

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO

LÍDIO MODESTO DA SILVA FILHO

DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

SÃO LEOPOLDO
2023

LÍDIO MODESTO DA SILVA FILHO

DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Filosofia, pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira

SÃO LEOPOLDO
2023

S586d Silva Filho, Lídio Modesto da.
Decisão judicial e a teoria da justiça de John Rawls / Lídio Modesto da Silva Filho. – 2023.
213 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2023.
“Orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira.”

1. Decisão judicial. 2. Teoria da justiça como equidade. 3. Constitucionalismo. 4. Equilíbrio reflexivo. 5. Justificação decisória. 6. Coerência. I. Título.

CDU 1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Amanda Schuster – CRB 10/2517)

FOLHA DE APROVAÇÃO

TÍTULO: DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

AUTOR: LÍDIO MODESTO DA SILVA FILHO

Tese defendida em 13 de abril de 2023.

Resultado:

Composição da Banca Examinadora:

Presidente da Banca / Orientador: Professor Doutor Denis Coitinho Silveira.

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (PPG de Filosofia)

Examinador Interno: Professor Doutor Inácio Helfer

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (PPG de Filosofia)

Examinador Interno: Professor Doutor André Olivier da Silva

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (PPG de Direito)

Examinador Externo: Professor Doutor Evandro Barbosa

Instituição: Universidade Federal de Pelotas – UFPEL (PPG de Filosofia)

Examinador Externo: Professor Doutor Robison Tramontina

Instituição: Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (PPG de Direito)

São Leopoldo, 13 de abril de 2023.

Dedico esse trabalho à minha esposa Sheila e às
minhas filhas Mariana, Natália e Juliana. Ao
meu pai Lídio (in memoriam) e à minha mãe
Loide, pois a eles muito devo do que eu sou
enquanto pessoa.
Dedico, ainda, ao meu neto Enrique.

AGRADECIMENTOS

Expresso minha gratidão primeiramente a Deus, pela dádiva da vida.

À Universidade Católica de Mato Grosso e ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UNISINOS, por me proporcionarem a oportunidade de cursar este doutoramento.

Ao professor Denis Coitinho, por sua orientação e sua postura sempre acessível, os quais foram determinantes para os resultados aqui alcançados. Nada seria possível sem a sua contribuição, confiança e liderança intelectual.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UNISINOS, sempre dispostos a ensinar e pelo compromisso profissional.

Aos colegas de Doutorado, companheiros de uma bela jornada.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo investigar o problema de decisões judiciais divergentes prolatadas em casos semelhantes. A pesquisa busca o conhecimento de influências que sejam determinantes para a produção de uma decisão judicial, desde as teorias jurídicas dominantes até possíveis influxos exógenos ao raciocínio jurídico, como as que envolvem a injustiça epistêmica. Para mitigar estas discrepâncias decisórias buscou-se realizar uma análise do procedimento interpretativo do julgador e as influências que este momento sofre, inserindo neste processo um método que seja capaz de reduzir incoerências, inconsistências e equívocos. Para este desiderato optou-se por estudar a teoria da justiça de John Rawls e em que medida ela poderia contribuir com as instituições jurídicas na produção de decisões judiciais que se traduzissem em segurança jurídica e que fossem coerentes, simétricas e justas. Para diminuir ou solucionar este problema na área do Direito, da Teoria extraiu-se o procedimento do equilíbrio reflexivo, uma ferramenta metodológica para colaborar com o processo decisório, sobretudo porque no estudo houve a demonstração de que este método foi contributo positivo para relevantes deliberações em outras áreas do conhecimento, com a da tecnologia da informação avançada e da bioética. O constitucionalismo de Rawls é abordado para uma compreensão do que ele pensa acerca do ordenamento jurídico, bem como conceitos fundamentais como o de razoabilidade, razão pública, consenso sobreposto e estado de direito são estudados para uma melhor compreensão da teoria rawlsiana. Decisões divergentes em casos análogos como em fornecimento de medicamentos de alto custo ou as afetas à área criminal como os de latrocínio, são paradigmas nesta pesquisa, sendo que o método do equilíbrio reflexivo aplicado na área do Direito é proposta para uma produção metodológica de decisões judiciais, sendo uma alternativa para o tomador de decisões durante o raciocínio jurídico ou como um teste posterior à produção decisória, objetivando ser um instrumento para aclaramento de elementos que possam influenciar neste processo decisório, podendo descartar elementos que induzam uma decisão que esteja maculada por razões como preconceitos, emoções ou crenças. A tese aqui defendida é a de que o método do equilíbrio reflexivo de John Rawls pode conduzir o juiz de direito por um caminho claro e imparcial e seja instrumento que possa servir de contraponto ao problema apresentado acerca das discrepâncias deliberativas emitidas em casos análogos, sendo capaz, portanto, de estabelecer coerência entre as decisões judiciais prolatadas por distintos juízes de direito.

Palavras-chave: Decisão judicial. Teoria da Justiça como Equidade. Constitucionalismo. Equilíbrio Reflexivo. Justificação decisória. Coerência.

ABSTRACT

This work aims to investigate the problem of divergent judicial decisions handed down in similar cases. The research seeks knowledge of influences that are decisive for the production of a judicial decision, from the dominant legal theories to possible exogenous influxes to legal thinking, such as that involving epistemic injustice. In order to mitigate these decision discrepancies, an attempt was made to carry out an analysis of the interpretive procedure of the judge and the influences that this moment suffers, inserting in this process a method that is capable of reducing incoherence, inconsistencies and misunderstandings. For this purpose, it was decided to study John Rawls's Theory of Justice and the extent to which it could contribute to legal institutions in the production of judicial decisions that translate into legal certainty and that are coherent, symmetrical and fair. To reduce or solve this problem in the area of Law, of the Theory was extracted the procedure of Reflective Equilibrium, a methodological tool to collaborate with the decision-making process, mainly because in the study there was a demonstration that this method was a positive contribution to relevant deliberations in other areas of knowledge, such as advanced information technology and bioethics. Rawls's constitutionalism is approached for an understanding of what he thinks about the legal system, as well as fundamental concepts such as reasonableness, public reason, overlapping consensus and rule of law are studied for a better understanding of Rawlsian theory. Divergent decisions in similar cases, such as the supply of high-cost medicines or those related to the criminal area, such as robbery, are paradigms in this research, and the reflective equilibrium method applied in the area of Law is proposed for a methodological production of judicial decisions, being an alternative for the decision-maker during legal reasoning or as a test after the decision-making process, aiming to be an instrument for clarifying elements that may influence this decision-making process, being able to discard elements that induce a decision that is tainted by reasons such as prejudices, emotions or beliefs. The thesis defended here is that John Rawls' method of reflective equilibrium can lead the judge of law along a clear and impartial path and be an instrument that can serve as a counterpoint to the problem presented about deliberative discrepancies issued in similar cases, being able to, therefore, establish coherence between the judicial decisions handed down by different judges.

