais e o aumento da produtividade seriam suficientes para arcar com o custo de uma educação universal e conseqüentemente erradicar o trabalho excessivo e degradante.

Para Marshall, o Estado deve proporcionar a educação infantil sob pena de ter adultos incapazes de escolher seus modos de vida conforme sua livre consciência e privados da plena participação política na sociedade (1967, p. 60), tendo por

alvo superar o processo hereditário social, a fim de possibilitar a todo cidadão o direito à seleção e mobilidade social.

Também em busca de respostas a questões de justiça social, John Rawls, por meio da obra “Uma Teoria da Justiça”, publicada em 1971, modelou discussões contemporâneas de justiça. Seu trabalho foi destinado ao descobrimento do que a justiça exige de nós e a mostrar que por meio das capacidades humanas que se concretiza uma sociedade mais justa (POGGE, 2007, p. 174).

Considerado por Samuel Freeman como o mais significativo e influente filósofo político e moral do século XX, John Rawls baseou-se em ideais contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) e sob a ótica kantiana e concepção liberal idealizou a teoria da justiça como equidade por meio de debates acerca da moral e da filosofia política, resultando em importantes reflexões para a economia, o direito e a educação. Especificamente quanto à última seara, vislumbra-se uma confluência ao pensamento de Marshall no que diz respeito ao papel da educação como instrumento de concretização da justa igualdade de oportunidades, valorização do ser humano e capacitação cívica.

Na busca de estruturar a uma sociedade justa, Rawls idealiza¹⁰⁶ dois princípios fundamentais contratuais: a) o primeiro, em que indivíduo tem o direito à maior liberdade possível, desde que ela não conflite com a maior liberdade possível de outros indivíduos; b) o segundo, em que se aceitam as desigualdades socioeconômicas desde que promovam o bem-estar dos menos favorecidos (RAWLS, 2000, p. 47).

Mais precisamente do segundo princípio de justiça de Rawls, decorre a justa igualdade de oportunidades a qual também tem por objetivo manter a igualdade de oportunidades educativas para todos. E essa justa igualdade de oportunidades impõe à sociedade um dever positivo de oferecer oportunidades educativas para que os que tem talentos similares, mas em desvantagem social, possam competir em termos equitativos com os mais favorecidos devido a classe social (FREEMAN, 2007, p.88).

De acordo com Armstrong, há similaridades significantes entre as concepções de cidadania do ensaio elaborado por Marshall e a Teoria da Justiça idealizada por Rawls. As duas teorias são diferentes em inúmeros aspectos, notadamente pelo desenvolvimento de uma tradição filosófica por Rawls mas ambas as teorias sustentam que a cidadania ideal é de certa forma inerente e imanente à história e

106 Em breve síntese, Rawls idealiza os princípios de justiça a partir de um exercício hipotético, no qual indivíduos, desconhecendo sua posição social (véu da ignorância) escolheriam as regras para viver em sociedade, sem saber se seriam favorecidos ou desfavorecidos por tais regras. Essa situação hipotética foi denominada por Rawls como “posição original”, que permitiria realizar o contrato social numa situação inicial que é equitativa.

cultura política das sociedades ocidentais, e que a maioria das questões políticas deveriam ser estabelecidas a partir de tal tradição.

Na verdade, a defesa de Rawls de cidadania igualitária compartilha dos mesmos valores de Marshall quanto à civilidade, solidariedade, reciprocidade, estabilidade e coesão social, assim como busca uma solução para os conflitos sociais. E como Marshall, a teoria de Rawls representa uma tentativa de integrar os ideais de justiça econômica ao conceito mais liberal possível de cidadania (ARMSTRONG, 2006, l. 577)

Conforme restará demonstrado, ambas as teorias atribuem à educação um papel crucial para a consolidação de cidadania material, a qual não se resume a eleitores qualificados para o exercício dos direitos políticos, atuantes e participativos, mas sim ao desenvolvimento de cidadãos dotados da autonomia e capacidade para gozar da liberdade de decidir suas escolhas de vida e buscar a realização de seus próprios objetivos.

2 A EDUCAÇÃO EM CIDADANIA E CLASSE SOCIAL

Considerado um idealista, T. H. Marshall procurou utilizar a ciência da economia como instrumento para solução dos problemas que a política enfrenta, notadamente o problema da desigualdade social sob o ângulo do custo econômico. Muito embora não acreditasse que todos os homens seriam iguais, Marshall acreditava – época em que a carga laboral na sociedade britânica era extenuante – que o progresso e o avanço tecnológico permitiriam a todo homem alcançar um status digno no tocante à ocupação (1967, p. 59). Assim, sustentava que o avanço técnico reduziria o trabalho pesado a ponto de abolir o trabalho excessivo dos homens e consequentemente as classes trabalhadoras.

Acusado de adotar ideias socialistas, Marshall ressaltava que os elementos essenciais do livre mercado competitivo restavam preservados, já que a única força de coerção estatal seria obrigar a frequência escolar de crianças, pois sem estudo não seria possível realizar escolhas livres - notadamente as escolhas que diferenciam a vida de cavalheiros daquela das classes operárias (1967, p. 60).

De forma sumária, o ensaio *Cidadania e Classe Social* sustenta que o desenvolvimento da Cidadania se deu em etapas, que podem ser vinculadas aos séculos XVIII, XIX e XX.

A cidadania enquanto direitos civis – diga-se, direitos necessários à liberdade individual como ir e vir, liberdade de imprensa, liberdade de pensamento e expressão, liberdade religiosa, direito à propriedade, direito de celebrar contratos válidos, acesso à justiça - historicamente caracteriza-se pela atribuição gradativa

desses direitos a uma classe que não as gozava perante a comunidade. A origem desse caráter democrático ou universal do status de cidadão se deu na Inglaterra do século XVII, na qual todos os homens eram livres. Logo, a mudança do trabalho servil para o trabalho de contratação por manifestação da livre vontade foi um marco no desenvolvimento econômico e também político da sociedade britânica.

Consolidados os direitos civis, o direito de participar do exercício do poder político – enquanto elemento da cidadania – se deu no século XIX. No século XVIII os direitos políticos eram deficientes não em conteúdo, mas na distribuição, ao passo que nem todos os membros da sociedade dispunham de tal capacidade. As mulheres, por exemplo, eram protegidas pelo sistema social porque não gozavam do status de cidadania. Para serem consideradas cidadãs deveriam renunciar à proteção social. Ou seja, quem optava por instrumentos de amparo social acabava por abdicar da capacidade política¹⁰⁷.

Segundo Marshall, a atribuição inicial de direitos civis – de forma a atribuir a todos os homens a liberdade, em tese, para gozar direitos – foram assim instituídos como instrumento de manutenção de desigualdades. Isso porque ao possuir o status de indivíduo, ser capaz de celebrar contratos laborais e participar da concorrência econômica, presumia-se que o homem era capaz e não necessitava da proteção social do Estado. A ampliação dos direitos civis foi, portanto, um auxílio e não uma ameaça ao capitalismo e à economia de livre mercado, posto que assegurava direitos formais aos cidadãos. O direito de propriedade não é direito a possuir propriedade, mas sim o direito de adquiri-la e protegê-la, caso seja possível obtê-la. Em mesmo sentido o direito à liberdade de expressão: consistirá numa declaração formal se, devido à falta de educação os seus destinatários não forem capazes de se expressar. As desigualdades no gozo de tais direitos não se devem à aspectos dos direitos civis, mas à falta de vinculação dos direitos sociais à cidadania, já que, em meados do século XIX a realidade dos direitos sociais estava voltada a assistir tão somente àqueles que eram considerados incapazes¹⁰⁸.

107 Poucos estatutos foram mais desumanos que a Lei dos Pobres de 1834, que tornava qualquer socorro social “menos elegível” que o mais baixo salário vigente, confinava-o a centros de trabalho com características de penitenciária, separando pela força maridos, mulheres e filhos, a fim de castigar os pobres por sua indigência e desencorajá-los da perigosa tentação de procriar novos miseráveis. A lei nunca foi inteiramente aplicável, pois onde os pobres tinham força resistiram a seus extremos, e com o tempo ela se tornou um pouco menos rigorosa. No entanto, ela constituiu a base para a previdência social inglesa até as vésperas da I Guerra Mundial, e as experiências de infância de Charlie Chaplin atestam que ela não havia mudado muito desde que Oliver Twist, de Dickens, exprimiu o horror popular por aquela monstruosidade legal na década de 1830. E por essa época – na verdade, até a década de 1850 – pelo menos 10% da população inglesa era formada de indigentes. (HOBSBAWM, 1979, p. 83).

108 Muito embora seja considerada a base da previdência social inglesa, a *Poor Law* não se caracterizou como uma ameaça ao capitalismo, mas sim um instrumento para sua consolidação, já que isentou as indústrias de responsabilidades que não estivessem relacionadas ao contrato laboral além de retirar os direitos políticos das classes menos favorecidas e que necessitavam da assistência social.

Em mesmo sentido verifica-se a ampliação dos direitos políticos aos cidadãos capazes à época. A superação do voto censitário consistiu apenas em um direito formal de participação política, já que votar não custa nada, ou muito pouco. Medidas para mitigar a influência do poder econômico nas eleições somente vieram a ser implementadas no final do século XIX, tais como a limitação de gastos com eleições para que os candidatos pudessem competir em igualdade de condições (MARSHALL, 1967, p. 81-82). Ainda assim, à época a classe operária não exercia um poder político efetivo.

Destarte, ainda que universalmente declarados, os direitos civis e políticos, por si só, não são suficientes para a concretização da cidadania pois o reconhecimento formal de igual capacidade atenta ao princípio da igualdade e de justiça social. Por tal razão, Marshall defende que tão somente com a efetivação dos direitos sociais é que se atribuirá um caráter efetivo à concepção de cidadania.

Marshall atribui a vinculação dos direitos sociais à concepção de cidadania ao século XX, ante ao seu efeito redutor de desigualdades sociais e não somente para paliar as situações de pobreza extrema. O que buscou-se com a universalização dos serviços sociais não foi tão somente igualar rendas, mas o proporcionar de forma substancial melhores condições de vida e redução de riscos e inseguranças, com diminuição das desigualdades entre os mais e menos favorecidos em todos os setores – saúde, emprego e renda (1967, p. 94).

Dentre os direitos sociais Marshall parece dar especial destaque à educação. Destaca que desde o século XIX evidenciou-se a necessidade de um eleitorado educado para concretização da democracia política, afora a carência de técnicos e profissionais qualificados para o mercado de trabalho. Assim, atribui ao Estado o dever de educação, aperfeiçoamento e qualificação dos cidadãos para o bom funcionamento da sociedade, não sendo este um dever exclusivamente individual (MARSHALL, 1967, p. 74).

Segundo Marshall a “educação um pré-requisito necessário da liberdade civil” (1967, p. 73), pois os direitos civis só podem ser gozados por cidadãos que tenham consciência de tais direitos e que possam exercê-los com o devido discernimento, bem como a democracia necessita de eleitores capazes e conscientes para a tomada de decisões. A concretização dos direitos políticos exige, portanto, que se atinja o aspecto material da participação do cidadão, não constituindo apenas na positivação do direito de votar, mas sim no desenvolvimento da plena consciência e da capacidade para o seu exercício.

Nesse sentido, o Estado deve impor a educação infantil de forma coercitiva, sob pena de ter adultos incapazes de impossibilitados de escolherem seus modos de vida conforme sua livre consciência e incapazes de participar plenamente

das decisões políticas da sociedade. Destaca que o primeiro degrau educacional é obrigatório, detendo o cidadão a livre escolha tão logo a capacidade de decidir seja adquirida (MARSHALL, 1967, p. 60). Marshall ressalta ainda que o reconhecimento do direito das crianças à educação não se restringe à proteção contra o trabalho infantil. A educação das crianças está intimamente relacionada com a aquisição da cidadania, pois a partir do momento em que Estado assegura o pleno acesso à educação a todas as crianças, o faz atento às exigências da cidadania – buscando o desenvolvimento de cidadãos em formação. Em síntese, “O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva” (MARSHALL, 1967, p. 73).

Em *Cidadania e Classe Social*, Marshall nos chama atenção para a necessidade de proporcionar uma educação voltada para o pleno desenvolvimento das capacidades e não restrita à formação profissionalizante:

Se fosse possível para o sistema educacional tratar o estudante inteiramente como um fim em si mesmo e encarar a educação como um meio de lhe dar algo cujo valor poderia aproveitar ao máximo, qualquer que fosse sua posição na vida profissional, então talvez fosse possível moldar o plano educacional numa forma determinada pelas necessidades individuais, despeito de quaisquer outras considerações. (1967, p. 100).

