

## O DIREITO JUSTO NA LEI: Uma reflexão sobre a aplicação de uma teoria procedimental brasileira

LUCIANO MORGADO GUARNIERI<sup>1</sup>

### RESUMO

Hodiernamente, no espaço acadêmico se discute da possibilidade e da necessidade do conceito do justo estar positivado na norma. O assunto não é novo, pelo contrário, Aristóteles foi o primeiro a colocar tal questão em pauta. O conceito de norma (lei) passa por essa discussão. São Tomás de Aquino na idade média, claramente influenciado pelo filósofo grego, defendeu que a norma só seria norma se fosse justa. O direito sofre suas influências através dos meios de produção através dos tempos até chegarmos ao conceito moderno positivo/dogmático de lei. A partir desse novo paradigma surge um novo tema, o direito justo na lei poderia corrigir problemas sociais? Será possível através do direito melhorar a vida das pessoas? As teorias procedimentais, dentre elas a teoria *rawlsiana*, arrisca uma proposta. O Brasil sendo um país subdesenvolvido e de uma desigualdade social das maiores no cenário mundial, poderia se utilizar dos preceitos das teorias procedimentais com o auxílio do Poder Judiciário para alterar a situação *a quo*?

**Palavras Chaves:** O Direito Justo. Lei. Aplicação. Teoria Procedimental. Direito Brasileiro.

---

<sup>1</sup> Mestrando pela PUC-SP (núcleo de Filosofia do Direito), Especialista em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGVLaw/SP, Defensor Público no Estado de Minas Gerais. Co-autor: Aldo Botana Menezes, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - *Ius Gentium Conimbrigae* / Centro de Direitos Humanos (IGC). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Processor de Processo Civil na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema. E-mail: luciano.guarnieri32@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-4206-2288>

***FAIR LAW IN LAW: A reflection on the application of a Brazilian procedural theory***

**ABSTRACT**

*Hodiernly, in the academic space, the possibility and the need for the concept of fairness to be positively stated in the law are being discussed. The subject is not new, on the contrary, Aristotle was the first to put this question on the agenda. The concept of norm (law) goes through this discussion. In the middle ages, St. Thomas Aquinas, clearly influenced by the Greek philosopher, defended that the norm would only be a norm if it were just. Law suffers its influences through the means of production throughout time until we get to the modern positive/dogmatic concept of law. From this new paradigm a new issue arises: could the just law correct social problems? Is it possible through law to improve people's lives? Procedural theories, among them the Rawlsian theory, risk a proposal. Brazil, an underdeveloped country with one of the greatest social inequalities in the world scenario, could use the precepts of procedural theories with the help of the Judiciary to change the status quo?*

**Keywords:** Fair Law. Law. Enforcement. Procedural theory. Brazilian Law.

## INTRODUÇÃO

Na maioria dos países de democracias liberais as constituições possuem uma importância salutar no que tange a declaração dos direitos individuais, a propriedade em específico, a organização de estado, a valorização da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. O Brasil distintivamente, fez a opção por uma Constituição<sup>2</sup> analítica onde consagrou como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em meio as discussões de teorias mais sofisticadas, a teoria dos direitos fundamentais do professor alemão Robert Alexy possui importância destacada pelos constitucionalistas brasileiros. Em sinopse apertada, Virgílio Afonso da Silva ao esclarecer parte da teoria alemã, leciona que “*o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso de princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie*”<sup>3</sup>.

O maior problema das teorias estrangeiras é de que são construídas voltadas para os problemas sociais locais, motivo pelo qual, na maioria das vezes, não possuem aplicabilidade em sua inteireza em nosso território.

O Brasil possui peculiaridades que devem ser analisadas *cum grano salis*, para a elaboração de uma teoria que busque trazer opções para solucionar problemas do país, para isso, deve considerar as condições sociopolítico-econômicas inerentes. A importação de teorias sem a devida adequação acaba por não obter efeitos práticos que são sugeridos teoricamente. No entanto, cabe ressaltar a observação do filósofo e sinólogo francês, professor titular da Universidade de Paris VII, François Jullien:

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em 08 de dezembro de 2021.

<sup>3</sup> **SILVA**, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Editora: Melhoramentos, 2011, página 45.

“(...) Conjuntamente, o comum das culturas não poderá mais, doravante, ser entendido nem como síntese, nem como denominador, nem como fundamento, mas como o comum do inteligível, em contínuo desdobramento e guiado por esse universal “regulador”. Exemplo privilegiado: os direitos humanos. O ocidente não pode mais pretender exportá-los por seu conteúdo positivo, ensinando arrogantemente aos outros como viver: ao passo que sua vertente negativa, fazendo surgir a priori da recusa diante do que sua falta faz subitamente aparecer de incondicionalmente inaceitável, isto é, independentemente das perspectivas próprias das diversas culturas, vale como um universalizante eficaz e que não está desgastado”<sup>4</sup>.