Keywords: Judicial decision. Theory of Justice as Fairness. Constitutionalism. Reflective equilibrium. Decisive justification. Coherence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 CAPÍTULO 1	
O PROBLEMA DAS DECISÕES JUDICIAIS	17
1.1 – Posição do Problema	17
1.2 – A Decisão Judicial	21
1.3 – Livre Convencimento e Discricionariedade	24
1.4 – O Ativismo judicial	27
1.5 – Teorias Jurídicas Dominantes	35
1.5.1 – Posição jusnaturalista	36
1.5.1.1 A perspectiva de Lon Fuller	39
1.5.2 – Posição Positivista	43
1.5.2.1 A perspectiva de Hans Kelsen	47
1.5.3 – Posição Pós-positivista	51
1.5.3.1 A perspectiva de Ronald Dworkin	54
 CAPÍTULO 2	
A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	59
2.1 – A Justiça como Equidade de Rawls	61
2.2 – A Posição Original	72
2.3 – O véu da Ignorância	79
2.4 – Os Princípios de Justiça	84
2.5 – Equilíbrio Reflexivo	91
2.6 – A Sequência dos 4 Estágios	95
 CAPÍTULO 3	
O CONSTITUCIONALISMO EM RAWLS: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE SEU PENSAMENTO	98
3.1 – O constitucionalismo em Rawls	99
3.2 – Razoabilidade	106
3.3 – Consenso sobreposto	112
3.4 – Razão Pública	120

3.5 – Estado de Direito	127
-------------------------------	-----

CAPÍTULO 4

EQUILÍBRIO REFLEXIVO E RACIOCÍNIO JURÍDICO	132
---	------------

4.1 – O equilíbrio reflexivo	132
------------------------------------	-----

4.1.1 – O equilíbrio reflexivo na história	132
--	-----

4.1.2 – O que é o equilíbrio reflexivo	136
--	-----

4.2 – Aplicabilidade do equilíbrio reflexivo	143
--	-----

4.2.1 – Em decisões de veículos autônomos	144
---	-----

4.2.2 – Na área da Bioética	149
-----------------------------------	-----

4.3 – Aplicabilidade do equilíbrio reflexivo na produção decisória	154
--	-----

4.3.1 – Os elementos do equilíbrio reflexivo	155
--	-----

4.3.2 – A atuação de juízes	161
-----------------------------------	-----

4.3.2.1 A injustiça epistêmica e o raciocínio do juiz	162
---	-----

4.3.3 – Exemplos de decisões conflitantes em casos semelhantes	163
--	-----

4.3.3.1 – Casos dos remédios de alto custo	163
--	-----

4.3.3.2 – Casos de latrocínio	165
-------------------------------------	-----

4.3.3.3 – Ocorrências de decisões conflitantes em outros países	167
---	-----

4.3.3.4 – Uso efetivo do equilíbrio reflexivo na decisão judicial	170
---	-----

4.3.3.4.1 – Aplicabilidade do método no caso dos medicamentos de alto custo	172
---	-----

4.3.3.4.2 – Aplicabilidade do método no caso dos latrocínios	179
--	-----

CONSIDERAÇÕES FINAIS	193
-----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS	198
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa considerar a eficácia de se utilizar a teoria da justiça como equidade de John Rawls como padrão de orientação para as decisões judiciais. Quer-se investigar o procedimento de produção das decisões judiciais, e isto porque, em geral, elas são discrepantes ainda que aplicadas em casos análogos, e em que medida pode ser possível perceber o raciocínio jurídico ser influenciado por inúmeras circunstâncias a ponto de um julgador não entregar uma decisão coerente e justa, que proporcione segurança jurídica aos jurisdicionados.

A adoção de critérios razoáveis no procedimento interpretativo e argumentativo pode ser capaz de produzir um elemento que seja apto a justificar as decisões judiciais, mediante o uso de um procedimento metodológico inibidor de uma postura desvigiada do julgador, que possa contribuir para a produção de julgados justos, seguros e coerentes.

O interesse em investigar a temática das decisões judiciais e o raciocínio jurídico parte da experiência do subscritor deste trabalho como juiz de direito, em razão da observância da formação de magistrados, de leituras sistemáticas de decisões judiciais em todas as esferas do Poder Judiciário e a infeliz constatação de uma produção judicial absolutamente insegura para o jurisdicionado, com soluções discrepantes em casos idênticos, de modo que há motivação para a busca de um contributo que possa servir de suporte necessário para, ao menos, mitigar referida incoerência.

A raiz procedimental metodológica para o desenvolvimento desta pesquisa compreende em levantamento bibliográfico acerca do tema com orientações interdisciplinares porque a busca se dá em várias fontes do conhecimento, como em obras filosóficas, sociológicas, na ciência política e no direito. Especificamente, se utilizará as obras principais de John Rawls, como *Uma Teoria da Justiça* e *O Liberalismo Político*, além de diversos artigos do autor que melhor esclarecer sua teoria da justiça como equidade e, mais especificamente, o método do equilíbrio reflexivo.