Logo, por meio da educação inclusiva e voltada para o desenvolvimento pleno das capacidades das pessoas é que poderá proporcionar o direito à igualdade de oportunidades e à mobilidade social, desestimulando a perpetuação dos privilégios hereditários (MARSHALL, 1967, p. 101).

3 A EDUCAÇÃO E CIDADANIA EM TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Tal como Marshall, Rawls também foi acusado de ter ideias socialistas¹⁰⁹, mas, da mesma forma que em *Cidadania e Classe Social*, a ideologia adotada em *Justiça como Equidade* foi a liberal na medida em que endossa as relações econômicas de livre mercado, respeita a livre escolha de ocupações e carreiras dos indivíduos, além de atenta para o fornecimento de um mínimo social para os membros menos favorecidos da sociedade. Ambas as concepções são democráticas, pois

¹⁰⁹ A respeito destaca-se a obra “John Rawls, *Reticent Socialist*”, na qual William Edmundson sustenta que a neutralidade professada por Rawls em suas obras é falaciosa, e que sua teoria de justiça sistematicamente favorece o socialismo. Por tal Rawls foi denominado por Edmundson como “socialista reticente”.

preveem direitos políticos iguais além de buscar estabelecer igualdade de oportunidades nas escolhas educacionais e profissionais.

A concepção de justiça de Rawls tem como pressuposto dois princípios de justiça, os quais regulariam os direitos e deveres fundamentais de uma sociedade bem-ordenada:

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

A ideia principal do primeiro princípio é que há certos direitos e liberdades básicos da pessoa que são mais importantes que outros e que são necessários para caracterizar o ideal moral de pessoas livres e iguais. Busca-se consagrar um ideal democrático de cidadãos livres que gozam de status cívico igual e com poderes para influenciar equitativa e efetivamente a elaboração de leis e participar da vida política pública, além do ideal liberal de pessoas livres e autônomas que desenvolvem suas capacidades humanas e seguem os modos de vida escolhidos (FREEMAN, 2007, p. 45).

As partes no contrato social de Rawls, enquanto pessoas livres, têm o interesse fundamental no desenvolvimento de sua autonomia racional, diga-se, a liberdade para definir seus planos de vida, revisar seus objetivos e racionalmente perseguir uma concepção do bem que seja de sua escolha. Por tal razão Rawls atribui prioridade às liberdades básicas, pois estas são condições essenciais de uma autonomia racional de um indivíduo e sua conformação de um plano de vida apropriado a seu caráter e capacidades particulares.

Freeman ressalta que para Rawls nenhuma das liberdades básicas é absoluta, e, portanto, nenhuma das liberdades básicas é por si mesma mais importantes do que as outras liberdades básicas ou possui maior valor do que elas ou outros valores políticos quando em conflito (FREEMAN, 2007, p. 52). Sugere ainda que as partes, no contrato social de Rawls – enquanto pessoas livres – possuem interesse primordial na sua autonomia racional, esta compreendida como a liberdade de escolha e perseguição dos objetivos de vida racionalmente escolhidos (FREEMAN, 2007, p. 77). Essa concepção de Estado de bem-estar defendida por Rawls foi então proposta como alternativa ao utilitarismo de Jeremy Bentham.

Enquanto o primeiro princípio garante liberdades básicas unicamente em sentido institucional (salvo liberdades políticas) a finalidade do segundo princípio é

garantir o valor das liberdades básicas para todos, sobretudo para os economicamente menos favorecidos, para que todos possam exercer de forma efetiva suas liberdades básicas e alcançar seus objetivos de vida.

Mas as liberdades e igualdade promovidas pelo liberalismo acabam por ser abstrações legais vazias, sem qualquer valor para quem carece de meios legais para desfrutá-las. O quão valiosos podem ser os direitos políticos iguais e a liberdade de consciência, expressão e associação para uma pessoa que tem que mendigar o dia todo por comida no lixo para sobreviver? A liberdade real não é simplesmente um formalismo vazio, requer que as pessoas tenham os poderes, as oportunidades e os recursos que lhes permitam atuar como livremente o desejam (FREEMAN, 2007, p. 59).

Os princípios de justiça idealizados por Rawls para uma sociedade bem ordenada consagra confere à pessoa um status de cidadania como um sujeito ativo da sociedade, com capacidade plena para contribuir politicamente para o seu meio social uma vez que asseguradas suas liberdades básicas. Os princípios ainda consagram três valores de um liberalismo igualitário: a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais; b) igualdade equitativa e não meramente formal de oportunidades; e, c) o princípio da diferença, no qual as desigualdades sociais e econômicas associadas aos cargos e posições na sociedade devem ser admitidas desde que representem o maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

Portanto, a ideia de igualdade de oportunidades é um ponto crucial do pensamento liberal. Pressupõe, pelo menos, a ausência de restrições para o acesso a posições sociais e políticas desejadas. A possibilidade de ocupar essas posições sociais e políticas deve ser oportunizada a todas as pessoas que estão qualificadas para desempenhar as funções, independentemente do grupo racial, étnico ou de gênero, das concepções religiosas ou filosóficas, como também da posição social ou econômica. Nesse sentido, Rawls distingue a ideia liberal clássica de posições abertas – ou “igualdade formal de oportunidade” – de uma ideia mais substancial, “justa igualdade de oportunidades”, que busca corrigir as desvantagens sociais:

[...] aqueles com habilidades e talentos semelhantes devem ter chances semelhantes na vida. Mais especificamente, supondo que haja uma distribuição de dotes naturais, aqueles que estão no mesmo nível de talento e habilidade, e têm a mesma disposição para utilizá-los, devem ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de seu lugar inicial no sistema social (...) As expectativas daqueles com as mesmas habilidades e aspirações não devem ser afetadas por sua classe social” (Rawls, 2000, p. 77).

Em Teoria da Justiça Rawls menciona apenas dois requisitos exigidos para se concretizar a justa igualdade de oportunidades, ainda que sugira a existência de outros: impedir a acumulação de propriedades e de riqueza e manter a igualdade de oportunidades educativas para todos. A justa igualdade de oportunidades impõe à sociedade um dever positivo de oferecer oportunidades educativas para que as pessoas dotadas de talentos similares, mas em desvantagem social, possam competir em termos equitativos com os mais favorecidos devido a classe social. Nesse sentido, o financiamento público¹¹⁰ da educação é um requisito imprescindível para Rawls para se alcançar a justa igualdade de oportunidades (FREEMAN, 2007, p. 90).

Quanto aos principais objetivos da justa igualdade de oportunidades estabelecidos por Rawls, Freeman relaciona que consistem em: a) estabelecer o igual status de cidadãos livres e iguais; b) permitir a autorrealização dos cidadãos por meio do exercício adequado dos deveres sociais; e c) complementar o princípio da diferença (FREEMAN, 2007, p. 91).

Tal qual ocorre da relação entre o primeiro e o segundo princípio, há prioridade léxica dentro do segundo princípio da justa igualdade de oportunidades em relação ao princípio da diferença. Tal prioridade dentro do segundo princípio implica que as oportunidades educativas equitativas não podem limitar-se ao fim de um maior ingresso de renda e dinheiro para os que não se encontram nas melhores condições. Não se trata de uma compensação aos que estão em desvantagem social, mas sim a possibilidade de educar desenvolver plenamente suas capacidades por meio da educação e competir em igualdade de condições com aqueles que possuem talentos naturais similares e que nasceram em melhores condições sociais (FREEMAN, 2007, p. 92).

Do contrário:

[...] os excluídos estariam certos em sentir-se tratados injustamente, mesmo que se beneficiassem dos maiores esforços daqueles autorizados a ocupa-las. Sua queixa seria justificada não só porque eles foram excluídos de certas recompensas externas geradas pelos cargos, mas porque foram impedidos de experimentar a realização pessoal que resulta de um exercício habilidoso e devotado dos deveres sociais. Seriam privados de uma das principais formas de bem humano (RAWLS, 2003, p. 90).

Portanto, na teoria Rawls, a educação desempenha um papel central numa de-

110 Nesse ponto Rawls não afirma que devem ser escolas públicas ou que a educação pública seja compulsória, confluindo mais uma vez com o pensamento de Marshall que destaca que o sistema de bolsas de estudo instituído na Inglaterra no início da década de 1890, (*Technical Education Board*), consistiu numa escada educacional de dimensões sem precedentes (Marshall, 1967, p.74).

terminada sociedade, no sentido de desenvolver a autonomia, permitindo que as pessoas tenham uma ação refletida pelos princípios que elas aceitariam na qualidade de indivíduo racional, razoável, igual e livre. Em consequência, a educação capacita os cidadãos para um debate público. Neste sentido, uma sociedade bem ordenada estimula a autonomia das pessoas e fortalece o exercício do juízo bem ponderado, favorecendo e estimulando os indivíduos a alcançarem e desenvolverem, efetivamente, a personalidade moral, concretizando as duas faculdades morais: a ideia do bem e a do senso de justiça.

Rawls é cauteloso quando aborda eventuais requisitos para a educação de futuros cidadãos. Logo, pode-se inferir que ele se inclina para uma política de silêncio liberal já que procura reduzir seus requisitos a um mínimo, sem, todavia, deixar de reconhecer que a unidade e estabilidade¹¹¹ de uma sociedade que aspira a satisfazer os princípios da justiça não pode ser sustentada sem a aceitação reflexiva dos princípios¹¹² por cada nova geração (COSTA, 2011, p. 67).

Ao abordar o pensamento de Rawls no tocante à educação e cidadania, Maria Victoria Costa destaca que o desenvolvimento de tais capacidades morais não pode ser alcançado sem práticas educacionais que explorem a diversidade de ideais de vida, mediante a adoção de uma ampla aceitação de normas comuns, princípios e procedimentos que proporcionam uma certa coerência e viabilidade para a vida social e que permitem a diferentes membros da sociedade a unirem-se em prol de um caminho democrático. Assim é fundamental que as escolas procurem desenvolver as capacidades interpretativas de crianças a encorajar atitudes de compreensão, mentalidade aberta e tolerância. Esses objetivos educacionais são essenciais para a formação de cidadãos razoáveis que reconhecem a existência de desacordos razoáveis sobre o bem, e ainda concordam em uma estrutura de princípios, normas e procedimentos comuns de políticas públicas (2011, p. 68).

4 CONSIDERAÇÃO FINAIS

A importância do alcance da igualdade de cidadania é sustentada tanto no ensaio *Cidadania e Classe Social* de T. H. Marshall assim como a Teoria da Justiça de John Rawls. Muito embora as teorias tenham matrizes diferentes, no caso a evolução dos direitos, civis, políticos e sociais, da sociedade britânica ao longo dos

111 Jacques Poirot destaca que a educação moral também é indispensável para se assegurar a coesão da sociedade, elencando diversas passagens em *Justiça* como Equidade em que Rawls insiste nesse papel (2005, p. 31-32).

112 Cultivação de virtudes políticas que dependem do desenvolvimento da capacidade de pensar de forma razoável (COSTA, 2011, p. 64-65)

séculos XVII a XX como objeto do ensaio *Cidadania e Classe Social*, enquanto Justiça como Equidade procura respostas para a concretização de uma sociedade mais justa - esta última podendo ser considerada a mais importante teoria moral e da filosofia política do século XX - há inúmeros pontos de confluência entre elas.

Ambas as teorias buscam implementar as questões de justiça econômica para uma sociedade liberal, defendendo a cidadania igualitária com a redução das desigualdades sociais por meio da implementação dos valores de dignidade, solidariedade, reciprocidade, estabilidade e coesão social. Reconhecem também que direitos e liberdades apenas formalmente reconhecidos atentam à justiça social e ao princípio da igualdade, havendo a necessidade de se concretizar um mínimo existencial para que os membros da sociedade que se encontram em desvantagem social ou econômica possam efetivamente gozar com plenitude de seus direitos.

Nesse sentido, ambas as teorias reconhecem o papel fundamental da educação no processo de consolidação da cidadania. Não apenas quanto a necessidade de uma sociedade bem ordenada ser dotada de eleitores qualificados e para o exercício dos direitos políticos e efetiva atuação, mas sobretudo para possibilitar o desenvolvimento da autonomia para que todo cidadão seja capaz gozar da liberdade de decidir suas escolhas de vida e buscar a realização de seus próprios objetivos.

E ainda, a partir de *Cidadania e Classe Social* e uma Teoria da Justiça, o Estado deve exercer um papel essencial frente ao sistema educacional, não apenas de imprimir compulsoriedade à educação básica e fundamental, mas sobretudo inclusiva de forma a considerar o estudante como um fim em si mesmo a fim de o tornar um cidadão, no caso um ser autônomo, livre, racional e igual, capaz de exercer com plenitude e não hipoteticamente, tanto os direitos de civis e políticos como perseguir seus objetivos de vida.

REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, Chris. **Rethinking equality (Reappraising the Political)**, Manchester: Manchester University Press, 2006. E-book Kindle.