O discurso por onde se introduz as narrativas teóricas justificam ou não as diferenças. Entretanto, como bem assevera François Jullien, os direitos humanos devem ser universalizantes. A discussão entre teoria do possível e mínimo existencial deve ser superada, pois a sociedade mundial é sabedora do que é essencial para a existência de uma vida digna.

No Brasil, as condições peculiares são constatadas, mapeadas muitas vezes, entretanto as iniciativas de mudanças de médio e longo prazo são abandonadas. A imediatidade buscada para solucionar problemas complexos geralmente não almeja os objetivos traçados inicialmente.

A proposta das teorias procedimentais de justiça, especialmente a rawlsiana é paradigma para a discussão de problemas encontrados na maioria dos países ocidentais, pois busca a construção de uma sociedade justa com os olhos voltados aos direitos mais essenciais aos seres humanos.

A deliberação popular sobre as prioridades que lhes são mais importantes para a sociedade em determinado espaço de tempo, a ponto de que todos tenham acesso garantido a essas escolhas, empoderam os cidadãos e representa a verdadeira prática da boa política.

## 1. O Justo na Lei

Desde tempos imemoriais a sociedade se debruça sobre o tema justiça e norma. Para ser forma de regulamentação social obrigatória, ou seja, norma, ela deve ser necessariamente justa? A filosofia, a literatura, se debruçam sobre o tema. A

---

<sup>4</sup> **JULLIEN**, François. **O Diálogo entre as Culturas: Do universal ao multiculturalismo**. Editora Zahar, página 16.

tragédia grega Antígona de Sófocles, escrita aproximadamente em 442 A.C., enfrenta esse tema tão tortuoso.

A personagem principal que dá o nome a tragédia, Antígona é filha da relação incestuosa de Édipo e Jocasta e, possui dois irmãos Etéocles e Polinices, que se mataram mutuamente em razão do trono de Tebas. Com isso ascende ao trono a figura de Creonte parente mais próximo de Jocasta, que determina como seu primeiro édito, que apenas o corpo de Etéocles receberia um cerimonial de acordo com as tradições religiosas e humanas. O corpo de Polinices deveria ser largado sem o direito de sepultamento e deixado para as aves de rapina e aos cães se alimentarem.

A decisão de Creonte revoltou Antígona que descumprindo o édito do rei, cobriu o corpo de Polinices com uma camada de pó o que significava a realização da ritualística sagrada de endereçamento do corpo aos céus. O rei Creonte se enfurece pois teve sua autoridade desafiada com o descumprimento de seu édito.

O guarda real descobre que Antígona<sup>5</sup> fora a descumpridora do édito e a encaminha até o rei Creonte. A tragédia ganha um embate de ideias. O rei Creonte defende a necessidade do cumprimento das normas como forma da manutenção do poder soberano. O rei é o representante de todos os habitantes de Tebas. De outro lado, Antígona defende o cumprimento da lei dos deuses, pois são mais antigas e tradicionais e, principalmente por serem superiores as leis dos homens.

A disputa travada nessa tragédia grega, é citada por muitos como sendo o nascedouro da discussão entre direito natural e direito positivo. Realmente, a questão do descumprimento da ordem por não ser justa leva, muitas vezes a uma reflexão detida da sociedade e, sobre seus meios de produção e de sua distribuição.

Para a compreensão do fenômeno jurídico, como bem alertado por Alysson Leandro Mascaro, *é preciso, acima de tudo, utilizar-se da ferramenta da história*<sup>6</sup>.

O direito tal qual se conhece hoje, é um fenômeno do modo de produção capitalista. Durante os períodos históricos, os quais os meios de produção foram o escravagista e o sistema feudalista, as sociedades eram estamentais, logo o direito

<sup>5</sup> **SÓFOCLES. Antígona.** Tradução Maria Helena Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

<sup>6</sup> **MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao Estudo do Direito.** Editora Atlas. página 01.

existia apenas de forma incidental (para algumas pessoas e determinadas situações) e, não para a totalidade das relações sociais.

Os fenômenos da igualdade formal, liberdade para contratar, autonomia da vontade, sujeito de direitos, são criações do capitalismo. O trabalho assalariado substitui a mão de obra escrava e feudal, dando origem a uma série de direitos e deveres que se desenvolvem através das relações (jurídicas) do cotidiano social.

A técnica jurídica acaba por influenciar as relações sociais do dia a dia. Tudo passa a ser direito. A compra em um supermercado (relação de consumo), a compra e venda de um imóvel (contrato entre partes), a relação de trabalho assalariado (direito do trabalho), o casamento (direito de família), a prática de um crime (direito penal) e aí por diante.

A revolução francesa de 1789 revelou a vitória de um grupo então preterido, a burguesia. O ideal burguês já propagado e defendido pelos iluministas, assume uma posição de rompimento com os estamentos sociais anteriores e propõe uma nova dinâmica onde a lei, além de ser um instrumento de preservação das relações entre particulares passa a controlar a atuação do Estado e, principalmente, a determinar sua atuação nos casos previstos na legislação.