O problema que se pretende explorar guarda relação direta com a atividade do juiz, em sua maneira de atuar, no momento interpretativo multi-influenciado que atinge diretamente o processo hermenêutico e o resultado das decisões judiciais, todavia, com total abstração de análise de acertos ou erros, mas com foco nas divergências decisórias, o que tem ocasionado descrédito público na atuação judicial. Em razão destas circunstâncias observa-se a existência de um problema: como deve ser a atuação de um juiz para fundamentar uma decisão

judicial para que esta seja coerente e justa? Esta questão é fundamental na investigação do presente trabalho.

Ao constatar o claro problema que há com as decisões judiciais, pretende-se com esta pesquisa indicar uma proposta que possa contribuir na produção de decisões judiciais de modo a torná-las coerentes, dotadas de segurança jurídica aos olhos da sociedade e transparentes, porque edificadas com base em um procedimento fundado no respeito de divergências e em um raciocínio jurídico refletido que conduz sempre a um resultado mais justo possível.

A proposição hipotética do presente trabalho consubstancia-se em realizar uma análise do procedimento interpretativo e as influências que este momento sofre, assim como analisar-se-á o fato de o juiz estar criando o direito sem que, contudo, haja indicação de qual sistema é o mais adequado, mas ao revés, a ideia é o estabelecimento de dois ambientes sequenciais e inserir neste processo um método que seja capaz de mitigar incoerências, inconsistências e equívocos, ou seja, usufruir da teoria da justiça de John Rawls e dela sacar o método do equilíbrio reflexivo e aplicá-lo no processo de produção de decisões judiciais, utilizando o exercício hermenêutico como elemento de compreensão fática ampliada, estabelecendo possíveis descartes de normas que menos contribuam para a solução de um caso em análise, viabilizando sua compatibilidade com princípios mais apropriados ao objeto de investigação, podendo haver descarte de crenças morais do julgador, que também precisam ser observadas neste processo deliberativo, mas realizando ajustes de todos estes elementos a serem considerados durante a produção decisória.

A justificativa da pesquisa está na relevância do tema que advém da constatação de uma produção jurisdicional sem qualquer apego à equidade e à justeza, demonstrando a concreta existência de condutas desviantes da intervenção do Direito na vida real dos indivíduos, o que enseja a necessária busca por uma resposta que forneça subsídios à produção judicial e a torne, o máximo possível, capaz de solucionar os conflitos de uma sociedade democrática constitucional e pluralista.

Em razão das diversas fontes que ao longo dos tempos influenciaram decisões judiciais como escolas jurídico-filosóficas, assim como outros elementos influenciadores da cognição moral humana como crenças, emoções, intuições, dentre outras forças passíveis de influenciar a razão e, portanto, desviar rumos decisórios é que se justifica o presente estudo para situar a teoria da justiça como equidade de John Rawls, mais precisamente seu método do equilíbrio reflexivo e sua usabilidade prática em situações reais deliberativas e estipular que o

pensar rawlsiano é contributo útil para produção de decisões gerais mais eficientes em razão de sua coerência e justiça, além da importante defesa da dimensão constitucional.

Para que o objetivo seja alcançado, esta tese é estruturada com esta Introdução, quatro Capítulos e as Considerações finais.

O primeiro capítulo consiste em um detalhamento sobre a apresentação da problemática referente às decisões judiciais, considerando a importância do labor do Judiciário na vida dos indivíduos, todavia, aponta descompassos decisórios aptos a causar insegurança jurídica. É realizada uma abordagem sobre a decisão judicial e a forma com que é elaborada, indicando a exigência de neutralidade, impessoalidade e independência por parte do julgador, sobretudo quando se constata uma extrapolação do livre convencimento e da discricionariedade que lhes são outorgados constitucionalmente, passando da inafastável segurança exigida pela sociedade na atividade judicante para um ativismo exacerbadamente invasivo que desequilibra o sistema, sob o argumento de existência de omissões e, conseqüentemente, lacunas legislativas, ou ainda, casos de difíceis resoluções que, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, é naturalmente exigida uma atuação supletiva do juiz que passa de intérprete da lei para uma atividade criativa do direito, gerando um protagonismo judicial no cenário público e privado.

Ainda no primeiro capítulo são abordadas, de forma sintética, as principais correntes jurídico-filosóficas e a contribuição teórica e procedimental que cada uma legou e que pudesse influenciar no modo de pensar o Direito e na atividade jurisdicional em seu respectivo tempo de sua prevalência. A abordagem do Jusnaturalismo e sua ideia básica que consiste na existência de um direito imanente à natureza, cujos valores decorrem de uma ética superior, suprapositiva e universal, ocorre neste capítulo e também é feita uma incursão no pensamento do teórico jusnaturalista contemporâneo – Lon Fuller, cujo legado doutrinário tem como proposta a busca, na ética e no procedimentalismo, de um norte para o Direito. Quanto ao Positivismo, verifica-se sua procura pela superação do direito natural em um momento que havia um fascínio pelas ciências experimentais e a busca de um método que se opusesse ao metafísico. Vê-se, ainda, neste momento, a positivação do Direito com a lei que surge como forte instrumento de regulação social, porque emerge de um legislador que representa o povo. É destacado como representante desta corrente de pensamento Hans Kelsen e seu contributo para o positivismo com sua Teoria Pura do Direito, segundo a qual o Direito deveria ser estudado sem considerar valores extrajurídicos, sem interferências de outras disciplinas ou de juízos de valor. O pensamento sobre o Direito é dinâmico e acompanha fatos sociais relevantes, de modo que o Positivismo perde espaço para o Pós-positivismo com o surgimento do

Neoconstitucionalismo, uma corrente de pensamento com matizes sociais e filosóficas que tem como norte a centralização das constituições nos ordenamentos jurídicos, sendo que os valores políticos ou morais que a sociedade compartilha são absorvidos pelas constituições em forma de princípios, os quais ganham força normativa e espaço no processo de aplicação do Direito. Como destaque desta nova corrente jurídico-filosófica é apresentado o pensamento de Ronald Dworkin, o qual legou sua Teoria da Integridade, com a qual rechaça a ideia de que Direito e Política sejam institutos de ambientes distintos, entendendo ser possível haver decisões gerais com certa carga de subjetividade, desde que fulcradas na boa fé, entretanto, rejeita a ideia de que juízes ao julgarem casos difíceis possam permitir a influência de suas ideologias políticas a ponto de atuarem como se legisladores fossem. A teoria de Dworkin foi concebida para fazer frente ao modelo até então prevalente e que pudesse influenciar as decisões judiciais racionalmente aceitáveis e assentadas em princípios e valores fundamentais, aptas, pois, a causar segurança jurídica.