COSTA, Maria Victoria. **Rawls, Citizenship, and Education**. New York: Routledge, 2011.

EDMUNDSON, William A. **Rawls: Reticent Socialist**. New York: Cambridge University Press, 2017.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Nova Iorque: Routledge, 2007.

GONDIM, Elnora; RODRIGUES, Osvaldino Marra. John Rawls: a educação política. *Factótum: Revista de Filosofia*, n. 6. Disponível em: http://www.revista-factotum.com/revista/f_6/articulos/Factotum_6_7_Gondam_&_Rodrigues.Pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

HOBBSAWM, E. J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

POGGE, Thomas. **John Rawls: His Life and Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

POIROT, Jacques. Le rôle de l'éducation dans le développement chez Rawls et Sen. **Mondes en Développement**, v. 4, N. 132, p. 29-38, 2005. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2005-4-page-29.htm>. Acesso em: 4 set. 2021.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAMBAM, Neuro José. John Rawls e a educação para a democracia. *Argumentos: Revista de Filosofia*. Fortaleza, ano 10, n. 19, p. 129-138, jan.-jun. 2018.

ANÁLISE DA IDEIA DE JUSTIÇA À LUZ DAS REFLEXÕES SENIANAS E RAWLSIANAS

Suellen Gardênia Santos Bastos

1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre Teorias de Justiça, nos faz pensar sem dúvida, na vida em coletividade sob a égide das indagações feitas sobre o que é justo e injusto dentro das relações estabelecidas nas sociedades do mundo moderno. Para melhor refletir sobre essa dicotomia, neste artigo far-se-á uma análise sobre as contribuições dos autores John Rawls e Amartya Sen, sobre as concepções de justiça, onde cada um à sua maneira, relata que o tema da justiça não cessará de produzir indagações, sendo um dos principais desafios assumidos no Estado democrático de Direito do século XXI, em especial quando se fala em garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Por este motivo, este artigo relatará no primeiro momento sobre a importância do estudo das teorias da justiça a partir da análise principiológica pautada nos principais elementos teóricos e conceituais dos dois autores, além de favorecer discussões embasadas no estudo do direito e da filosofia. No segundo momento, retrataremos as divergências teóricas entre Rawls e Sen, focando nas principais construções teóricas levantadas por eles.

Para isso, adotou-se o método de procedimento bibliográfico, onde buscou-se bibliografias referentes à temática em pauta, centradas principalmente nas obras dos autores, revistas científicas e resenhas críticas sobre as obras de John Rawls e Amartya Sen.

Ao utilizar essa metodologia, encontrou-se no livro *Uma teoria da justiça* (2008), que o autor John Rawls, desde o início do texto lembra a centralidade da justiça nas *instituições sociais*. Segundo ele, “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (RAWLS, 2008, p. 03-04). Considera as instituições sociais de suma importância para aplicabilidade da ideia de justiça, tendo em vista que as “instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 7-8).

Além disso, Rawls fomenta as primeiras discussões acerca da aplicabilidade de uma justiça distributiva, trazendo à tona os conceitos de liberdades e igualdade instituídos na democracia com um sistema socioeconômico bem formulado em resposta ao utilitarismo clássico.

Por consequência, John Rawls posteriormente, apresenta na obra *Teoria da Justiça como Equidade*, o modelo contratualista, pautado na defesa da ideia de justiça procedimental. Com base nesse modelo, o autor (2003, p. 127) propõe que façamos uma suposição de um contrato social hipotético, no qual as pessoas seriam reunidas numa situação inicial – por ele chamada de *posição original* – a fim de deliberar uma série de princípios que seriam responsáveis por embasar as regras do justo – os princípios da justiça – nas instituições, uma vez que seriam as instituições as intermediadoras entre as pessoas no convívio social.

Sendo assim, o único princípio precedente a ser aceito pelas pessoas na posição original é o da igualdade de liberdade de consciência. Isso por que, elas estariam cobertas pelo *véu de ignorância*, tendo em vista que não conheceriam suas posições no meio social, religioso ou moral, podendo escolher os princípios de justiça para governar as estruturas básicas da sociedade em que viveriam.

A justiça como equidade foi uma tese de John Rawls formulada para que pudessemos pensar um sistema social à mercê de dois princípios básicos: igualdade e cooperação social. Uma vez que, constituída por pessoas livres e iguais entre si, poder-se-ia estabelecer o que é justo e o que é injusto para aquela determinada sociedade e suas relações intrínsecas.

Por outro lado, porém na mesma discussão teórica, Amartya Sen, afasta a ideia de analisar a teoria da justiça sob a ótica de modelos contratualistas ou formular modelos a serem seguidos, preferindo analisar a realidade *per si*. Como diz, “o objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar as questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita” (SEN, 2011, p. 11).

O autor busca compreender a ideia de justiça como centralizada na ideia de bem-estar, onde o indivíduo é o ator principal das mudanças propostas pela teoria de justiça, baseada principalmente, na justiça focada em realizações. Pensar dessa forma, rendeu ao autor o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1998.

Apesar das divergências entre os dois, a noção de justiça desenvolvida por John Rawls estrutura o pensamento de justiça de Amartya Sen, assim como a maioria dos autores da segunda metade do século XX.

Com isso apresenta-se neste artigo, dois autores que postulam o ideal igualitário por visões diferentes, mas que agregam muitas reflexões necessárias para os dias atuais. Enquanto Sen pensa em uma justiça focada em realizações, o outro trabalhou os “arranjos”, isto é, uma estrutura lógico-dedutiva de instituições que Amartya denominou de *institucionalismo transcendental*.¹¹³

113 O *institucionalismo transcendental*, tem esse nome em virtude de assumir o arranjo institucional como objeto central da reflexão filosófica e esta, por sua vez, ocupa-se da identificação da justiça perfeita.

Dessa forma, ver-se que a construção teórica dos autores, são fundamentais para compreender o propósito de legitimar os princípios de justiça e a busca por uma sociedade mais justa e igualitária. Algo que cotidianamente tem sido analisado e discutido nas principais sociedades capitalistas da modernidade.

2 TEORIA DE JUSTIÇA NA VISÃO DE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

2.1 Teoria Rawlsiana

John Rawls, professor e filósofo político, debruçou boa parte das suas obras para pensar na justiça, na equidade e na desigualdade. Ao formular sua concepção de justiça, frisou a importância de pensar um fundamento alternativo que sustentasse as instituições da democracia constitucional, tendo em vista a fragilidade do utilitarismo predominante no pensamento político anglo-saxã da época.

A Teoria da Justiça proposta pelo autor, ver o conceito de justiça com um bem, e por isso é visto como a primeira virtude das instituições sociais. Para ele, sob a influência do contratualismo, a solução para uma sociedade próspera seria um contrato social justo entre o Estado e os indivíduos, onde ficasse garantido que todos fossem tratados de forma igual.

Dessa forma, para assegurar esse tipo de tratamento, as instituições sociais deveriam ser justas e acessíveis a todos, além de redistribuir onde for necessário, utilizando para isso a métrica da justiça e equidade social. Somente assim, as instituições produziram uma sociedade promissora. A fim de validar a normatividade de sua tese, o autor analisa a justiça como equidade a partir de dois pontos de sustentação: o da *posição original sob o véu da ignorância* e o do *equilíbrio reflexivo*. Segundo Flavio Pansieri (2016, p.191) “a posição original é considerada um preceito teórico ainda mais abstrato do que a tese dos contratualistas em geral, e comunga do fato de ser uma situação puramente hipotética”.

Segundo Rawls, esta posição corresponde ao estado de natureza das teorias contratuais tradicionais e dispõe das seguintes características: o fato de ninguém conhecer seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social, e ainda de que ninguém deverá conhecer sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero (RAWLS, 2008, p. 13-15).

O segundo ponto de sustentação de sua teoria de justiça como equidade é o *equilíbrio reflexivo*. Por meio dele se busca a harmonia entre os juízos morais particulares e os princípios de justiça. (RAWLS, 2008, p.191)

ta (perfect justice). Esse tipo de argumentação “se concentrou na identificação de arranjos sociais perfeitamente justos, considerando a caracterização das ‘instituições justas’ como a tarefa mais importante – e, frequentemente, como a única identificadora – da teoria da justiça” (SEN, 2011, p. 18)

A teoria Rawlsiana, conforme afirmações do próprio autor, está também baseada na teoria do contrato social, referendada por autores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, que buscam estabelecer princípios básicos de justiça que torne a sociedade mais igualitária e espaço de convivência de todos. Rawls afirma que:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar a determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. (RAWLS, 2008, p. 13-14).

Ver-se que, aqui, o autor dispõe como princípios essenciais: a “liberdade”, “racionalidade” e “igualdade” para consolidação da teoria da justiça, onde cada indivíduo, sob o véu da ignorância, teriam a possibilidade de escolhas. Nesse sentido, o véu consistiria na inexistência do conhecimento prévio sobre a posição social na escolha dos princípios de justiça. Segundo Flavio Pansieri (2016, p.192):

O véu da ignorância é um ponto elementar na teoria como equidade, pois é o que garante a isonomia dos cidadãos, velando para que não prevaleçam peculiaridades que pudessem ensejar em benefício ou malefício de uma classe de cidadãos, como questões de gênero, posição geográfica, doutrinas morais, políticas ou religiosas, entre tantos outros elementos específicos pelos quais se constituem pequenos grupos com identidades semelhantes.

Dessa forma, o véu da ignorância pode basear princípios de justiça numa sociedade plural, ou seja, possibilita várias condições razoáveis e informações moralmente válidas no contexto social. Assim, sobre o *véu da ignorância* as escolhas seriam mais neutras, sem qualquer influência externa, uma vez que ninguém poderia definir previamente o local que assumiria dentro de uma sociedade.

Sob essa égide, Rawls conseguiu capitular sua teoria de justiça como equidade, sendo um apelo pela não diferenciação na constituição dos princípios basilares que inspiram a reconstrução social e as escolhas individuais. Pautado nessa afirmação, Rawls define alguns princípios acerca da teoria da justiça, sendo demarcados da seguinte maneira:

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)

Na obra *Uma Teoria da Justiça*, Rawls (2008, p.65) explica que o primeiro princípio da liberdade abrange as liberdades políticas, de palavra, de consciência, de reunião e o direito de propriedade, onde tais liberdades devem ser iguais. Dessa forma, os valores sociais (liberdade, oportunidade, renda e riqueza) e as bases sociais da autoestima, por exemplo, devem ser distribuídos trazendo vantagens iguais a todos.

O segundo princípio, da diferença, aplica-se à distribuição de renda e de bens, que não necessita ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, levando a serem aceitas desigualdades que maximizem as expectativas dos grupos menos afortunados da sociedade, assegurado um mínimo social.

Rawls (2008, p. 64) tenta demonstrar que os parceiros, seres racionais e razoáveis, irão escolher como princípios de justiça o princípio da liberdade, segundo o qual cada pessoa tem direito igual a um integral e adequado conjunto de liberdades básicas que sejam compatíveis com similar conjunto de liberdades de todos, e o princípio da igualdade, pelo qual as desigualdades sociais e econômicas, para serem justas, devem satisfazer a duas condições: primeiro, vincular-se a cargos e posições abertas a todos sob condições de igualdade de oportunidades e, segundo, propiciar benefícios aos desfavorecidos da sociedade, princípio da diferença.

Porém há de se considerar que o conceito de justo para um indivíduo, poderá ser injusto para outro, uma vez que esta percepção foi criada pelo homem e, portanto, pode ser reformulada em qualquer momento. O rico pode achar justo a desigualdade de renda, enquanto para pobre essa seria uma das maiores injustiças no âmbito social.

Na mesma vertente, o autor complementa que o objeto da teoria de justiça consiste em identificar como a sociedade protege e distribui seus bens primários. Segundo entendimento de Rawls, os bens primários são bens que as pessoas desejariam ter mais a ter menos. Em síntese, o autor aponta direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito como bens primários (RAWLS, 2008, p. 536). As liberdades básicas apresentam-se com precedência absoluta no rol desses bens necessários à estrutura básica da sociedade.

Por isso afirma que (2000, p. 229) a ideia da introdução dos bens primários é encontrar uma base pública útil a comparações interpessoais baseada nas circunstâncias sociais objetivas dos cidadãos.

Entretanto, com intuito de construir a estrutura institucional básica de uma sociedade liberal-democrática bem ordenada, os bens primários deveriam ser ordenados da seguinte forma: a) liberdades e direitos fundamentais; b) liberdade de movimento e de escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades variadas; c) capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica da sociedade; d) renda e riqueza; e) as bases sociais do autorrespeito (Rawls, 1993, p.181).