Na verdade, ocorre uma substituição do denominado *jus justum pelo jus jussum*, o que significa dizer que para ser norma/lei não se faz necessário possuir uma carga avaliativa subjetiva. A ideia era trazer um caráter objetivo para a norma, evitando interpretações dispares. A proposta é interessante, entretanto, como é sabido o direito é um saber que deve ser aplicado nas relações humanas e, interpretado e julgado por seres humanos.

A interpretação da norma ganha relevância inestimável, pois passa a necessitar de critérios “objetivos” a serem observados pelos intérpretes. O estudo da interpretação, a hermenêutica ganha protagonismo com o intuito de uniformizar as conclusões. A proposta de neutralidade do direito sofre suas influências pré-existentes daquele que se encontra na posição de intérprete da norma.

O jurista Carl Von Savigny, teórico ligado a Escola Histórica, defendia de que o intérprete deve, necessariamente buscar a vontade da lei (*voluntas legis*) ou a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*). Entretanto, em sua fase mais madura, o jurista suíço, propõe que *as normas só poderiam ser interpretadas de acordo com os*

*anseios, a cultura, as necessidades e o ambiente social do tempo em que se as aplica*<sup>7</sup>.

Na contemporaneidade, o jurista Hans Kelsen em sua obra mais famosa Teoria Pura do Direito, afasta visões jusnaturalistas ou mais versáteis. A pretensão era aproximar o direito a uma visão mais científica, afastando as questões valorativas. Para Kelsen<sup>8</sup> existe apenas uma distinção para denominar a interpretação, ela pode ser autêntica ou doutrinária. A autêntica é aquela realizada pelo Poder judiciário, no exercício de sua função típica, capaz de influenciar a vida das pessoas no caso concreto. Já a doutrinária é a realizada por estudiosos ou operadores do direito.

No entanto, é possível colher na leitura de Hans Georg Gadamer na obra Verdade e método, de que a hermenêutica não se trata de uma leitura puramente abstrata, mas uma compreensão e será sempre uma pré-compreensão. Como bem leciona Alysson Mascaro:

“(...) compreender é um apreender com, ou seja, é uma tomada de entendimento a partir de uma determinada situação, construída socialmente. E, partindo necessariamente de um horizonte já dado, a compreensão é uma pré-compreensão. Muitas situações, valores, conhecimentos, posições de classe e visões de mundo já informaram previamente e historicamente aquele que compreenderá especificamente alguma questão, seja esta similar ou nova em relação ao seu referencial já instituído. Não é a partir de uma página em branco que se começa a interpretar os fatos, as normas e o direito. Previamente, já há um arcabouço de experiências vividas, de situações existenciais. A hermenêutica jurídica se faz a partir desse mundo já dado anteriormente. Por isso, nas palavras de Gadamer em sua obra clássica Verdade e método, a interpretação jurídica se faz com preconceitos. O jurista já tem uma visão de mundo, suas concepções, uma base de referências, sua posição perante a sociedade, e a hermenêutica jurídica se estende a partir dessa base inicial<sup>9</sup>. (...)”

A obra de Kelsen não considera o componente humano e sua relação com o mundo. Como bem esclarece Gadamer o ser humano está inserido num determinado

<sup>7</sup> **MASCARO**, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora: Atlas, página 152.

<sup>8</sup> **KELSEN**, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Editora Martins Fontes, página 32.

<sup>9</sup> **MASCARO**. Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas, página 157.

contexto social partilhando suas ideias e compreensão de mundo, o que o impossibilita uma visão e aplicação livre de suas experiências.

Logo, o justo na lei, muitas das vezes representa as posições de mundo do intérprete adquiridas pelas suas perquirições.

## 2. O Bom como Objetivo

No espectro das teorias procedimentais, se defende que o justo precede o bom. O pensamento de John Rawls, principalmente aquele defendido em *Uma Teoria da Justiça* de 1976, propõe uma teoria de concepção política deontológica e não metafísica.

Para os comunitaristas o bom precede o justo. Para o francês Paul Ricoeur, o *lado ético que necessariamente é teleológico deve prevalecer ao justo*<sup>10</sup>. O que seria legítimo afinal? Segundo Rodrigo Fuziger e Leandro Carneiro, *na tradição do ocidente, é possível notar que o justo está diretamente relacionado com o bom. A justiça, na ótica teleológica, é uma virtude e, por conseguinte, uma virtude que conduz ao bem. Compreendido assim, o justo deve sempre cultivar a virtude, isto é, aquilo que é entendido como bom para a sociedade. Paulatinamente, a história da filosofia mostra que a função passou de cultivo da virtude para a primazia da liberdade. Sob o argumento da racionalidade, o bom e o justo passaram a ser analisados como racional e razoável. Enquanto o racional representa a busca individual da satisfação dos interesses (o que remete ao bem), o razoável representa as limitações dos termos equitativos da cooperação social (o que remete ao justo), despontando as teorias que argumentam que o razoável pressupõe e condiciona o racional*<sup>11</sup>.