O segundo capítulo da tese tem a pretensão de criar um retrato da teoria da justiça de John Rawls, sendo que do mesmo modo que no ato de apreciar um retrato é possível haver a perda ou até uma menor visibilidade de alguns temas e cores, porque a luz tem por objetivo iluminar determinados pontos, verificar-se-ão aqui, também, os conceitos principais da teoria rawlsiana e, sobretudo, a melhor luz deve ter o foco direcionado para o método do equilíbrio reflexivo. Serão analisados a justiça como equidade, a posição original, o véu da ignorância, os princípios da justiça e a sequência em quatro etapas, que seriam a espinha dorsal de um fluxo procedimental que culmina com o sistema metodológico do equilíbrio reflexivo por entender tratar-se de um contributo do filósofo estadunidense na produção de decisões judiciais mais justas e coerentes.

O capítulo seguinte, o terceiro, trata de uma abordagem ao pensamento de John Rawls sobre o ordenamento jurídico. Para Rawls, os princípios da justiça, os quais são fruto de um consenso entre os cidadãos – o consenso sobreposto, norteiam o Estado e delimitam seu campo de atuação. Do mesmo modo, orienta os deveres e as obrigações dos indivíduos em uma sociedade bem ordenada. A razão pública estabelece que a justiça básica e orientações constitucionais fundamentais são chanceladas pelos cidadãos norteados por valores políticos que favorecem o consenso sobreposto entre as diversas doutrinas abrangentes.

A teoria de John Rawls é dotada de razoabilidade na medida em que fundamenta-se no apoio da maioria dos cidadãos, os quais toleram a diversidade de orientações políticas, filosóficas e religiosas e, ainda assim, encontram uma ambiência básica comum para o que pode ser visto como razoável em um sistema democrático de uma sociedade bem ordenada.

O processo de desenvolvimento contratual que culmina com a escolha dos princípios demonstra um entrelaçamento entre o direito e a moral e o modelo rawlsiano indica permanente influência jurídica no comportamento das instituições. No sistema jurídico, as liberdades são garantidas constitucionalmente, indicando um estado democrático e aquele tem o dever de garantir a ordem pública e a igualdade entre os cidadãos, proporcionando a estes condições de cooperar para que todos possam concretizar seus interesses e cumprir com seus deveres. Há um controle constitucional das instituições e a constituição é edificada com base em princípios regidos por interesses fundamentais dos cidadãos.

No quarto e derradeiro capítulo, segue-se uma análise geral do complexo papel do juiz para a sociedade que clama por uma atuação justa e coerente. No primeiro capítulo foram abordadas correntes jurídico-filosóficas que influenciaram as decisões judiciais e a atividade jurisdicional ao longo dos tempos, entretanto, uma vez internalizados tais conceitos, de modo complementar para melhor compreensão do ato de julgar, verificar-se-ão outras formas de influência do ato decisório, as quais estão à margem da cultura jurídica, política e social do julgador. É sabido que há a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, todavia, verifica-se uma miríade de casos análogos e até idênticos com decisões divergentes, embora a formação de magistrados e o modelo de decidir, em tese, são semelhantes.

Conceitos serão perscrutados para se verificar em que medida o conhecimento inato do indivíduo, seus preconceitos, suas crenças abrangentes, suas emoções ou suas intuições morais podem afetar, até mesmo de modo imprevisível ou inconsciente, a cognição e o raciocínio jurídico.

Por meio do método do equilíbrio reflexivo capitaneado por John Rawls que o presente trabalho seguirá com o propósito de demonstrar que ele pode ser utilizado como um método norteador do raciocínio jurídico e, conseqüentemente, demonstrar sua capacidade de contribuir com as instituições jurídicas na produção de decisões judiciais que se traduzam em segurança jurídica, que sejam coerentes, simétricas e justas. Em síntese, o método defende que pode-se justificar crenças morais através de sua coerência com princípios morais, por um lado, e com crenças científicas que pertencem a certas teorias, por outro, formando um sistema coerente de crenças. Por exemplo, se pode justificar as crenças de que a escravidão é injusta e a intolerância religiosa é errada por sua coerência com os princípios de igualdade e liberdade escolhidos na posição original que, por sua vez, serão coerentes com as crenças de pessoa razoável e sociedade cooperativa que pertencem às teorias de fundo.

Dito isto, é importante ressaltar que o objetivo central deste trabalho é demonstrar que o equilíbrio reflexivo rawlsiano pode ser utilizado como um método do raciocínio jurídico

e, por consequência, proporcionar a produção de decisões judiciais coerentes, sendo que, para tanto, de acordo com Rawls, haverá necessidade de contarmos com juízes morais competentes, que possuem uma capacidade de maior reflexão sobre como extrair mais de seu senso de justiça para a obtenção de julgamentos coerentes. Com esta tese pretende-se trazer a lume um modelo de procedimento de construção de uma decisão judicial que possa, após um processo hermenêutico, passar por um método formal de argumentação indutiva e que possibilite a entrega de decisões judiciais simétricas sem a pretensão de convencer, mas tão somente de imprimir coerência em casos semelhantes, proporcionando segurança jurídica aos jurisdicionados sem que, contudo, jamais exerça influência tanto no raciocínio quanto na interpretação, mas no processo de escolha do melhor caminho a trilhar.