A Teoria Rawlsiana se apegua a um aspecto muito frágil da igualdade, abordando apenas os chamados bens primários. Por este motivo, recebe grande críticas por não abordar, por exemplo, decisões que envolvam orçamentos públicos com poucos recursos e pressões financeiras internacionais, ou até mesmo a dualidade mundial que divide o mundo entre países desenvolvidos (ricos) e subdesenvolvidos (podres).

Diante dessa breve análise, vimos que o autor John Rawls revela estudos importantes sobre a teoria da justiça, pois dentro de uma perspectiva igualitária, consegue impulsionar diversas discussões acerca da distribuição da renda, distribuição dos bens públicos ou privados, favorecendo grandes debates sobre a justiça social e justiça política.

Nesse aspecto, compreende-se que tanto John Rawls, como Amartya Sen - autor que será apresentado no próximo capítulo - dedicam seus estudos a concepções de justiça, pautadas na ótica igualitarista e focadas em discussões sobre questões de pobreza e de desigualdades social e econômica nas sociedades democráticas contemporâneas.

2.2 Teoria Seniana

Ao analisar, brevemente, parte da obra *A ideia de justiça* (2011), do autor Amartya Sen, consegue-se perceber, ainda que preliminarmente, que o autor faz um diálogo constante entre diversas áreas de conhecimento e autores. Conceitos filosóficos e econômicos transitam no limiar da escrita do texto, sendo apresentados autores como Adam Smith, Karl Marx, Kenneth Arrow, e principalmente, John Rawls, a quem a obra é dedicada de maneira recorrente, em especial na parte I, intitulada *as exigências da justiça*.

O momento inicial da obra o autor, preocupou-se em traçar críticas à teoria neocontratualista do autor John Rawls, voltando-se a analisar o modo como a

teoria econômica se apropria de conceitos filosóficos. Para tanto apresenta um diálogo insistente sobre a *Teoria da Justiça* a luz do autor mencionado, assim como as categorias *Teoria da Escolha Social*, sob a ótica da abordagem transcendental e comparativa.

Tais abordagens são apresentadas como eixo teórico principal do livro. A questão da justiça é trabalhada, sobretudo, nessa obra, onde a todo momento o autor se contrapõe às noções transcendentalistas, mas sem nunca se desviar de sua vinculação iluminista o qual ele denomina de “caminho da razão”, que pudesse ampliar a base informacional da escolha social (SEN, 2011, p.125).

Para o autor indiano, por exemplo, a justiça está baseada nas informações relativas às liberdades dos cidadãos, sensível às consequências. Ignorá-las, como as liberdades que as pessoas de fato conseguem exercer, impede uma base adequada para um sistema de avaliação (SEN, 1999, 2009).

Segundo Flavio Pansieri (2016, p.203), Sen busca enfocar as realizações em sua teoria da justiça. Ele reconhece a necessidade de estatuir uma teoria para que se estabeleça uma abordagem racional sobre determinado assunto, além de reforçar que não pretende trabalhar com princípios e enunciados no afã de construir regras e instituições justas vislumbrando uma sociedade idílica – objetivo da abordagem da justiça contratual, focada em arranjos. Antes disso, pretende olhar para o mundo a sua volta de modo enfrentar as questões relacionadas a “melhoria da justiça e a remoção da injustiça” – abordagem comparativa –, cujo enfoque se assenta nas realizações.

Para Amartya Sen (2011), há pelo menos três diferenças entre a abordagem que ele elegeu para as teorias da justiça que emergiram na filosofia moral e política durante o século XX. Sendo analisada, primeiramente, com o intuito de encontrar meios de julgar a diminuição da injustiça e promoção da justiça. Em segundo, por considerar a existência de diversas teorias que tratam do tema da justiça, como o igualitarismo e o utilitarismo.

Amartya Sen levanta várias discussões em sua obra, entre elas: as questões de cunho ético e moral na economia, noções de liberdade, políticas públicas, divisão de recursos econômicos do Estado, desenvolvimento do bem-estar e a capacidade dos cidadãos para agir em prol de seus interesses e da coletividade, além de traçar concepções filosóficas sobre as ideias de justo e de injusto, entre outros temas.

Entretanto, Amartya Sen, durante sua análise rebate veementemente a importância das instituições sociais para construção teórica de justiça, isto por que acredita que muitas injustiças estão conectadas a transgressões comportamentais dos indivíduos – o modo como as pessoas vivem – e não necessariamente às instituições sociais. Em suma, Sen pontua para a “necessidade de uma compreensão

da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato.” (SEN, 2011, p. 48).

Ainda nas palavras do autor, “a teoria da justiça, assim como formulada no âmbito do institucionalismo transcendental hoje dominante, transforma muitas das questões mais relevantes da justiça em retórica vazia” (SEN, 2011, p. 56). Deslocar o centro da análise da renda para os bens primários é um artifício, assim como analisar pobreza sobre a égide da renda também constitui um artifício: Sen (2013, p. 20) comenta que “o que de minha parte defendo é preciso olhar para a liberdade efetiva das pessoas de realizarem seus próprios projetos”.

Segundo pensamento Seniano, a liberdade se constitui como um traço elementar na vida pessoal e social ao permitir que, livremente, uma pessoa tenha a capacidade de decidir que tipo de vida pretende seguir. A capacidade de oferecer razões de escolha é um aspecto básico da vida humana: as pessoas não têm a obrigação de buscar tão somente o seu próprio bem-estar, mas ir além e observar o mundo que existe à sua volta. (PANSIERI, 2016)

Segundo exposto por Flavio Pansieri (2016, p.185):

Parte de sua crítica se deve à falta de clareza que pode emanar da pretensão em se estabelecer uma sociedade perfeitamente justa a partir da aplicação de uma teoria imparcial única. Em outros termos, é complexa a tentativa de teorias transcendentais elegerem um sistema que seja inflexível e busca uma solução justa e perfeita para a resolução dos inúmeros problemas sociais: digressões em torno de ideais de justiça não podem legitimar a omissão em se atacar diretamente as desigualdades sociais.

Sendo assim, podemos compreender que o pensador indiano é qualificado como um pensador do igualitarismo de bem-estar, pois se preocupa com os reais fatores de redução de desigualdade social que favorecerão o desenvolvimento social.

3 DISCORDÂNCIAS ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

Expomos no capítulo anterior parte dos conceitos encontrados em algumas obras dos autores John Rawls e Amartya Sen visando favorecer uma discussão concisa acerca da Teoria da Justiça. Entretanto, reservamos este momento para expor as principais diferenças teóricas e metodológicas levantadas por esses autores, bem como as principais críticas levantadas por Amartya Sen à teoria de John Rawls.

A crítica de Amartya Sen à Teoria Rawlsiana pode ser resumida na seguinte frase: “a caracterização de instituições perfeitamente justas transformou-se no

exercício central das teorias da justiça” (SEN, 2011, p. 38). É bastante claro que Sen está fazendo uma crítica à teoria da justiça de Rawls, posto que se concentra predominantemente em “como estabelecer instituições justas” e, por outro lado, atribuem um “papel acessório e secundário aos traços comportamentais.” (SEN, 2011, p. 13).

Para Amartya Sen a abordagem que coloca as instituições a frente dos indivíduos recebe o nome de *institucionalismo transcendental*, tendo em vista que as abordagens focam eminentemente na construção de instituições que permitirão a justiça, sem procurar sanar as desigualdades e injustiça da população.

Diante dessa afirmação, Amartya considera insuficiente tratar da abordagem transcendental para estruturar uma teoria da justiça, conforme destacado por John Rawls. Nas palavras de Sen (2011, p. 45-46):

O problema com a abordagem transcendental não surge apenas da possível pluralidade de princípios concorrentes que reivindicam relevância para a avaliação da justiça. Dada a importância do problema da não existência de um arranjo social identificável como perfeitamente justo, um argumento extremamente importante a favor da abordagem comparativa da razão prática na justiça não é apenas a inviabilidade da teoria transcendental, mas sua redundância. Se uma teoria da justiça deve orientar a escolha arrazoada de políticas, estratégias ou instituições, então a identificação dos arranjos sociais inteiramente justos não é necessária nem suficiente.

Por consequência, o *institucionalismo transcendental* concentra a sua busca na construção de instituições que promoverão a justiça, como o Estado e sua estrutura institucional, mas o autor lembra, que tais instituições não possuem vida própria, mas seu funcionamento depende de pessoas que estão em intensa e constante interação.

Para Sen (2011) analisar as instituições sem voltar o seu olhar para as pessoas é no mínimo descartar parte considerável do campo investigativo dos quais emanam os fenômenos sociais. O resultado disto, nos termos de Amartya, “foi o desenvolvimento de teorias da justiça que enfocavam a identificação transcendental das instituições ideais.” (SEN, 2011, p. 36), sem priorizar a vida humana em contexto de desigualdades sociais intensas.

Nesse contexto, outra crítica apresentada por Sen a teoria rawlsiana, consiste na utilidade e à inflexibilidade do rol de bens primários na Teoria da Justiça. Helena (2008) (apud BRAZ, 2005) acredita que os bens primários, no modelo de Rawls, não constituem um parâmetro apropriado de distribuição equitativa, desde que não dão atenção à “liberdade substantiva” das pessoas.

Amartya Sen critica o enfoque da economia tradicional segundo o qual o bem-estar de uma pessoa é avaliado pelo seu domínio sobre bens e serviços. Esse pressuposto leva à análise da variável renda, denominada de “satisfação individual” no modelo welfarista. A isso antepõe Sen uma “vantagem individual”, categoria avaliativa de bem-estar mais abrangente que permite conceber os “bens individuais”, os interesses racionais dos indivíduos, como passíveis de comparação e ordenação. Assim, o autor apresenta sua crítica ao afirmar que as “diversidades pessoais” podem afetar a possibilidade de converter os bens primários, ao relacionar renda a bem-estar.

Segundo Helena (2008), Sen critica formulações acerca dos bens primários de Rawls, tendo em vista que é demasiadamente inflexível diante das variações interindividuais que fazem com que seja mais difícil para uns do que para outros converter bens primários em capacidade de funcionamentos básicos da pessoa. Não é o que se tem que importa, mas como se funciona; a atenção deve ser quanto às desigualdades de oportunidades. A preocupação não deve ser com os bens primários em si mesmos, mas com o que as pessoas, em função de variações individuais significativas, são capazes de fazer com esses bens.

Para Álvaro Vita (1999), Sen pensa que é importante para a estimação da vantagem individual não só o nível de bem-estar efetivamente alcançado, mas também a liberdade que uma pessoa tem de escolher entre diferentes tipos de vida. E o nível dessa liberdade desfrutada por uma pessoa constitui o que Sen denomina de capacidade. Em termos técnicos, a capacidade representa a liberdade efetiva que uma pessoa tem de escolher entre diferentes combinações possíveis de *functionings*¹¹⁴ valiosas. Por fim, analisadas as teorias de justiça dos autores Amartya Sen e John Rawls, percebe-se que, apesar dos objetivos serem os mesmos, é possível claramente verificar suas divergências, em especial, no caminho conceitual adotado por cada um: Rawls projeta princípios filosóficos para a mudança social enquanto Sen se volta para as causas reais de injustiça e desigualdade. Entretendo, ambos pretendem transformar a sociedade em um *locus* mais justo e igual para todos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como pretensão crucial apresentar breve análise das Teorias de Justiça sob a ótica dos autores Amartya Sen e John Rawls. Vimos que a

114 O bem-estar de uma pessoa, para Sen pode ser concebido em termos da qualidade do seu estado pessoal (*wellness*), ou seja, em termos do que esta pessoa pode fazer ou ter. Estes são os *functionings* de uma pessoa, sendo que a vida é composta por um conjunto de *functionings* inter-relacionados, que compreendem os estados (estar bem nutrido, saudável, não ter vergonha da simplicidade das suas vestimentas) e as atividades (comer, ler, ver, etc.) das pessoas. (SANTOS, 2018)

abordagem da justiça no pensamento de Amartya Sen visa, essencialmente, garantir certa igualdade de oportunidades aos membros de uma sociedade e maior realização possível das liberdades instrumentais. Por outro lado, o autor John Rawls, elaborou uma concepção contratualista de justiça política em que os bens primários e as instituições sociais básicas devem ser organizados com a finalidade de respeitar a liberdade e a igualdade dos cidadãos que vivem em sociedade.

Compreende-se que a abordagem feita por Amartya Sen, seria mais sensível à diferença entre as pessoas, por centralizar sua análise nas capacidades dos indivíduos, sendo possível analisar as mudanças individuais e econômicas nos seus pormenores. Enquanto, a análise feita por John Rawls almeja igualar as pessoas nas mesmas liberdades, direitos, igualdade, bens materiais e o autorrespeito, sem fazer a diferenciação necessária e foco nas particularidades de cada caso e indivíduo. Além de centralizar nos bens primários a imprescindibilidade para a realização de qualquer plano de vida.