O próprio John Rawls, defende de forma expressa e como prioridade estrita a precedência do razoável em relação ao racional, ou seja, da prioridade do justo sobre o bem, e o fundamenta como sendo uma característica do construtivismo kantiano. De outro lado, para os comunitaristas o bem comum é condição *sine qua non* para a

<sup>10</sup> RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. Editora Martins Fontes, 2008.

<sup>11</sup> Disponível em:

<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2016/publicacoes/livro1/Leandro%20da%20Silva%20Carneiro%20e%20Rodrigo%20Fuziger.pdf> Acessado em: 06 de dezembro de 2021. CARNEIRO, Leandro da Silva e FUZIGER, Rodrigo. Em artigo: **A Teoria procedimental da Justiça como instrumento de construção da precedência do Justo sobre o bom à luz dos direitos humanos**.



existência de uma sociedade boa. Logo o bem precede o conceito de justo. O respeito a diversidade, as questões culturais, étnicas e religiosas, devem ir ao encontro do bem comum, pois o bom é possível ser apurado como um todo e para todos, entretanto o conceito de justo não pode ser imposto em desrespeito as diversas condições supramencionadas.

No entender de Michael Sandel, o conceito de justiça rawlsiano é só uma virtude para remediar. A teoria procedimental de justiça surge simplesmente porque não se permite (ou não se favorece) o desenvolvimento de outras virtudes mais espontâneas, mais ligadas a valores como a fraternidade e a solidariedade. A ideia de comunidade substitui a ideia de justiça. (*Apud: Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge University Press, 1982, de Sandel, Michael J.; Gargarella, Roberto. As teorias de justiça depois de Rawls. Editora Martins Fontes. Página 69.*)

A questão da precedência do bom em relação ao justo nos traz a inquietação milenar do diálogo necessário entre as culturas e o que possível delimitar como universal a todos. A proposta do bom como antecedente acaba por desafiar a sociedade a respeitar o desenvolvimento cultural como essência personalíssima muitas das vezes.

O ponto universalizante e por conseguinte nevrálgico para uma democracia que anseia ser inclusiva, acaba por ser o conceito e a amplitude de dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana cuida-se de um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O bem-estar social é fundado na igualdade e, essa igualdade não pode ser apenas restrita ao aspecto formal. O respeito as diferenças têm que ser suficientes para possibilitar uma vida boa para todos sem distinção de raça, cor, etnia, opções religiosas, dentre outros fatores. Esse é o grande desafio para as democracias contemporâneas. O economista indiano vencedor do prêmio Nobel, Amartya Sen esclarece:

“(...) Há evidentemente muitas diferenças entre os distintos modos nos quais o papel da argumentação pública na política e na ética discursiva pode ser visto. No entanto, a principal tese que estou tentando explorar aqui não é

ameaçada pela existência dessas diferenças. O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajudou a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública”<sup>12</sup>.

Como bem colocado por Amartya Sen, o mais importante para as sociedades contemporâneas é a compreensão que o conceito de democracia implica participação política efetiva de todos os interessados, a conscientização da necessidade da construção do bem comum através do diálogo que busque sempre, o consenso para o bem de todos.

### 3. A teoria procedimental como uma possibilidade

A proposta das teorias procedimentais, especialmente a rawlsiana, é propor princípios de justiça a fim de neutralizar os interesses daqueles que os elegem. Para Rawls a justiça se trata da primeira virtude das instituições sociais. As instituições básicas da sociedade não devem se destacar por serem organizadas e eficientes. Essas instituições devem ser obrigatoriamente justas. Se acaso, assim não forem, devem ser reformadas ou extintas. O objetivo de Rawls é combater principalmente o que considera o inimigo maior, o utilitarismo. O utilitarismo se trata de uma teoria política que ficara conhecida pela defesa e divulgação através de John Stuart Mill e Jeremy Bentham.

O utilitarismo em sinopse apertada, propõe em seu cerne maximizar a felicidade para um número maior possível de pessoas e minimizar a dor. A posição crítica de Rawls a respeito do utilitarismo se baseia em seu caráter consequencialista teleológico. A proposta de Rawls é ofertar uma teoria deontológica, segundo o qual a correção moral dependa das qualidades intrínsecas da ação.

A primeira proposta ofertada por John Rawls, é a formulação de dois princípios que o autor crê que seriam acordados na posição original.

<sup>12</sup> SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Editora: Companhia das Letras, página 53.

O 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.

O 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.<sup>13</sup>

O interessante da teoria rawlsiana é que os princípios serão eleitos e serão justos partindo de uma posição de equidade. Essa concepção de posição original visa obter uma posição de igualdade e imparcialidade, pois os legisladores estariam cobertos por um fictício “véu de ignorância” (*veil of ignorance*). Isso significa dizer, que nenhum deles conhece sua posição social, classe, cor, religião, inteligência, dentre outras características pessoais.