CAPÍTULO 1

O PROBLEMA DAS DECISÕES JUDICIAIS

O objetivo deste trabalho, sobretudo no que pertine ao presente capítulo, não será o de dizer qual das correntes jurídico-filosóficas é de fato a que melhor fornece elementos normativos e propicia uma estrutura apta a imprimir maior coerência nas decisões jurídicas, mas oportunizar o encontro de um procedimento que seja capaz de mitigar arbitrariedades, decisionismos ou achismos preconceituosos com roupagens de certezas, os quais são vetores potenciais de produção de decisões judiciais arbitrárias, injustas ou equivocadas.

É necessário compreender a cognição moral humana e as inúmeras influências que atuam na mente de um magistrado quando este se debruça sobre uma causa sob a proteção do manto da discricionariedade, sobretudo as que demandam maiores raciocínios em razão do grau de complexidade, e inicia seu mister de decidir casos afetos a seus semelhantes, os quais dele espera vasto conhecimento, imparcialidade e justiça.

Pretende-se trazer ao palco representado por este trabalho a ideia normativa posta no momento da decisão e as influências de escolas jurídico-filosóficas que ao longo do tempo serviram de base para a interpretação e fundamentação das decisões jurídicas, sendo que, verificar-se-á ainda, como se processa e se influencia o raciocínio jurídico, e o que mais pode persuadir o ato deliberativo, no exato momento do pensar do indivíduo que julga.

1.1 POSIÇÃO DO PROBLEMA

O pensar o Direito é medida que se impõe para que o julgador possa fazer frente às situações contemporâneas que lhe são postas, ainda que usando um ordenamento antigo, sendo que para tanto os velhos métodos que antes prendiam o juiz devem ser olvidados e substituídos por alternativas outras pensadas por filósofos modernos que desenvolveram processos metodológicos capazes de, em uma adaptabilidade ao raciocínio jurídico, dar-lhe sentido e coerência, mitigando situações que revelam uma distância abissal entre a hodierna decisão e a justa.

A argumentação das decisões judiciais é substancial para que haja coerência entre normas e o raciocínio jurídico, sendo que o estabelecimento de critérios razoáveis para a interpretação revela um papel justificacional eficaz para cercear a possibilidade de um juiz adotar uma postura desviada e não metodológica, capaz de culminar em resultados injustos, inseguros e incoerentes.

No cenário jurídico, e há muito tempo, muita crítica é endereçada à atuação dos magistrados sob a alegação de haver divergências, sobretudo atualmente, entre decisões judiciais prolatadas em casos idênticos que, certamente, além de causar descrédito no procedimento e na atuação judicial, causa a sensação de que apenas uma é correta. Ou nenhuma o é.

O critério de seleção de um magistrado é bastante complexo e a definição se dá por submissão a concurso público de elevado grau de dificuldade em provas de conhecimentos escritas e orais, bem como que há de se passar sob o crivo de avaliação psicológica e observância da vida pregressa do candidato.

Embora a suposição de a rigidez no processo seletivo conduzir à posse de indivíduos preparados, justos e probos, nos dias atuais é inegável que operadores do direito e a própria sociedade tenham um elevado grau de insatisfação com a insegurança jurídica proporcionada pela produção de decisões divergentes em casos similares que causam suspeição de instabilidade institucional em razão de haver uma prestação jurisdicional incoerente.

Ainda que no ordenamento jurídico brasileiro haja lei para quase tudo, casos difíceis ou quando há lacuna legislativa, verifica-se uma atividade supletiva do juiz, o qual deixa de ser mero intérprete e passa a criar direitos, passando a ter um protagonismo judicial.

É preocupante a insatisfação popular no que pertine à insegurança jurídica¹, às injustiças, ao ativismo invasivo que desequilibra o sistema, tudo em razão de inúmeras decisões controvertidas prolatadas em setores em que há uma arquitetura legal pré-estabelecida e, no entanto, verificam-se assimetrias que clamam por atenção, como se fosse uma nota dissonante tocada em um local onde deveria imperar uma sinfonia perfeita, afinal são vidas, liberdades, histórias, sentimentos que são objeto de análise de um homem juiz que julga outro homem.

Em razão destas circunstâncias observa-se a existência de um problema: como deve ser a atuação de um juiz para fundamentar uma decisão judicial para que esta seja coerente e justa? Orbitando em torno do cerne desta controvérsia há questões outras que merecem atenção, porque é fato que há inúmeras decisões sendo prolatadas por juízes, mas até que ponto estas são vistas como incorretas, arbitrárias, imorais ou injustas? Há problema em haver criatividade na função jurisdicional em razão da subjetividade do intérprete? A discricionariedade concedida

¹ O problema da incoerência entre decisões sobre casos idênticos é global e os motivos são vários, podendo ser baseado em questões de políticas criminais, ideológicas e até religiosas, as quais influenciam um juiz e ocasionam resultados distintos nas decisões judiciais. Para exemplificar esta constatação podem ser vistas as ações penais n. 0003913-10.2015.8.16.0174 do Poder Judiciário do Estado do Paraná e a n. 0021002-13.2018.811.0042 do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, quando crimes de latrocínio foram julgados por dois juízes diferentes e no primeiro a pena foi máxima de trinta anos e no segundo a pena foi de vinte anos.

ao julgador para analisar fatos e aplicar a norma é contributo para a assimetria decisória existente?

Como acima disposto, neste presente trabalho há uma proposição hipotética que consubstancia-se em realizar uma análise do procedimento interpretativo e as influências que este momento sofre, assim como analisar-se-á o fato de o juiz estar criando o direito sem que, contudo, haja indicação de qual sistema é o mais adequado, mas ao revés, a ideia é o estabelecimento de dois ambientes sequenciais e inserir neste processo um método que seja capaz de mitigar incoerências, inconsistências e equívocos, ou seja, usufruir da teoria da justiça de John Rawls e dela sacar o método do equilíbrio reflexivo e aplicá-lo no processo de produção de decisões judiciais.

O problema que se pretende explorar guarda relação com a cultura jurídica de um dos operadores do direito, o juiz. Cultura esta que influencia diretamente no processo hermenêutico, porque fornece subsídios valorativos para o primeiro momento do procedimento decisório.