Por esse motivo Rawls, afirma que a implementação de uma estrutura institucional justa e ideal esta pautada na distribuição igual dos bens primários a todos. Ainda que Sen acredite que as pessoas só são iguais em liberdade e direito se, e somente se, sejam ofertadas a elas condições iguais para chagar ao ponto comum.

Ao final desse estudo, percebe-se que as teorias de justiça pautada nos modelos contratualistas e de cunho transcendental, ao final são complementadas por teorias da escolha social. Sen complementa Rawls na busca pela redução das injustiças e desigualdades sociais tão evidenciadas nas sociedades contemporâneas.

REFERÊNCIAS

HELENA, Eber Zoehler Santa. **Justiça Distributiva na Teoria como equidade de John Rawls**. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/343742502/John-Rawls-e-a-Justica-Distributiva>. Acesso em: 26 maio. 021.

PANSIERI, Flávio. A crítica de Amartya Sen à concepção Rawlsiana de justiça. **Sequência** (Florianópolis), n. 74, p. 181-206, dez. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/dgxGM8JvzLkgTpwXXf3ssNq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 25/05/2021.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; Editora Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Justiça como Equidade:** uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Political Liberalism.** New York, Columbia University Press, 1993.

SANTOS, Tiago Mendonça dos. **Capabilities e Democracia no pensamento de Amartya Sen: uma proposta de functionings básicos.** Orientador, Alessandro Pinzani. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2018, 153 p.

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

_____. **A Ideia de Justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. Justiça, esperança e pobreza. *In:* WOLF, Eduardo (Org.). **Pensar a Filosofia.** Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2013. p. 471-496.

VITA, Álvaro de. Justiça Distributiva: a Crítica de Sen a Rawls. **Revista de Ciências Sociais.** v. 42. n. 23. Rio de Janeiro, 1999.

A COVID-19 E A CRISE ECONÔMICA: OS MÍNIMOS EXISTENCIAIS COMO RESPOSTA DO GOVERNO BRASILEIRO PARA O ATENDIMENTO AOS TRABALHADORES

Maria Zenilda Lira do Rego

1 INTRODUÇÃO

O primeiro caso de COVID-19 foi registrado, em Wuhan, na China em dezembro de 2019, sendo daí em diante registrado muitos outros casos, fazendo da China o primeiro epicentro da doença. No Brasil, o primeiro caso¹¹⁵ ocorreu em fevereiro de 2020. Em março do mesmo ano foi constatado o primeiro óbito e foi declarada a transmissão comunitária da doença.

A Organização Mundial de Saúde - OMS declarou a COVID-19 uma pandemia ainda em março de 2020, recomendando a adoção de medidas sanitárias em caráter de urgência, visando prevenir e/ou reduzir a propagação da doença, embora já houvesse a confirmação de casos em praticamente todos os continentes.

Tal decisão foi tomada em função da questão abranger escala de riscos importantes, interferindo nas decisões e determinações políticas, econômicas e sociais em todos os locais onde foram registrados pelo menos um caso da enfermidade.

A situação sanitária da pandemia impôs mudanças no mundo, tendo cada país buscado implementar medidas que atendessem as orientações da OMS. A maioria dos países buscou ações mais efetivas de combate a doenças, a exemplo da restrição de viagens e a livre circulação de pessoas, outros, notadamente os Estados Unidos e o Brasil, negaram a seriedade da realidade pandêmica.

A atitude do governo brasileiro foi de negar a gravidade da situação, além de responsabilizar a China pela pandemia, situação que gerou e ainda gera entraves nas tratativas diplomáticas, retardando a autorização para a fabricação dos imunizantes, uma vez que aquele país é o principal fornecedor do Insumo Farmacêutico Ativo - IFA. O comportamento do governo não só retardou a aplicação dos imunizantes na população brasileira, como também estimulou o uso de medicação não indicada pela comunidade científica, além de outras medidas em desacordo com as orientações da OMS. Como resultado dessas atitudes, o país já se aproxima de meio milhão de mortes pela Covid-19¹¹⁶.

115 Matéria publicada pela Agência Brasil, em 26 fev. 2021.

116 Conforme dados acessados em www.plataforma.saude.gov.br/coronavirus/COVID-19, em 26 maio. 2021, o número de óbitos confirmados é de 452.031.

O desastre sanitário de proporções mundiais, exigiu medidas que tentassem conter o curso da doença, cuja letalidade é alta. Em decorrência, mudanças nas atividades de trabalho e no sistema de ensino, em todas as modalidades, tiveram de ser adotadas, o distanciamento social e as medidas de bloqueio total.

No Brasil, já se constatava uma crise, que o governo buscava tornar “invisível”, com discursos e medidas que negavam a situação do Estado brasileiro, além de incentivar o empreendedorismo individual, a uberização como atividade de trabalho informal, mudanças nas legislações trabalhistas e previdenciárias, introduzidas com a Emenda constitucional nº 95, que instituiu o teto de gastos públicos para as despesas primárias por 20 anos no Brasil, a continuidade do programa de privatização de empresas públicas, o incentivo aos programas de demissão voluntária, a terceirização de serviços públicos, as contratações temporárias e precárias.

Com as restrições das atividades negociais que não fossem considerados essenciais, muitos, perderam suas parcas oportunidades de renda, passando a depender da ação governamental. O governo não se preocupou em garantir os mínimos essenciais para todas as famílias brasileiras, ao invés, criou barreiras institucionais para o acesso aos benefícios da Política de Assistência Social, especificamente o Benefício De Prestação Continuada – BPC, para pessoas com deficiência e/ou idosas, que sejam se enquadrem nos critérios estabelecidos e o Benefício do Programa Bolsa-Família.

A Política Nacional de Assistência Social – PNAS, estabeleceu os benefícios de natureza eventual, conforme o previsto na Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, em seu art. 22:

Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do SUAS e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

A atitude governamental foi a de negar a ajuda imediata para a população, deixando de considerar a emergência da ajuda financeira às famílias, em função da COVID-19, o que causou mais incerteza diante da situação de calamidade pública, ausência de renda, entre outros eventos decorrentes do contexto já instalado, acrescido desse novo evento.

O auxílio emergencial proposto pelo governo federal foi publicado no Diário Oficial da União em 17.04.2020, através da Portaria nº 58, de 16.04.2020, em conjunto com a nota técnica 20/2020, da Secretaria Especial Desenvolvimento Social, com orientações gerais acerca da regulamentação do benefício.

Teria este auxílio, uma vez operacionalizado, atendido as determinações da Política Nacional da Assistência Social? A população hipossuficiente efetivamente foi atendida nas suas necessidades básicas?

Para refletirmos sobre estes questionamentos, será feito um resgate histórico da Assistência social, com um recorte das primeiras iniciativas de ajuda nas sociedades pré-capitalistas, as políticas sociais desenvolvidas nas sociedades capitalistas centrais e no Brasil, concluindo com a uma reflexão sobre a realidade brasileira em tempos de pandemia da COVID-19, considerando o contexto neoliberal, bem como os efeitos do auxílio emergencial.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA SOCIEDADE PRÉ-CAPITALISTA

As primeiras ações que podem ser consideradas como políticas sociais foram gestadas no movimento de ascensão do capitalismo com a Revolução Industrial, embora não tivessem como fim a garantia do bem-comum, tem o registro temporal nas sociedades pré-capitalista, para manter a ordem social e punir a maldragem, sendo atribuídas tais iniciativas aos movimentos de massa social e democrata no final do Século XIX, mesmo período que se estabeleciam os Estados-nação da Europa.

Schons (2003), Behring e Boschetti (2006) e Pereira (2007 e 2009), referem-se as regulamentações do período pré-industrial, como as Leis dos Pobres, apontando que dentre estas, a Lei de *Speenhamland*, de 1795, tinha um caráter menos repressor, além de estabelecer o pagamento de um abono financeiro, em complemento aos salários, diferente das leis anteriores que só tinham a conotação coercitiva.

Sendo a Lei de *Speenhamland*, aquela que se identifica com um mínimo de renda. Pereira (2007,104), em *Necessidades Humanas: Subsídios à crítica dos mínimos sociais*, afirma que: “Mas foi somente com a *Speenhamland* Law que se começou a pensar num abono incondicional, livre de contrapartidas, punições e confinamentos como era habitual.”

Essa particularidade da *Speenhamland*, entrava em desacordo com as ideias liberais, pois diferente das Leis do Pobres que induziam o trabalhador a aceitar qualquer trabalho a qualquer preço. Além do abono, permitia, de certa forma, que o trabalhador negociasse, ainda que de forma restrita, e impunha alguns limites ao valor da sua força de trabalho.

A Lei de *Speenhamland* estabelecia um abono, a partir de uma tabela que dependeria do preço do pão. Segundo Polanyi (2000:100):

[...]como uma medida de emergência, introduzidas informalmente. Embora chamada comumente de lei, a própria tabela nunca foi promulgada. Passou, porém, vigorar como lei na maior parte do campo e, mais tarde, até mesmo em alguns distritos manufatureiros. Na verdade, ela introduziu uma inovação social e econômica que nada mais era que o direito de viver e até ser abolida, em 1834, ele impediu efetivamente o estabelecimento de um mercado de trabalho competitivo. Desde 1832, dois anos antes, portanto, a classe média vinha forçando seu caminho em direção ao poder, em parte para remover esse obstáculo à nova economia capitalista.

A Lei revisora dos pobres, de 1834, estabelece regras rígidas que resultaram na extinção do direito ao mínimo social, com os trabalhadores conduzidos por medidas restritivas e de regressão dos direitos, tendo que garantir a sua sobrevivência. A justificativa para tais ações fundamentava-se em teóricos que fortaleciam sobremaneira a ideologia liberal, alimentada pelas teses de David Ricardo e Adam Smith, que cristalizam como fio condutor da ação do Estado Liberal, “a ideia do funcionamento livre e ilimitado do mercado para assegurar o bem-estar. É a “mão invisível” do mercado livre que regula as relações econômicas e sociais e produz o bem comum.” Behring e Boschetti (2006:56)

Ainda sobre esses teóricos que podemos citar Malthus, em sua obra *Ensaio sobre o Princípio da População*, de 1798, onde de acordo com as palavras de Ernane Galvão na apresentação da obra em 1922, assim se manifesta:

Quanto às “Leis dos Pobres”, Malthus não nutria por elas nenhum apreço. Embora lhes reconhecesse o caráter filantrópico, entendia que traziam mais malefícios do que benefícios. [...] Ele achava que as “Leis dos Pobres” estimulavam casamentos entre pessoas que não estavam preparadas para a constituição de famílias. Essas pessoas não teriam muita preocupação com a possibilidade de sofrer períodos de miséria, por contarem como certo o auxílio recebido da paróquia. Em segundo lugar, essas “Leis” diminuía a mobilidade da mão-de-obra, impedindo que uma pessoa sem emprego em dada localidade se dirigisse a um possível emprego em outro ponto do país. (1922:9)

3 O DESENVOLVIMENTO DO CAPITALISMO E AS CRISES ECONÔMICAS

O desenvolvimento do modo de produção capitalista é a própria história e evolução da economia, que centrada na ideia da acumulação da riqueza, possui ciclos específicos e crises com características que requerem uma reflexão acerca desse movimento na sociedade.

Decorrente do declínio do Feudalismo, as lutas entre a burguesia e o campesinato, resultando na Revolução Burguesa¹¹⁷ por volta do século XIV, confrontos que se estenderam até o século XVI, com a derrota dos camponeses, a centralização do poder a formação do Estado nacional moderno, o Estado absolutista, representando a força da nobreza fundiária para combater as mobilizações camponesas.

Para Morais (2011), O Estado Absolutista impregnado por caracteres religiosos, com o culto teocêntrico e o poder absoluto do monarca, que era considerado como representante de Deus na terra, sua vontade era incontestável, teve o seu declínio com as novas determinações da ordem mundial, resultado de eventos históricos como a Revolução Gloriosa, o Iluminismo, a Revolução Francesa, dando surgimento ao Estado liberal.

É com a Revolução Francesa, nas palavras de Schons (2003, 106), e notadamente após ela que é reconhecida a instauração do Estado Social de Direitos. Em sua obra *Assistência Social em ter a ordem e a 'des-ordem': Mistificação dos direitos sociais e da cidadania*, “[...] o Estado Social de Direito [...] se apresenta como o campo onde se dá “um alargamento na zona de aplicabilidade’ desses mesmos direitos[...]”

A autora refere-se ao Estado Social de direito, como garantidor de um Estado de Bem-Estar (*Welfare-State*), considerando que o Estado Liberal de Direito tem como objetivo precípua conter as reivindicações dos trabalhadores, para garantir a interrupção na produção e por consequência cumulação da riqueza, em detrimento do flagelo da classe que vende a sua força de trabalho, sem qualquer aparato que lhes garanta salário e condições de vida digna.