O filósofo político norte americano propõe um ponto de origem igualitário, a fim de justificar as diferenças desde que todos possam ter as mesmas oportunidades de saída.

Evidentemente, a proposta rawlsiana representa uma sociedade extremamente organizada e madura para que pudesse deliberar a respeito do que seria mais importante para a sociedade como um todo.

#### **4. A criação e aplicação de uma teoria procedimental para o Brasil**

A possibilidade de se criar uma teoria procedimental deontológica brasileira apesar de ser um desafio, deve ser planejada. Irrefutavelmente, deve ser levado em conta as características locais para um desenvolvimento crível da teoria. De início deve se considerar as características de um país subdesenvolvido, de dimensões continentais, onde a desigualdade social possui números alarmantes, muitas das vezes, superior ao continente africano.

Recentemente, o cenário da pandemia agravou ainda mais a situação social brasileira aumentando ainda mais o foço da desigualdade social e da distribuição de renda. Conforme pesquisa realizada em 2020 (ano de dois mil e vinte) pelo Instituto

---

<sup>13</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Editora Martins Fontes. 2013, página 73.

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>14</sup>, a parcela de 1% (um por cento) da população brasileira com maior renda mensal ganhava, em média 34,9 vezes mais que metade dos brasileiros com menores rendimentos. Conforme levantamento, no ano de 2020 (dois mil e vinte) o rendimento médio domiciliar per capita dos mais ricos foi de R\$ 15.816,00 (quinze mil, oitocentos e dezesseis reais) enquanto a renda média do grupo mais pobre foi de R\$ 453,00 (quatrocentos e cinquenta e três reais).

A realidade brasileira é diversa a dos países utilizados como base para a construção das teorias procedimentais, pois provenientes do continente europeu ou da América do Norte. A construção para uma teoria brasileira deve considerar a inexistência de uma educação, a saúde e habitação de qualidade a todos.

Com esse cenário, os legisladores numa posição original, cobertos com um véu de ignorância, escolheriam quais princípios como fundamentais? A realidade brasileira não permite fazer ilações teóricas em vista da realidade caótica existente.

Para a superação dessas questões peculiares em território brasileiro se faz necessário a adaptação de teorias estrangeiras extremamente influentes no país. Como bem assevera Boaventura de Sousa Santos<sup>15</sup>, deve-se fazer uma nova proposta de democracia onde se reconheça a insuficiência do modelo democrático liberal representativo, pois se trata de um modelo de baixa intensidade democrática. Ocorre uma distância muito grande entre representantes e representados, o que gera uma crise de representatividade e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social.

O Brasil é um país plural e possui uma Constituição que elenca valores e princípios que objetivam reduzir as desigualdades e erradicar a miséria. Para a busca de uma proximidade maior da igualdade o Estado deve agir. Segundo Boaventura de Sousa Santos *“temos o direito de sermos iguais quando a diferença nos inferioriza, e temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza, ampliando-se o conceito de justiça material de Aristóteles que estabelecia o*

<sup>14</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/11/19/parcela-de-1percent-com-maior-renda-no-brasil-recebe-quase-35-vezes-mais-que-a-metade-dos-mais-pobres-diz-ibge.ghtml> . Acessado em 07 de dezembro de 2021.

<sup>15</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática de justiça**. São Paulo, Editora Cortez, 2007, página 23.

*tratamento igual dos iguais e o tratamento desigual dos desiguais na medida de sua desigualdade*<sup>16</sup>.

Nos países subdesenvolvidos do terceiro mundo, se faz necessário uma atuação do direito como instrumento de inclusão, instrução e valorização de todos. As teorias que apresentam pouca alteração do *status quo* social está voltadas para realidades distintas onde o direito acaba tão somente por coordenar e estruturar as funções de estado e respeitar a autonomia individual de seus cidadãos.

Para a construção de uma democracia solidária e efetiva de fato, pondera Paola Cantarini<sup>17</sup>, só será possível com a existência de *cidadãos com consciência verdadeira e uma autonomia individual, fortalecedores da resistência aos poderes do desenraizamento, e a favor da produção do enraizamento, da valorização do que é próprio*.

A conscientização da sociedade da necessidade de formarmos cidadãos conscientes de nossas mazelas e da necessidade de combatê-las para o bem comum de todos é o primeiro passo. As teorias procedimentais, em especial a rawlsiana requer cidadãos conscientes das desigualdades estruturais existentes no país e sabedores da necessidade de políticas públicas para diminuí-las. Não se trata de benefícios que possam a vir ofender a igualdade e a construção da ilusão meritocrática.