A cultura geral, traumas, questões morais, assim como propensões ideológicas do indivíduo que decide podem, evidentemente, afetar emocionalmente o juiz a ponto de conduzi-lo a um pronunciamento judicial influenciado exatamente em um momento quando o que se espera é que deixe em segundo plano, ao menos no momento em que fundamenta uma decisão judicial, tudo que possa afetar negativamente a inferência decisória.

Aspira-se com este trabalho explorar o exercício profissional de um juiz e sua atividade interpretativa multi-influenciada e a que ponto isso repercute no resultado da prestação jurisdicional, considerando correntes que consideram que o juiz é limitado apenas a aplicar o direito até correntes que defendem ser possível ao juiz criar o direito.

Acredita-se que estes entendimentos normativo-doutrinários aliados às influências morais, emocionais e culturais de cada magistrado sejam elementos primordiais a influenciar a convicção do indivíduo que julga para a diversificação decisória, ainda que os casos em testilha sejam muito semelhantes, revelador, pois, de uma prestação jurisdicional inconsistente, dessincronizada e destituída de razoável sistematicidade.

Pretende-se explorar correntes com pretensões de serem o melhor caminho a ser trilhado por juízes, como os jusnaturalistas que indicam o direito natural como uma solução absoluta e imutável para a justiça, proporcionando-lhes subsídios para a produção de um direito justo.

A corrente positivista defende que a única outorga ao julgador é a prestação jurisdicional com observância literal e inexorável da lei, sem interferência de valores morais,

pois agindo à margem da lei objetiva e adequada a um caso em pauta estaria decidindo com base em poder que não lhe fora outorgado.

Os pós-positivistas defendem uma atuação mais moderna dos magistrados, com uma proposta resignificadora da atividade jurisdicional em que o julgador se desprenderia de sua autocontenção judicial deixando de se curvar ao império da lei e se transmuda para um agente interpretador de normas constitucionais capaz de entregar uma prestação jurisdicional com decisões de mais qualidade e mais acuradas, inclusive com uma inevitável conexão entre moral e direito.

As escolas do pensamento jurídico caracterizavam-se pelo modelo de aplicação do direito, sendo que a categorizada como *formalista* tinha *uma concepção mecanicista do direito, pela qual a interpretação jurídica seria uma atividade crítica de subsunção dos fatos à norma, bem como pregava o apego à literalidade da norma e à intenção do legislador*. A próxima fase do pensamento jurídico caracterizou-se por uma reforma que ficou conhecida como uma *reação antiformalista*, a qual defendia que *o direito deveria servir aos fins sociais, antes que aos conceitos e às formas*. Esta escola reagia à crença de que *o Direito poderia ser encontrado integralmente no texto da lei e nos precedentes judiciais; rejeitava que a função judicial seria meramente declaratória*, bem como reconhecia haver um *papel criativo* na atividade jurisdicional; compreendia a *importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o Direito de acordo com a evolução da sociedade, visando à realização de suas finalidades*. A escola *positivista* tinha por característica a *separação entre o Direito e a Moral, entre a lei humana e o direito natural, bem como negava a existência de um direito natural que subordinasse a legislação*. A *volta dos valores* se tornaria a marca do pensamento jurídico após a crise do positivismo jurídico e da supremacia da lei. Baseando-se na *centralidade da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, os quais passam a serem protegidos constitucionalmente*, passando a ser o centro da discussão metodológica contemporânea e do pensamento pós-positivista (BARROSO, 2019, p. 266-269).

Essa ideia de ressignificação da atividade jurisdicional ensejou críticas endereçadas ao ativismo judicial, sob a justificativa de que o juiz ao desejar protagonizar sua atuação no processo e passar a criar indevidamente o direito, extrapola os limites que lhe foram impostos pelo positivismo e desloca atividades do âmbito dos poderes executivo e legislativo para o poder do qual faz parte, o judiciário. Os pronunciamentos judiciais quando baseados na interpretação constitucional capacita o juiz a criar direitos, todavia seriam maculados pelo desprezo da inafastável imparcialidade que deve prevalecer ao julgador que passa a criar um direito paralelo e, também, porque configura uma subversão à ordem de distribuição de atribuições dos poderes.

Por outro lado, defensores do ativismo judicial invocam uma pauta social para a defesa deste modo de atuação que se dá por meio da interpretação do texto constitucional e que considerável parcela da sociedade é satisfeita com uma prática judicial dinâmica e propositiva na defesa de direitos e valores substanciais dos cidadãos, quando há uma supressão de lacunas ou omissões legislativas e ainda quando o magistrado define ou regula políticas públicas ineficientes ou inexistentes.

Verifica-se, pois, uma necessidade de incursões inferenciais pelas teorias que impactam na formação da convicção de um juiz e em sua operação intelectual, as quais iniciam-se desde a mera possibilidade exclusiva da aplicabilidade da lei até a possibilidade de o juiz criar o direito, porque há teóricos tradicionais que asseveram que o direito se trata de um conjunto de normas gerais e abstratas originadas em casas legislativas e que os juízes devem limitar-se a conhecer tais ordenamentos e aplicá-los aos casos que lhe são submetidos a decidir.

Outros teóricos entendem haver no direito normas de caráter geral e de caráter individual, sendo aquelas obras de legisladores e estas fruto da possibilidade criativa de juízes no âmbito de suas competências no processo de aplicação de normas jurídicas.

Há uma terceira via que contesta a existência da completude de um sistema jurídico e entende haver excepcionalmente a possibilidade de o juiz criar o direito, a qual entende ser possível uma expansão do papel do magistrado quando há incertezas quanto a como se decidir um caso concreto e também quando há lacunas normativas para determinada situação, culminando com um silêncio normativo a inviabilizar a aplicação do ordenamento. É claro que juízes ao interpretarem e atribuírem sentido a termos ou frases indeterminadas, passam a co-criarem direitos, mas com peso subjetivo que nem sempre os tornam justos.

Ao dizer sobre a atividade jurisdicional e a possível prática do injusto em relação às reivindicações em casos concretos formulados pelos cidadãos, John Rawls asseverou que *um tipo de injustiça é a falha dos juízes e de outras autoridades que não aderem às regras e interpretações adequadas no julgamento de reivindicações* (RAWLS, 2002a, p. 62).