O *Welfare State* enquanto sistema de proteção da classe trabalhadora, instalado nos países capitalistas centrais, atendeu a esse aquecimento do consumo por via indiretas, onde todos os pais organizaram a seu modo seus planos, para o atendimento imediato de necessidades da classe trabalhadora, sem promovê-los a um patamar de ascensão das suas condições objetivas, pois o verdadeiro sentido da ação de feição meramente assistencialista.

Não se pode dizer que o Estado brasileiro em algum momento da sua história, estabeleceu um modelo de *Welfare state*, o primeiro ensaio para a formulação de um Estado de bem-estar social ocorre no período instalação da Assembleia Nacional Constituinte, embora na promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que reconheceu a Assistência Social como política pública não contributiva, muito das suas proposituras já estavam impedidas pelo ideário neoliberal presente na política econômica do Brasil

117 A crise do Feudalismo tornou-se o solo fértil para a Revolução Burguesa. Além de outros importantes fatos, entre estes a Peste Negra, vinda a Ásia em 1348, dizimando cerca de um quarto da população europeia. Neto (2007).

Das transformações ocorridas no interior do sistema capitalista da fase concorrencial à fase imperialista clássica, várias crises foram objeto de intervenção do Estado, pelas suas manifestações violentas, entre estas as de (1891, 1900, 1907, 1913, 1921, 1929 e 1937-1938), no entanto a crise de 1929 trouxe impactos de maior monta em escala mundial, exigindo uma ação mais enérgica dos dirigentes capitalistas. Nas palavras de Netto (2007:192):

A crise de 1929 evidenciou para os dirigentes mais lúcidos da burguesia dos países imperialistas a necessidade de formas de intervenção do Estado na Economia Capitalista. Registramos que o Estado burguês sempre interveio na dinâmica econômica, garantindo as condições externas para a produção e a acumulação capitalista; [...] mas a crise de 1929 revelou que novas modalidades interventivas tornavam-se necessárias: fazia-se imperativa uma intervenção que envolvesse as condições gerais da produção e da acumulação.

Outras crises ocorreram depois de 1929, no entanto é em 2008, que pior crise econômica desde a Grande Depressão, ocorreu devido uma bolha imobiliária nos Estados Unidos, causada pelo aumento nos valores imobiliários, que não foi acompanhado por um aumento de renda da população. Essa situação teve repercussões na Europa e no Brasil. Na Europa, em especial na zona do euro, e no Brasil uma forte queda no **índice BOVESPA** e um aumento no preço do dólar.¹¹⁸

4 PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL

O Sistema de proteção social no Brasil tem uma referência temporal à década de 30 do século XX, com medidas de maior monta para os trabalhadores, como forma de garantir a continuidade de modelo de produção implantado nas duas primeiras décadas do século XX, e ainda para conter o movimento dos trabalhadores, já bem evidenciado. Sendo criado por pressão dos trabalhadores, as primeiras ações de atenção ao trabalhador, que foi determinante para a seguridade social no Brasil¹¹⁹.

O contexto socioeconômico reflete um cenário político conduzindo a um caos no setor produtivo e greves trabalhistas. Ao assumir a Presidência da República em 1930 até 1945, Getúlio Vargas, que se propunha a um governo populista, adota uma política austera que culmina com um governo ditatorial. As medidas de con-

118 A crise de 2008. www.politize.com.br. Acessado em 30.05.2021.

119 A criação das Caixas de Aposentadorias de Pensões-Caps, culminando com a Lei Eloy Chaves, para a implantação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

tensão são mescladas por políticas para a classe trabalhadora, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salário mínimo, entre outros, que deixamos de apontar, para focar a atenção para os programas de transferências de renda.

A segunda guerra mundial no início da década de 1940 trouxe resultados nefastos sobre praticamente todos os países que diretamente ou indiretamente participaram do confronto. Se nos países capitalistas centrais o modelo de proteção cujo foco principal era garantir que o capital não sofresse abalos tais como ocorreu em 1929, no Brasil é criado a Legião Brasileira de Assistência – LBA, que institucionaliza os serviços sociais, tendo presidente a Senhora Darcy Vargas, esposa do Presidente da República, atrelando a assistência social à benemerência da primeira dama, o que deu origem ao primeiro damismo:

A participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial, no início da década de 1940, através da Força Expedicionária Brasileira – FEB, vai servir de pretexto para que o Estado institucionalize os serviços sociais, especialmente no âmbito da assistência social, com a criação da Legião Brasileira de Assistência – LBA, sob a presidência de Dona Darcy Vargas, por Decreto-lei em 15 de outubro de 1942. [...] É assim que a assistência social vai ser associada à figura da primeira-dama no Brasil. [...] Na verdade Getúlio cria uma instituição de bem-estar social para a atuação da primeira-dama. Ele institui a sua esposa na presidência da LBA com o objetivo de buscar a legitimidade do seu governo mediante a tática do assistencialismo de dominação pública. (TORRES, 2002, p. 85/86).

A situação caótica do Estado brasileiro segue nos governos seguintes, mais uma vez Getúlio Vargas assume a Presidência da República em 1951, desta feita através do voto direto, para um governo de 05 anos, que foi interrompido, em agosto de 1954, com o seu suicídio. Desde a sua criação até a sua extinção, a LBA promovia o assistencialismo no âmbito público, mesmo com a promulgação da Constituição Brasileira, em 05 de outubro de 1988, que instituiu a Política de Seguridade Social, composta pelas políticas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social.

As primeiras ideias de transferência e/ou redistribuição de renda como combate à pobreza e possibilidade de política pública surge no ano de 1991, através do projeto de lei do Programa de Garantia de Renda Mínima – PGRM, de autoria do então senador Eduardo Suplicy. Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, nos períodos de 1995 a 1998 e de 1999 a 2002, extinguiu a LBA, instituindo o Programa Comunidade Solidária que conclamava a sociedade civil e a iniciativa privada a combater a pobreza, como é traço de um Estado neoliberal. Nessa proposta a exemplo da LBA, a primeira-dama estava na linha de frente dos trabalhos, com clara orientação neoliberal e de promoção política do mandatário do país.

[...] o Programa Comunidade Solidária assume essa característica ideopolítica bem definida. [...] não só promove o desmanche dos direitos sociais, mostrando-se desfavorável à consolidação da assistência social como política pública, conforme estabelece a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Assistência Social, como também dá plenas condições ao trabalho político-partidário da primeira-dama, a qual visita todos os Estados mostrando-se preocupada com os problemas sociais, envolvendo em suas ações órgãos federais de credibilidade, como as universidades e alguns ideólogos da socialdemocracia. [...] o Programa Comunidade Solidária representa uma forma efetiva de se manter o conservadorismo próprio do populismo tradicional no campo da assistência social, que mantém as classes subalternas sob a dominação paternalista do Estado por meio da Benemerência. (TORRES, 2002:105)

O Senador Eduardo Suplicy foi o idealizador do processo de construção dos Programas de Transferência de renda para o Brasil. Não obstante sua intenção, não houve aceitação imediata. As primeiras ações, de acordo com Silva e Silva; e Lima (2010) iniciaram em 1991, com transferência monetária a famílias que tivessem crianças de 05 a 16 anos em escolas públicas; nos anos seguintes foram instituídos novos auxílios, como bolsa escola, Bolsa alimentação, bolsa renda, vale gás, entre outros), ao assumir a Presidência da República em 2003, Luís Inácio Lula da Silva, com a unificação de todos os programas, sendo transformado em Programa bolsa-família e consolidar o Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) como base de dados e de gestão do Bolsa Família.

Quando o presidente Luiz Inácio Lula da Silva tomou posse, em janeiro de 2003, encontrou um sistema de programas sociais de transferência de renda espalhados por vários ministérios, com diferentes listas de beneficiários e critérios para recebimentos de benefícios. Esse sistema “espalhado” foi submetido a um processo de unificação, decisão que exigiu, entre outras coisas, o recadastramento e a unificação dessas listas e a redefinição de critérios. (WEISSHEIMER, 2006, p. 32)

Os recursos ao Cadastro Único e o Índice de Gestão Descentralizada (IGD)¹²⁰ são ferramentas muito criativas e de extrema utilidade na gestão e controle do Programa e que não tiveram, ainda, toda a sua potencialidade explorada. As condicionalidades, como forma de aquisição de capital humano são, também, boas ideias, que podem ser aperfeiçoadas, e, no material estudado, surgiram

¹²⁰ Índice de Gestão Descentralizada (IGD) do Programa Bolsa Família (PBF) e do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadastro Único) representa uma estratégia inovadora para medir o desempenho de cada município, estimular resultados cada vez mais qualitativos e compor a base de cálculo de recursos a serem transferidos aos municípios para que possam ser aplicados no aperfeiçoamento da gestão local do PBF e do Cadastro Único.

algumas sugestões bastante interessantes, mas que não é o objeto desse estudo. Os custos do Programa indicam que é possível ao governo continuar bancando as transferências que faz hoje, podendo inclusive, incrementá-las. Os resultados e os impactos positivos nas economias locais indicavam que estes gastos uma ótima relação custo/ benefício.

É importante ressaltar que o Cadastro Único reúne informações sobre as famílias de baixa renda, sobre cada um de seus integrantes e sobre as condições dos domicílios que moram permitindo ao governo conhecer por meio deste cadastro as reais condições de vida da população. Estas informações são essenciais na hora de selecionar as famílias para programas, seja de estados e municípios, pois utilizam os dados do Cadastro Único para selecionar seu público beneficiário. Assim como outros, o Programa Bolsa Família tem seus critérios e seleciona, a partir deles, as famílias no Cadastro Único.

Em conformidade com a Lei 10.836/04 e pelo Decreto 5209/04, o Programa Bolsa Família possui condicionalidades, que atrela o recebimento do benefício ao cumprimento de obrigações junto à escola e saúde, além de possuir estas condicionalidades, trabalha com benefícios, onde cada um tem seu valor e suas características, sendo que o valor do benefício pago a cada família varia de acordo com a renda mensal por pessoa e com o número de crianças e adolescentes de até 15 anos, gestantes, nutrizes e jovens de 16 e 17 anos.

Segundo Colin e Pereira:

Na última década, os avanços no PBF, no Cadastro Único e no SUAS contribuíram para se consolidar no Brasil um modelo de proteção social no campo da Assistência Social que articula acesso à renda e acompanhamento familiar pelos serviços socioassistenciais, o que tem viabilizado o enfrentamento das situações de pobreza em sua multidimensionalidade. (2013, p.122)

Com atenção à garantia de renda e também a vulnerabilidades e riscos sociais, este modelo tem buscado, além de assegurar mínimos sociais, a ampliação do acesso a serviços, direitos e oportunidades, visando materializar melhorias nas condições de vida das famílias e ampliação de sua capacidade protetiva e de respostas à vulnerabilidades e riscos.

Para tanto o Bolsa Família é citado por alguns analistas como sendo um dos responsáveis pela redução do índice de miséria no Brasil, que caiu 27,7% entre 2002 e 2006. Outros motivos para a redução para a miséria no país têm sido a melhoria do mercado de trabalho, programas sociais como o Programa Bolsa-Família e os ganhos reais dos salários mínimos. Em 2009, com o recadastramento

das famílias beneficiadas, várias cidades brasileiras atingiram a meta prevista de recadastrar 50% ou mais das famílias. Segundo Silva, Yazbek e Giovanni (2004):

A inclusão de novas famílias no Bolsa-Família ocorre pela inclusão no Cadastro Único, enquanto pré-requisito de inserção, e a seleção das famílias fica condicionada ao atendimento dos critérios de elegibilidade estabelecidos. As famílias têm liberdade na aplicação do dinheiro recebido e podem permanecer no programa enquanto houver a manutenção dos critérios elegibilidade, desde que cumpram as condicionalidades determinadas pelo programa, quando oferecidas as condições no âmbito do município (p. 139, 140).

O Programa Bolsa Família se consolidou enquanto uma política de Estado e hoje figura como um dos elementos centrais das políticas sociais brasileiras, em um patamar incontornável dentro da proteção social. O pagamento direto às famílias via cartão magnético, dá transparência ao gasto público, reduz os custos operacionais e fortalece a autonomia do usuário. Trata-se, como afirmado em mais de um trabalho neste volume, de uma provisão institucionalizada e articulada de acesso a um amplo conjunto de direitos, que promove inclusão social e amplia a cidadania. (CAMPELLO, 2013).

Outro programa de transferência de renda existente no Estado brasileiro é o Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social – Loas, Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência¹²¹ e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.¹²²

Os critérios para receber esse benefício são excludentes no tocante ao valor de referência, que é de uma renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, deixando muitas pessoas hipossuficientes sem o recebimento. A operacionalização do BPC ficou a cargo do Instituto Nacional de Seguros Sociais, embora integrante da Política Nacional da Assistência Social, justificado pela falta de logística das instituições municipais que desenvolvem esta política, considerando a descentralização dos programas para as esferas de execução.