O sociólogo Jessé Souza destaca que a reivindicação ligada a ilusão meritocrática, acaba por ter uma única justificativa, qual seja, a manutenção do *status quo*. Esclarece Jessé Souza:

“(...) Em grande medida, será que Honneth chama de mérito o elemento decisivo para a construção de discursos legitimadores de dominação social. Assim, do mesmo modo que ninguém negaria o mérito diferencial de um médico que descobre uma vacina que vai beneficiar milhões de pessoas, e que por conta disso irá desfrutar de nosso reconhecimento, existem também, por outro lado, precondições sociais para o mérito individual que são cuidadosamente retiradas da atenção do público. Assim constrói-se uma

<sup>16</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. **Demodiversidade. Imaginar novas possibilidades democráticas**. Editora Autêntica, página 62.

<sup>17</sup> CANTARINI, Paola. **Elementos para um Direito Emancipatório e contra-hegemônico**. Editora Lumen Juris, página 89.

verdadeira meritocracia como justificção de racismos de classes. Em países como o Brasil, os racismos de classe e de raça permitem até que o próprio princípio da igualdade jurídica seja atacado, tornando-o meramente formal para os excluídos e abandonados na base da pirâmide social, composta em sua maioria esmagadora por pessoas negras<sup>18</sup>.

O Brasil possui características peculiares, motivo pelo qual as teorias importadas do primeiro mundo não se encaixam facilmente. O direito no Brasil tem que ser emancipatório capaz de atender as necessidades sociais. O jurista italiano Luigi Ferrajoli, pontua a necessidade do Estado em executar políticas públicas que objetivam dar efetividade aos denominados direitos sociais, são as palavras do respeitado autor:

“(…) Não se trata de uma perspectiva utópica. É verdade que os direitos sociais e as correspondentes “obrigações sociais”, relativamente às quais Carbonell desenvolve uma análise detalhada e fórmula preciosas propostas garantistas, custam. Pode-se, contudo, afirmar que custam ainda mais, em termos de desenvolvimento econômico ineficaz, a omissão na sua satisfação. São prova disso, no hodierno mundo globalizado, as condições de crescente miséria dos países subdesenvolvidos, nos quais a fome, as doenças e a mortalidade precoce comprometem as capacidades produtivas individuais e, portanto, o próprio crescimento da economia, em oposição aos países ricos, o qual por sua vez não teria sido possível se nestes não tivesse sido alcançada a garantia dos mínimos vitais<sup>19</sup>”.

A lúcida explanação do autor italiano clareia o olhar para a necessidade de dar maior efetividade aos direitos sociais fundamentais. Não há que se falar em uma democracia sem o mínimo existencial para seus cidadãos. A exclusão realizada por parte do Estado em não fornecer o mínimo a seus cidadãos põe em dúvida o caráter democrático, pois desrespeita seus alicerces fundadores, a busca da igualdade e o respeito a dignidade da pessoa humana.

<sup>18</sup> SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. Editora Estação Brasil, página 137.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia**. Editora: Lumen Juris, página 86.

O continente europeu no século XX, enfrentou duas guerras mundiais em seu território, tendo que reconstruir-se em duas oportunidades. Ocorreu uma união dos povos para a superação dos traumas e feridas sociais abertas por conta das guerras. Os governos democráticos europeus focaram no investimento naquilo que era mais importante investir naquele momento fatídico. O diálogo necessário para a construção de países que fornecessem o essencial para seus cidadãos.

A criação e aplicação de uma teoria procedimental para o Brasil é necessária, entretanto sem o mapeamento dos problemas a serem combatidos e do diálogo maduro entre sociedade com os poderes constituídos, isso não será possível.

A reflexão da população brasileira e o debate público que busque discutir e apresentar propostas para os problemas peculiares do país deve ser incentivada por todos, principalmente pelas mídias de comunicação que possuem um papel fundamental numa democracia emancipatória.

## 5. O judiciário como protagonista para a efetividade do direito justo na lei

A atuação de um judiciário independente é *conditio sine qua non* para uma democracia constitucional. A importância do judiciário na contemporaneidade é inegável, entretanto a celeuma se dá na influência direta do poder judiciário na determinação de prioridades públicas e na substituição em áreas típicas dos outros poderes de Estado.

Evidentemente que as decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal têm destacada relevância quando da discussão do tema em tela, entretanto, nas comarcas mais distantes dos grandes centros, é sabido que a articulação e voluntariedade por parte de integrantes do ministério público, por vezes acaba por “judicializar” demandas afeitas ao executivo, proporcionando dessa forma, a existência de um executivo sob o controle judicial permanente.

O agente político chefe do executivo, que possui mandato popular, passa a sofrer controle no que tange ao seu poder discricionário, que a princípio, não comporta controle pelos outros poderes pois é permitido ao agente optar, dentro da margem da lei, por uma prioridade posta a disposição. Muitas das vezes, a cidade passa a ser

governada por meio de decisões judiciais, que substituem a vontade do chefe do executivo local, é a coloquialmente denominada, judicialização da política.

No entanto, hodiernamente o protagonismo da Suprema Corte brasileira é o que passou a ser destaque na imprensa e nas academias dos cursos de direito em todo o país. No fatídico ano de 2002, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio de Mello, inaugurou a TV Justiça, e, inclusive determinou a gravação dos julgamentos do Plenário na íntegra com transmissão ao vivo pelo canal.