Com este trabalho busca-se conformar a teoria de Rawls, com destaque para seu método do equilíbrio reflexivo, em ocorrências fáticas na ambiência de uma sociedade democrática real, encontrando condições favoráveis de deliberação por um juiz que dele lance mão para potencializar seu raciocínio jurídico e usar o ordenamento jurídico-constitucional vigente interpretando-o e fundamentando decisões que se revelem mais justas e coerentes.

1.2 A DECISÃO JUDICIAL

A obrigação imposta ao julgador para fundamentar as decisões judiciais no Brasil é prescrito no texto constitucional que determina que serão nulas caso não obedeçam este imperativo legal, carecendo, pois, de justificativa deliberada e racional na atividade de aplicação do direito para que tenha validade².

Ao tratar da historicidade da aplicabilidade do Direito ao longo do tempo, Rosemiro Pereira Leal disse que

As diversas hermenêuticas que compõem a história da interpretação para o exercício e aplicação do direito, antes dos precursores do positivismo jurídico, são tramas mentais que se embrenham numa lógica de preservação, a qualquer custo, dos valores morais e éticos que convinham aos governantes. Contudo, sem se descuidar de um direito grego, persa ou assírio, o Império Romano é que melhor sistematizou o direito a serviço da hegemonia política e econômica que exerceu por quase catorze séculos (de 753 a.C a 564 d.C.) (LEAL, 2019, p. 55).

A decisão como ato emanado de um juízo conclusivo já foi, em seus primórdios e narrado no parágrafo anterior, autocrática criada por interditos romanos e, posteriormente, agora já no século XX, se consubstancia em uma expressão descoberta das entranhas do direito legislado, entretanto nenhum destes vieses satisfazem as investigações do pensamento jurídico contemporâneo. Ainda segundo a concepção de Leal

A expressão *decisum*, na acepção atual, ganhou significado genérico de ato de examinar e aplicar o direito, com oblivio de suas raízes históricas do direito romano arcaico formular até o pós-clássico da *cognitio* estritamente pública em que seria possível julgar (sentenciar) para, depois, decidir (executar). (...) O encontro histórico que fundiu decisão e deliberação é no direito político uma conquista que hoje é reconstruída e reconscientizada pelo devido processo constitucional, que distingue um ordenamento jurídico de conteúdo democrático de outro de substância cultural tradicionalizada por uma jurisdição redentora. (...) Na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia. (...) A teoria argumentativa se apresenta como institucionalizadora de uma comunidade jurídica que, pela via de um discurso proposicional, e não mais autoritário, quer fazer a passagem para a pós-modernidade da concreção de direitos no eixo da processualidade como espaço interrelacional de preparação de decisões jurídicas sobre direitos fundamentais originários e derivados já constitucionalizados (LEAL, 2019, p. 25-35).

Em consonância com o que preceitua Luiz Roberto Barroso *o Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social* (BARROSO, 2019, p. 227). Para Maria Helena

² CF/1988. Art. 93. (...) IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

Diniz a decisão judicial, *em acepção estrita, é a solução do litígio, da controvérsia* (DINIZ, 1998, p. 16). É por meio da decisão judicial que o juiz define uma reivindicação formulada por um cidadão e é por ela que se individualiza uma norma conduzindo-a de um ordenamento hipotético para uma adequação a um caso concreto.

Para que a atividade jurisdicional seja considerada justa, espera-se do julgador que ao por fim a determinado conflito de interesses, o faça dentro de um quadrante de neutralidade, de impessoalidade e de independência, porque somente assim é possível passar à sociedade a confiança que dele se espera e a segurança que lhe é imprescindível.

Estar neutro ou imparcial diante de uma situação fática complexa é colocar-se equidistante das partes, é se postar com indiferença em relação à pluralidade de opções a servirem de norte a determinado desiderato, sem se permitir seduzir ou desejar intervir em quaisquer das possibilidades. Barroso, ao discorrer acerca da imparcialidade do julgador, diz:

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. (...) Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis (BARROSO, 2019, p. 227-228 e 362).

A impessoalidade guarda relação com a isenção do julgador que deve ter conduta equânime de tratamento com indivíduos e casos que lhe são postos a decidir, sendo sua atuação norteada pelo rigor de não beneficiar ou prejudicar quem quer que seja, ou seja, deve estabelecer um equilíbrio adequado entre as reivindicações divergentes a ponto de, ao final, ter a possibilidade de produzir a melhor possível das decisões. Neste sentido asseveram Branco, Mendes e Coelho no que pertine aos indivíduos que compõem a estrutura da administração pública em geral, como o são os magistrados, que *devem desempenhar suas atividades sem levar em conta interesses pessoais, próprios ou de terceiros* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 883).

A independência do magistrado para sua atividade jurisdicional decorre de garantias que lhe são asseguradas como a irredutibilidade de vencimentos, a vitaliciedade de seu cargo e sua inamovibilidade, tudo para que possa atuar sem que haja pressões políticas ou subordinações hierárquicas e que tais atos possam afetar o desempenho de seu mister.

Não obstante a rigidez que se cobra da atuação jurisdicional com blindagem contra elementos que possam influir no convencimento do julgador, as substanciais transformações da realidade social que vêm ocorrendo ao longo dos últimos anos têm gerado um grupo de juízes que optaram por adotar uma postura mais ativa e criativa na judicatura, todavia, parece ser este modo de atuação um campo fértil para suscitar dúvidas em relação à imparcialidade e à

segurança jurídica, situações que consubstanciam-se em verdadeiros vetores a fragilizar a confiança dos cidadãos nesta atuação mais protagonizada dos juízes.

Conforme delineado em linhas anteriores, o presente trabalho pretende analisar a atividade de um juiz e sua emissão ou produção de juízos interpretativos levando em conta correntes doutrinárias diversas e sua natureza humana que pode ser influenciada por sentimentos afetos à personalidade e caráter, bem como de experiências culturais e sociais já vividas, ou seja, há que se considerar que nas atividades de julgamento o magistrado prolate suas decisões por meio da argumentação em relação às escolhas feitas levando em conta não somente valores jurídicos, mas também considerando valores extrajurídicos, e, tudo deve ser considerado.