121 A utilização do termo pessoa portadora de deficiência, foi substituído por pessoa com deficiência, conforme aprovação da PEC 25/2017 que substitui, em dez artigos da Constituição, expressões como “pessoa portadora de deficiência” ou “portador de deficiência” por “pessoa com deficiência”. A padronização segue uma definição da Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas.

122 . O critério de idade foi modificado a partir das determinações da Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994 e do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que reconheceram a pessoa idosa, aquela com 60 anos ou mais, para efeitos dos benefícios de qualquer natureza.

5 O AUXÍLIO EMERGENCIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA

O auxílio emergencial estabelecido pela Lei n. 13.982, de 02 de abril de 2020, muito em função da pressão dos movimentos sociais e partidos políticos de esquerda, como única e importante força para frear as determinações da lógica capitalista neoliberal presente neste governo, estabeleceu o pagamento de 03 (três) parcelas no valor de R\$600,00 (seiscentos reais), podendo alcançar ao valor máximo de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) ser recebido por até duas pessoas do grupo familiar, com requisitos cumulativos, para ser incluído no benefício.

A Lei estabelece critérios e requisitos, mas não diz quando será liberado, as pessoas buscavam a inscrição on-line, muita dificuldade para o acesso, congestionamento do site, incerteza da sua inclusão, uma vez incluído, quando seria pago.

Processos angustiantes são manifestados nas redes sociais e amplamente divulgados na mídia televisiva, cresce o número de óbitos, com isso o medo da contaminação, inexistência de um programa de prevenção e controle da pandemia, medidas incipientes em nível local, a pandemia sendo transformada em disputa partidária, tudo isso aumenta o sofrimento das pessoas, muitas destas sequer tem o alimento para si e para os seus familiares.

O pagamento, ou melhor a liberação do recurso, ocorreria inicialmente para uso digital, quando o beneficiário poderia usar o “dinheiro” para pagar contas e boletos por meio do aplicativo da CAIXA TEM, fazer compras usando o cartão de débito virtual em estabelecimentos físicos por meio de *QR Code*. Saques ou transferências, cerca de um mês após o depósito, o dinheiro estaria liberado para depósito e/ou transferido para qualquer conta, sem custos da operação.

A primeira parcela foi liberada em maio de 2020, para quem já estivesse com o cadastro aprovado, as demais parcelas nos meses subsequentes, havendo sempre quem ainda estivesse no processo de tentar aprovação, com recursos intermináveis, muitas pessoas não conseguiram, embora fosse elegível, pelo critério exigido, assim como muitas pessoas com renda superior ao teto limite receberam, não sendo muito lógico tal situação, entre estes, funcionários públicos das três esferas de governo.

Houve aumento no número de parcelas, em relação à proposta inicial, em 2020 foram pagos em 05 (cinco) parcelas no valor R\$ 600,00 (seiscentos reais) podendo alcançar até R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) e mais 04 (quatro) com o valor reduzido no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais). Neste ano de 2021, o governo retomou o pagamento do auxílio emergencial, nas mesmas condicionalidades do ano de 2020, em princípio serão 04 (quatro) parcelas, cujo valor ficou no mínimo de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e no máximo R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), para recebimento nos meses de abril a julho do corrente ano.

A população beneficiada ficou sem receber qualquer renda por mais de 90 (noventa) dias, a depender exclusivamente da existência dos trabalhos solidários, desenvolvidos por entidades não governamentais, a exemplo da CUFA¹²³ e outras iniciativas de movimentos sociais, cujo aquisição dos gêneros alimentícios, material de higiene e proteção da COVID-19, depende da doação de terceiros, por não dispor de verba própria.

De acordo com a CONTRAT¹²⁴, em matéria publicada em 04.04.2020, o governo concedeu a gorda quantia de R\$1,2 trilhão e sem nenhuma contrapartida social, com o objetivo de “dar mais liquidez” e “fazer caixa” para as instituições financeiras, como disse o próprio presidente do Banco Central, Roberto Campos Neto. A leitura que a matéria traz é que com este valor destinado a instituições financeiras privadas, seria possível estender a dita “renda mínima” para dois bilhões de pessoas (quase dez vezes a população do Brasil), se dividíssemos por este ínfimo valor de R\$ 600 por pessoa. Ainda por esta matéria, mesmo diante da maior calamidade global desde a segunda guerra mundial, a pandemia do coronavírus, o governo brasileiro mostra claramente de que lado está: do mais poderoso e rico setor da economia do país, o cartel dos bancos. O povo e as pequenas e micros empresas que fiquem com as sobras, que além de serem irrisórias, demoram a sair. E ainda que o ministro da Economia Paulo Guedes alega problemas “com a burocracia do Estado” para explicar a lentidão na hora de liberar os recursos para quem mais precisa, o que não existe quando o assunto é conceder dinheiro público para os banqueiros.

Em 05.05.2020, o Poder360¹²⁵ publicou que o auxílio emergencial (*coronavoucher*), pago a pessoas em situação de vulnerabilidade por causa da pandemia de covid-19, deve custar R\$ 321,8 bilhões aos cofres públicos. Segundo a nota, Parte inferior do formulário o governo não tem recursos para o pagamento do benefício. Por conta do estado de calamidade pública, o governo deixou de cumprir neste ano a meta de déficit primário, de R\$ 124,1 bilhões, que é o rombo nas contas públicas definido no Orçamento. Deixando de cumprir algumas regras fiscais e pode se endividar para pagar o benefício e outras ações no combate à crise econômica decorrente da pandemia, que estima gastar R\$ 584 bilhões em ações no combate à covid-19 em 2020. Em decorrência o país deve terminar o ano com rombo de R\$ 866,4 bilhões, que representa 12,1% de tudo que é produzido pela economia em 1.

123 CENTRAL ÚNICA DAS FAVELAS – CUFA, cujo trabalho assistencial se estende por vários Estados brasileiros.

124 CONTRAF- Confederação Nacional dos trabalhadores do Ramo Financeiro, filiada à Central Única dos Trabalhadores – CUT.

125 Poder360:

A Oxfam Brasil e Datafolha¹²⁶ realizaram pesquisa no período de 07 a 15.12.2020, entrevistaram 2.079 pessoas em 130 municípios de pequeno, médio e grande porte, das 05 (cinco) regiões brasileiras, publicado neste mês de maio de 2021, com o título: NÓS E AS DESIGUALDADES: Percepções sobre desigualdades no Brasil. Entre os temas pesquisados, a percepção sobre POLÍTICAS PÚBLICAS E PANDEMIA: Papel de programas de transferência de renda.

Na análise dos resultados, o auxílio emergencial é contextualizado:

Estudos apontam que o auxílio emergencial foi responsável por reduzir a pobreza extrema no Brasil aos menores níveis já registrados na história, um feito notável quando se considera a gravidade da crise econômica decorrente da pandemia. Segundo o FGV Social, Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, em agosto de 2020 a população vivendo abaixo da linha da pobreza extrema chegou a 4,5%; como comparação, a população vivendo em condição de miséria no final de 2019 somava 11%.¹⁶ Economistas apontam que o auxílio emergencial contribuiu para mitigar a queda do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil em 2020. Não obstante ao seu inegável efeito positivo, o auxílio emergencial não foi renovado no final de 2020, o que contribuiu para reverter os efeitos benéficos do programa de transferência de renda já nos primeiros meses de 2021.¹⁸ A parcela da população vivendo em condição de miséria, que havia chegado ao mínimo histórico de 4,8% em agosto de 2020 e atingido 8,5% em dezembro – já refletindo a diminuição do benefício pela metade a partir de setembro, bateu 12,8% em janeiro de 2021, taxa mais alta desde o início dos anos 2010. Desde meados de fevereiro de 2021, discutia-se a renovação do auxílio emergencial, porém por tempo limitado, com parcelas reduzidas e para menos beneficiários. O novo auxílio emergencial passou a ser pago apenas em abril de 2021. (2021: 34).

Para a pergunta: Concordância/discordância sobre as afirmações “O auxílio emergencial deve se tornar permanente após o fim da pandemia para as pessoas que têm direito hoje” e “O auxílio emergencial deve se tornar permanente após o fim da pandemia para todas as pessoas”. Foi obtido o seguinte resultado:

62% dos brasileiros concordavam total ou parcialmente com a permanência do auxílio emergencial após o término da pandemia para as mesmas pessoas que tinham direito em dezembro de 2020; 36% discordavam sobre a continuidade. Quando se considera a manutenção do auxílio emergencial no pós-pandemia para todos os brasileiros, a maioria dos respondentes discordava, porém com uma margem pequena: 51% contra 47% (2021:34).

126 OXFAM BRASIL: Organização Humanitária – não-governamental em São Paulo.

Esse resultado pode ser entendido como a população não perceber a obrigação do Estado, no atendimento das suas necessidades ou ainda de parcela significativa desta mesma população sequer ter percebido a crise econômica com proporções praticamente na mesma dimensão da crise sanitária.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo discute o auxílio emergencial como proposta governamental para suprir as necessidades básicas da classe trabalhadora, no Estado brasileiro, em decorrência da Pandemia do Coronavírus.

A estrutura econômica do Brasil, enquanto um estado capitalista neoliberal periférico, assim como os demais países que tem essa orientação econômica, trata uma política que atende aos interesses dos capitalistas em detrimento das condições a que se encontram submetido aqueles que precisam vender a sua força de trabalho para garantir a sua subsistência.

A crise econômica brasileira não surgiu com a pandemia do Coronavírus, esta já existia em data bem anterior ao final do ano de 2019, resultado da ausência de políticas efetivas que garantissem emprego e renda para todos/as.

Embora não se possa apontar como recente o arrojo econômico que o país se encontra, é possível afirmar que o desmonte das políticas pública, nos setores essenciais como educação, saúde, emprego e renda, foram tornando-se cada vez mais recrudescente.

O cenário pandêmico escancarou a crise, visto que o governo não promoveu o atendimento da população, de forma a garantir aos mesmos uma renda de subsistência e nem empreendeu nas ações de controle do Coronavírus.

Convém trazer para a reflexão os efeitos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu um Novo Regime Fiscal a partir de um teto de gastos públicos, inclusive em áreas prioritárias, como saúde e educação, por 20 anos.

Outro aspecto a ser considerado é a prioridade e rapidez no socorro a instituições financeiras no valor de R\$1,2 trilhão e sem nenhuma contrapartida social, em comparação aos R\$ 321,8 bilhões para pagamento do auxílio emergencial.

O auxílio emergencial proposto pelo governo federal foi publicado no Diário Oficial da União em 17.04.2020, através da Portaria nº 58, de 16.04.2020, em conjunto com a nota técnica 20/2020, da Secretaria Especial Desenvolvimento Social, com orientações gerais acerca da regulamentação do benefício, com caráter de excepcionalidade, embora na Lei Orgânica da Assistência Social –LOAS, em seu Art. 22, prevê o pagamento de um benefício de natureza eventual, em situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública, portanto o coerente era

determinar o pagamento deste benefício para a população que se encontre em situação de vulnerabilidade financeira , enquanto perdurar a situação de calamidade decorrente da pandemia.

Quanto à satisfação das necessidades básicas e imediatas da população hipossuficiente, aponta para não ser alcançado esse patamar, pois não há regularidade no repasse destes valores, incerteza da sua continuidade, burocratização ao acesso, regulação do uso, favorecendo a classe empresarial, impedindo inclusive que este benefício possa favorecer ao pequeno comerciante.

Assim, concordando com o posicionamento da Oxfam Brasil, o auxílio emergencial deve ser assegurado enquanto não houver condições sanitárias e econômicas efetivamente seguras para todos os trabalhadores e todas as trabalhadoras, com um valor que possibilite a manutenção de renda e condições de vida digna. A partir dele, deve-se aprofundar o debate sobre o estabelecimento de programa de transferência de renda permanente, permitindo que o/a beneficiário/a do programa possa utilizar da forma que melhor atenda aos seus interesses.

REFERÊNCIAS

BEHRING, Elaine Rossetti; Boschetti, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2006. – (Biblioteca Básica de Serviço Social; v.2)

BOSCHETTI, Ivanete. Os custos da crise para a política social pag. 64 a 85. In: BOSCHETTI, Ivanete et al.(orgs). **Capitalismo em crise, política social e direitos**. São Paulo: Cortez, 2010. Disponível em:<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/04/2020&jornal=600&pagina=1> . Acesso em: 2. nov. 2021.

BRASIL . **Agência Brasil** . Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-anodi-do-de-fazer>. Acesso em: 2. nov. 2021.

BRASIL . **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/04/2020&jornal=600&pagina=1> . Acesso em: 2. nov. 2021.