Alguns pesquisadores entendem que essa criação da TV Justiça e de seu formato contribui muito para alavancar o protagonismo do judiciário, no que tange a enfrentar questões alheias a sua competência. Não há como afirmar tal assertiva, entretanto, é constatação que após a ocorrência da transmissão dos julgamentos os votos dos Ministros ficaram nitidamente mais longos que anteriormente.

No entanto, dentre os casos mais polêmicos em termos de uma certa intervenção do judiciário em outro poder, pode-se mencionar dois casos emblemáticos proferidos de forma recente pela Suprema Corte. São eles: A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO 26 e o Habeas Corpus 154.248.

Não há espaço nesse artigo para a tentativa de uma abordagem analítica de cada voto e de suas justificativas causais, fundamentos jurídicos abordados e expostos por cada Ministro, motivo pelo qual apenas se utilizará de uma abordagem através de uma síntese hermenêutica. A ação Direta de inconstitucionalidade (ADO) 26 se refere a ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal a respeito da criminalização da homofobia. Como é sabido se trata de um tema muito caro a sociedade brasileira, pois a violência contra o público LGBT, infelizmente tem aumentado sobremaneira. Independente do entendimento de que a criminalização da conduta vai prevenir a ocorrência do delito, o que não é verdade, o que estava em jogo era a importância do reconhecimento desse grupo como vulnerável e carecedor de uma tutela legal.

A homofobia deve ser combatida. Em educação de direitos em primeiro lugar e criminalmente na descrição da conduta típica. Todavia, num Estado Democrático de Direito espera-se que a criminalização ocorra pelas vias adequadas, qual seja através da lei, conforme os ditames constitucionais. A elaboração das normas é prerrogativa



e função típica do poder legiferante, o Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26, recomendou ao Congresso Nacional que proceda o enquadramento do crime de homofobia nos crimes previstos na lei 7716/89. Além disso, decidiu que independentemente de figurar no rol mencionado, a homofobia já deve ser tratada como crime como se já estivesse contido no rol da lei ao arripio do texto constitucional, o qual determina que apenas a lei poderá descrever condutas consideradas criminosas.

No julgamento do Habeas Corpus 154.248, a Suprema Corte ampliou o conceito do crime de Racismo, previsto no texto constitucional como imprescritível. A ação de *mandamus* ajuizada buscava o reconhecimento da prescrição em relação ao crime de injúria qualificada previsto no parágrafo terceiro do artigo 140 do Código Penal. Esse tipo de injúria é considerada qualificada pois a ofensa desferida atinge a honra subjetiva da vítima é motivada em razão da raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A Suprema Corte entendeu que o crime de injúria qualificada não prescreve pois deve ser entendido como similar ao delito de racismo, logo é imprescritível. Incontestavelmente a prática do crime de racismo é abjeto, deve ser combatido, principalmente através de um projeto de educação em direitos e criminalmente. Não há espaço para tolerar essa prática criminosa, principalmente em território brasileiro que deveria ser exemplo de convivência étnica, no entanto, por motivos semelhantes aos já expostos anteriormente, não é papel do judiciário se substituir a função típica do Congresso Nacional, principalmente em matéria penal.

Dentro dessa dinâmica, a pergunta que se faz nesse momento é que seria o judiciário o órgão encarregado para efetivar direitos? Poderia o judiciário se substituir a função legislativa e executiva para realizar justiça social?

A realização de um projeto de teoria procedimental necessitaria apenas de sua articulação/contextualização por meio de uma ação judicial e sua propositura perante o Supremo Tribunal Federal? Não parece ser a melhor solução para uma democracia que busca ser mais participativa e inclusiva.

A instrução dos cidadãos sobre seus direitos e a facilitação por parte do estado para o acesso a justiça é um dever constitucional. Entretanto, o acesso à justiça não

significa tão simplesmente acesso ao judiciário. As pessoas têm que serem capacitadas para solucionarem seus problemas de forma pacífica, por meios alternativos para solução de conflitos, muitas das vezes por tribunais populares criados pelas comunidades. O judiciário tem que ser literalmente, a última razão.

O empoderamento social se dá através do exercício da verdadeira cidadania. O cidadão conhecedor dos seus direitos e deveres para com a sociedade e, que possua meios através do qual possa desenvolver seus talentos da melhor maneira. Se faz tentador ter no judiciário uma espécie de substituto político, entretanto além das questões relativas à representatividade popular, existe a questão da criação de um superpoder sem controle no que se refere ao extravasamento de sua atuação típica.

Para a alteração do cenário social brasileiro, se faz necessário discutir e criar uma teoria procedimental brasileira que seja trabalhada com os olhos voltados aos problemas típicos nacionais. Não há como importar teorias estrangeiras que lidam com os problemas estrangeiros e aplicá-las no Brasil. Todavia o debate a respeito da criação de uma teoria brasileira deve ser discutido nos órgãos de representatividade popular.

O Congresso Nacional, através da Câmara e do Senado são a porta de entrada para as discussões políticas fundamentais de interesse de todos os cidadãos. Não há como mudar a política sem a política. A criminalização da política somente traz prejuízos ao país e aos cidadãos como um todo. O judiciário é essencial à democracia plena e efetiva no pleno exercício de suas funções típicas.

## CONCLUSÃO

O Brasil é uma jovem democracia que passou em sua história republicana por dois períodos ditatoriais. A ditadura Vargas de 1930 a 1945 e a ditadura militar de 1964 a 1985. A Constituição Federal de 1988 significa a mudança de paradigma para toda a sociedade. A conscientização de que o país precisa alterar seu cenário de subdesenvolvimento com investimento maciço em determinadas áreas para que surta seus efeitos a médio e longo prazo é salutar. O direito pode ter uma participação importante nesse viés, mas não será suficiente sem o comprometimento dos poderes da república e da população como um todo.

A proposta de uma teoria procedimental para o Brasil apenas terá sentido se houver um verdadeiro pacto republicano para a escolha das prioridades e para a prática de políticas públicas nas áreas deliberadas e acordadas para investimento. A necessidade de uma democracia mais participativa e solidária se faz necessária.

Nos dizeres de Aristóteles não há projeto individual vencedor e digno se não objetivar a melhoria da pólis. Os objetivos da República Federativa do Brasil, não podem ser letra morta no texto constitucional. No entanto, não há como criar consciência política da população sem investir nela. O empoderamento social se dá pela prática de investimentos públicos direcionados a sua instrução para o desenvolvimento de seus talentos.

O abandono do poder público nas áreas sociais colabora para a exclusão maciça da sociedade colocando um número incalculável a margem das discussões políticas e democráticas do país.

As teorias procedimentais, para o seu desenvolvimento requer a participação efetiva de uma população consciente de suas necessidades capaz de optar por prioridades que sejam melhores para o bem comum. Logo, os haveres em políticas públicas sociais não seriam gastos e sim, investimentos vide o exemplo europeu.

A legislação, a positivação de direitos podem ter uma participação importante nesse processo, desde que haja a conscientização de todos da necessidade de efetivação de determinados direitos essenciais, por parte da população, dos políticos em geral, pelos operadores de direito e acadêmicos esses dois últimos, que busquem criar e propor teorias e alternativas críveis condizentes com a realidade brasileira.

As políticas públicas devem ser propostas por via dos poderes legislativo e executivo, órgãos mantidos através da soberania popular, com a participação efetiva da sociedade civil, tendo o judiciário como poder encarregado de solucionar conflitos. A melhora da condição de vida das pessoas e a escolha de prioridades públicas deve ser discutida e implementada no cenário político.

O Brasil precisa experimentar uma conscientização coletiva da importância da política da vida das pessoas para a construção do bem comum. O direito justo na lei, buscando como prioridade o que é justo ou bom, através de uma teoria procedimental genuinamente brasileira só pode ser possível com a conscientização e a participação de todos.

## REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Editora Martins Fontes, página 32. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Editora: Melhoramentos, 2011, página 45.

JULLIEN, François. **O Diálogo entre as Culturas: Do universal ao multiculturalismo**. Editora Zahar, página 16.

SÓFOCLES. Antígona. **Tradução Maria Helena Rocha Pereira**. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas. página 01.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Editora Martins Fontes, página 32.

MASCARO. Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas, página 157.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. Editora Martins Fontes, 2008. **Disponível em:** <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2016/publicacoes/livro1/Leandro%20da%20Silva%20Carneiro%20e%20Rodrigo%20Fuziger.pdf> . Acessado em: 06 de dezembro de 2021.

CARNEIRO, Leandro da Silva e FUZIGER, Rodrigo. **Em artigo: A Teoria procedimental da Justiça como instrumento de construção da precedência do Justo sobre o bom à luz dos direitos humanos**. Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge University Press, 1982, de Sandel, Michael J.; Gargarella, Roberto. As teorias de justiça depois de Rawls. Editora Martins Fontes. Página 69.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Editora: Companhia das Letras, página 53.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Editora Martins Fontes. 2013, página 73. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/11/19/parcela-de-1percent-com-maior-renda-no-brasil-recebe-quase-35-vezes-mais-que-a-metade-dos-mais-pobres-diz-ibge.ghtml> . Acessado em 07 de dezembro de 2021.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática de justiça**. São Paulo, Editora Cortez, 2007, página 23.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Demodiversidade. Imaginar novas possibilidades democráticas.** Editora Autêntica, página 62.

CANTARINI, Paola. **Elementos para um Direito Emancipatório e contra-hegemônico.** Editora Lumen Juris, página 89.

SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil.** Editora Estação Brasil, página 137.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia.** Editora: Lumen Juris, página 86.