BRASIL . Ministério do Desenvolvimento Social. **Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica da Assistência Social: Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm Acesso em: 2. nov. 2021 .

BRASIL . Ministério da Cidadania Secretaria Nacional de Renda de Cidadania (Senarc), gestor federal do programa Bolsa Família (PBF) e do Cadastro Único. Disponível em:

[https://www.mds.gov.br/publicacao/ManualIGD-CADERNO DO IGD-M, 2018.](https://www.mds.gov.br/publicacao/ManualIGD-CADERNO_DO_IGD-M,2018) www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/bolsa_familia/Guias_Manuais/ManualIGD.pdf . Acesso em: 2. Nov. 2021.

BRASIL. RÁDIO SENADO. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2019/03/12/senado-aprova-pec-que-padroniza-referencia-de-pessoas-com-deficiencia-na-constituicao> . Acesso em: 2. nov. 2021.

BRASIL. **Lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958** . Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/> . Acesso em: 2. nov. 2021.

CAMPELLO, Tereza. **Bolsa Família – dez anos de Contribuição para as Políticas Sociais**: Uma década derrubando mitos e superando expectativas. Brasília. 2013.

CONTRAF . Disponível em: <https://www.bancariosrio.org.br/index.php/noticias/item/4429-ajuda-do-governo-para-os-bancos-pagar-ia-renda-minima-para-dois-bilhoes-de-pessoas> . Acesso em: 2. nov. 2021.

COLIN, D.R.A; PEREIRA, J.M.F. Integração entre Serviços e Benefícios no Brasil. (100-133). In: Cruz, José Ferreira da et al. **Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social/Organizadores**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Brasília: MDS, 2013, 248p.

LIMA, Antonia Jesuíta de; SILVA, Maria Ozanira Silva (coord.). **O Bolsa Família no enfrentamento à pobreza no Maranhão e Piauí**. Teresina: Editora Gráfica da UFPI, 2008.

LIMA, Valéria Ferreira Santos de. **Avaliando o Bolsa Família**: unificação, focali-

zação e impactos. São Paulo: Cortez: 2010.

MALTHUS, Thomas Robert. **Princípios de Economia Política**: considerações sobre sua Aplicação Prática - Ensaio sobre a população São Paulo: Círculo do Livro Ltda. 1996.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3041, 29 out. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20310>. Acesso em: 30 maio 2021.

NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. **Economia Política**: uma introdução crítica. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2007. (Biblioteca Básica de Serviço Social: v.1)

OMS/OPAS. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> . Acesso em: 2. Nov. 2021.

PAIVA, Luís Henrique; Falcão, Tiago; Bartholo, Leticia. Do Bolsa Família ao Brasil sem miséria: um resumo do percurso brasileiro recente na busca da superação da pobreza extrema. **One Pager**. Brasília, n. 228, nov. 2013.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. – 4. Ed. – São Paulo, 2007.

POCHMANN, Marcio. **Crise de 1929, oitenta anos depois**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=663:crise-de-1929-oitenta-anos-depois&catid=88:presidencia&directory=398 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/188> . Acesso em: 2. Nov. 2021

PODER 360 . Disponível em: [https://www.poder360.com.br/economia/auxilio-emergencial-custara-r-3218-bilhoes-aos-cofres-publicos/#:~:text=O%20aux%C3%ADlio%20emergencial%20\(coronavoucher\)%2C,2020](https://www.poder360.com.br/economia/auxilio-emergencial-custara-r-3218-bilhoes-aos-cofres-publicos/#:~:text=O%20aux%C3%ADlio%20emergencial%20(coronavoucher)%2C,2020) . Acesso em: 2. nov. 2021

POLANYI, Karl. – 1896 – 1964. **A grande Transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrobel . . 2d. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POLITIZE . Crise financeira de 2008: você sabe o que aconteceu? Disponível :

<https://www.politize.com.br/crise-financeira-de-2008/> . Acesso em: 2. Nov. 2021.

PONTES, Reinaldo Nobre. **Cidadania x pobreza a dialética dos conceitos na política social na era FHC**. Curitiba: Appris, 2013.

SHONS, Selma Maria. **A Assistência social entre a ordem e a “des-ordem”**: mistificação dos direitos sociais e da cidadania. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SIQUEIRA, Luana. **Pobreza e Serviço Social**: diferentes concepções e compromissos políticos. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. O Debate sobre a pobreza: questões teórico-conceituais. In: **Revista de Políticas Públicas/Universidade Federal do Maranhão**, Unidade de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, v.6, n.2, São Luís: EDUFMA: 2006.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda de cidadania**: a saída é pela porta. 5 ed. São Paulo: Cortez: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008.

TORRES, Iraildes Caldas. **As primeiras-damas e a assistência social**: relações de gênero e poder. – São Paulo: Cortez, 2002.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa Família**: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

YAZBEK, Maria Carmelita; GIOVANNI, Geraldo Di. **A política social Brasileira no século XXI**: a prevalência dos programas de transferência de renda. São Paulo: Cortez, 2004.

SOBRE OS AUTORES

Wilson Steinmetz

É doutor em Direito (25.02.2003) e mestre em Direito (20.06.2000) pela Universidade Federal do Paraná; bacharel em Direito (12/1995), especialista em Filosofia (07/1990) e licenciado em Filosofia (12/1988) pela Universidade de Caxias do Sul. É docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado acadêmicos) da Universidade de Caxias do Sul e do Programa de Pós-Graduação em Direito ((Doutorado e Mestrado acadêmicos) da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, interpretação constitucional, teorias da Constituição, teoria constitucional do Estado e Constituição e meio ambiente. Interessa-se também por outras disciplinas do Direito do Estado e por Teoria do Direito. É membro do Conselho Editorial e Editor Assistente da revista Espaço Jurídico: Journal of Law (ISSN 2179-7943). É parecerista da revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos (ISSNe 2177-7055, UFSC), da Revista Quaestio Iuris (ISSN 1516-0351, UERJ), da revista Veredas do Direito (ISSN 2179-8699 online e ISSN 1806-3845 impressa, Escola Superior Dom Helder), da Revista Culturas Jurídicas (ISSN 2359-5744, UFF), da Revista Jurídica Cesumar Mestrado (ISSN 1677-6402) e da Pensar ? Revista de Ciências Jurídicas (e-ISSN-2317-2150). É membro do Conselho Editorial e parecerista da revista Direitos Fundamentais & Justiça (ISSN 1982-1921, PUCRS) e da Revista da Ajuris (ISSN 1679-1363). É avaliador do CONPEDI. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0519-6201>

Fábio Gondinho de Oliveira

Doutorando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Lavínia Helena Macedo Coelho

Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela

Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Membro do TRE/MA e Diretora da EJE/TRE.

Paulo Brasil Menezes

Doutorando em Direito do Estado / Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Granada (UGR/Espanha). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com internacionalização acadêmica nas Universidades de Granada (UGR/Espanha) e Nova de Lisboa (FDUNL/Portugal). Foi pesquisador visitante no Centro de Investigación de Derecho Constitucional Peter Häberle da Universidade de Granada. Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com a realização de pesquisas como bolsista de iniciação científica CNPq/PIBIC. Formador, Tutor e Membro do Núcleo de Estudos Avançados e Contínuos da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (ESMAM) e da Escola Judiciária Eleitoral do Maranhão (EJE/MA). Autor dos livros (Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global - Ed. Lumen Juris - 2020) e (Fake News: modernidade, metodologia e regulação - 2. ed. Ed. Juspodivm - 2021). Juiz de Direito no Estado do Maranhão. Coordenador do NUCODE (Núcleo de Combate à Desinformação do TJMA). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla (título revalidado pela UFPE). Professor Permanente do Mestrado e do Doutorado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD UNOESC). Professor Colaborador do PPGD UFPEL. Editor-Chefe da Revista Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL], Qualis Capes A1. Membro do Comitê Científico do periódico Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades (Universidad de Sevilla - España). Avaliador ad hoc de periódicos especializados. Advogado constitucionalista. Desenvolve suas pesquisas sobre Direitos da Personalidade, Novas Mídias e Sociedade do Consumo, com estudos sobre Direito da Comunicação Social, focados nos seguintes temas: direitos humanos,

direitos fundamentais, sociedade do consumo, liberdade de expressão, direitos da personalidade e novas mídias. Sua pesquisa recebeu auxílio do CNPq, CAPES-PROMOB, FAPEG, FUNADESP e UniEDU-SC. [ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-9343-5358>].

Robison Tramontina

Coordenador do Programa de Pós - Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC- CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos/Fundamentais e Teorias da Justiça. Os principais temas de pesquisa são: a) Teorias da Justiça; b) Justiça Distributiva e os direitos fundamentais; c) Filosofia da Segurança Social, d) Fundamentos filosóficos do Mundo do Trabalho e e) Obrigações Políticas. Revisor de diversos periódicos. ORCID: 0000-0002-1852-4983.

Anderson Sobral de Azevedo

Doutorando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unesc. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa - Portugal, com reconhecimento pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade CEUMA - UniCEUMA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor da Escola da Magistratura do Maranhão (ESMAM). Professor Convidado da Faculdade de Ciência e Tecnologia do Maranhão (FACEMA). Atualmente é Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão, exercendo a função de Supervisão das Serventias Extrajudiciais. Membro do Grupo Operacional do Centro de Inteligência do Poder Judiciário, nomeado pela Portaria nº 75 de 10/03/2021, do Conselho Nacional de Justiça. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Economia da UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa e Estudos Proteção das Liberdades na Sociedade de Controle da UNOESC, onde desenvolve estudos de doutorado sobre os avanços da Neurotecnologia e seus impactos na Privacidade. Tem experiência acadêmica na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Filosofia e Teoria do Direito Privado, e Direito e Economia, atuando principalmente nos seguintes temas: Metodologia da Ciência Jurídica, Pragmatismo Jurídico, Teoria Geral do Negócio Jurídico, Direito dos Contratos.

Karla Andrea Santos Lauletta

Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Doutora e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

Doutorando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Suellen Gardênia Santos Bastos

Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNO-ESC). Mestrado (2015) e Graduação em Ciências Sociais (2008) pela Universidade Federal do Maranhão. Graduação em Direito (2018) pela Faculdade Santa Terezinha - CEST. Pós Graduação em Gestão Pública (2019) pela Universidade Estadual do Maranhão. Possui experiência na área de Sociologia, Ciência Política, Antropologia e Direito, projetos de extensão e de pesquisa, com ênfase em Sociologia e Política Social envolvendo adolescentes, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Humanos, Movimentos sociais, Gênero, Medida Socioeducativa e Adolescente infratores. Nesse momento, tem estudado direitos fundamentais de adolescentes infratores e egressos das Unidade de Atendimento Socioeducativo do Estado do Maranhão. Atuou como professora do ensino médio e superior, onde lecionou disciplinas de Direito, Sociologia e Antropologia e suas extensões. Atualmente exerce a função de servidora pública estadual do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, tutora e orientadora de TCC na Universidade Estadual do Maranhão – (UEMANET).

Maria Zenilda Lira do Rego

Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestre em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social- PPGSS da Universidade Federal do Pará-UFPA.2016. Especialista em Serviço Social (UnB, 2010), Licenciatura em Disciplinas Profissionais

lizantes (UFMA,1990). Graduada em Serviço Social (UFMA. 1986). Analista Judiciário/Assistente Social do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão- TJMA, desde abril de 2006 até a presente data. Docente nos cursos de Serviço Social das Instituições de Ensino Superior: 1. Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão-UNISULMA, de dezembro de 2004 a junho de 2017, exercendo além das atividades docentes, a coordenação do Curso de dezembro de 2004 a fevereiro de 2006; Coordenadora de Estágio Curricular e Orientadora de trabalho de conclusão de curso. 2. Faculdade Pitágoras de Imperatriz: 2014 - Recebi a Comissão de Avaliação do MEC, para autorização do funcionamento do Curso. Coordenadora do curso de fevereiro a abril de 2015. Retornei à instituição como docente em disciplinas de Serviço Social de fevereiro de 2017 a dezembro de 2019. Nas duas instituições atuei como supervisora pedagógica de estágio curricular, bem supervisora técnica de estágio curricular, no Fórum de Imperatriz.

AUTORES CONVIDADOS

Anderson Sobral de Azevedo
Artur Gustavo Azevedo do Nascimento
Fábio Gondinho de Oliveira
Karla Andrea Santos Lauletta
Lavinia Helena Macedo Coelho
Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
Maria Zenilda Lira do Rego
Paulo Brasil Menezes
Robison Tramontina
Suellen Gardênia Santos Bastos
Wilson Steinmetz

ISBN: 978-65-993764-8-1



9 786599 376481

10-55339/9786599376498



TJMA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO



ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS
DO MARANHÃO



ESMAM
ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA
DO ESTADO DO MARANHÃO