1.3 LIVRE CONVENCIMENTO E DISCRICIONARIEDADE

O juiz brasileiro, ao prolatar uma decisão acerca de determinado caso levado à sua apreciação, seja ele difícil ou inerente à factualidade cotidiana, possui a faculdade de livremente apreciar as provas colacionadas para os autos, todavia é vinculado à situação fática descrita e às circunstâncias afetas à ocorrência analisada. Não obstante tal liberalidade, lhe é exigida a indicação de motivações racionais que proporcionaram seu convencimento, ou seja, que fundamente indicando o porquê de referida conclusão.

O princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional está previsto na Constituição Federal brasileira em seu art. 93, inciso IX, e também tem previsão no art. 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de modo que a não observância da indicação das razões de seu convencimento causam nulidade à sua decisão.

O dever de fundamentar de maneira racional e a indicar o motivo de sua conclusão, sempre com a criticidade analítica das provas dos autos, serve para sinalizar um campo não tão aberto às conclusões, evitando-se, assim, que a decisão seja quando e como quiser o decisor, bem como não lhe seja permitida a prática de arbitrariedades. Não pode o julgador apenas dizer se é caso de deferimento ou não, se está ou não de acordo com a lei, mas ao revés, deve indicar qual a regra do ordenamento legal que se aplica ao caso concreto e dizer porque chegou a determinada conclusão, legitimando, portanto, a decisão, ganhando ainda relevância a clareza do ato decisório que não negligencia a prova e cristaliza a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Ocorre que a liberalidade de se apreciar livremente a prova e a não exigência de manifestação expressa do juiz sobre todos os argumentos trazidos pelas partes e nem a

abordagem de todos os dispositivos legais por elas invocados, estimulou julgadores a imaginar possuírem uma discricionariedade de julgar ao arrepio do conteúdo probatório anexado aos autos, com base apenas em deduções subjetivas.

A zona livre de discricionariedade concebida ao julgador pelo positivismo significa que este tem o poder ilimitado e de caráter subjetivo, somente porque tem a faculdade de escolher dentre as opções normativas passíveis de serem aplicadas a um caso concreto, todavia, com inafastável atuação inserida no interior do quadrante legal, portanto as possibilidades devem necessariamente servir à intenção da lei.

O jurista Dalmo de Abreu Dallari entende que esta escolha mecanicista e orientada apenas na literalidade da legislação nem sempre resolve da melhor forma um conflito social e assevera que *o fato é que na maioria das decisões judiciais fica evidente que existe uma preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça*. Há destaque para a escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, com prolação de decisões com conteúdos *escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça*. Este legalismo formal tende a distanciar o Direito da Justiça (DALLARI, 1996, p. 80).

Percebe-se que o poder discricionário reside na possibilidade de o julgador ter escolha livre dentre as respostas possíveis que obedeçam critérios jurídicos e que sejam cabíveis a solucionar algo, entretanto as opções são equivalentes e, portanto, passíveis de poderem ser selecionadas, porque caso houvesse alguma que melhor solucionasse a controvérsia cessaria a possibilidade subjetiva de definição. Qualquer situação indicativa de que uma opção seja melhor que a outra e que, assim, não há paridade, inexistente a discricionariedade, porque este poder somente pode ser exercido quando há fundada dúvida acerca de qual posicionamento é o mais adequado a ser utilizado para a solução de um caso.

De acordo com o entendimento de Ronald Dworkin acerca do poder discricionário segundo a concepção positivista é de que, considerando a atuação de um juiz, ele seria um poder no sentido fraco do termo, porque deve fazer a escolha dentre possibilidades já previstas no ordenamento jurídico, tendo como tarefa apenas a seleção dentre estas variáveis. Para Dworkin o poder discricionário forte seria no caso em que

um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juizes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo (DWORKIN, 2017, p. 62).

Considerando-se que o Direito na atualidade está impregnado de princípios e que estes podem servir ao intérprete de forma geral, potencializa o poder discricionário do julgador

que pode deles se valer e lhes conceber sentido e abrangência, sobretudo quando um determinado caso concreto viabilizar a aplicação de mais de um princípio para a resolução de eventual controvérsia, o que ensejaria uma atuação criativa de quem pode decidir, realizando uma harmonização factual com as possíveis normas colidentes.

A faculdade discricionária que possibilita uso de sistemas interpretativos convencionais como a interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica é criticada sob o argumento de que métodos de interpretação são momentos em que a subjetividade está presente e que, conseqüentemente, não tem capacidade de produção de uma decisão isenta, porque se distancia de um processo reflexivo hermenêutico e necessário, o qual precede o uso de procedimentos metódicos.

Fernando Vieira Luiz assevera que

Depender da discricionariiedade é desacreditar no próprio Direito, em sua autonomia, e na Constituição, na sua força normativa, jogando-se fora importantes conquistas da humanidade (LUIZ, 2013, p. 145).

Defensores de uma hermenêutica constitucional que propõe a busca de respostas aos casos jurídicos na Constituição e são refratários a uma atividade discricionária alargada e metodológica, como Lenio Streck que entende que decisão judicial não se trata de escolha, porque juízes possuem responsabilidade política, porém atuam sem critérios. Ao prefaciar uma obra diz Streck

A decisão judicial somente se sustenta por argumentos de princípios. Essa estrutura principiológica que se manifesta no momento decisório só pode ser explicitada através de um esforço reflexivo que é hermenêutico (LUIZ, 2013, p. 125).

A problemática da discricionariiedade na prestação jurisdicional tem origem no positivismo jurídico que possibilitou ao intérprete um exercício decisionista cuja produção laboral resulta em atos de vontade puramente subjetivos frutificados em sua própria consciência.

Essa discricionariiedade exacerbada na atuação jurisdicional, com abertura de campo ao subjetivismo impreciso e desprovido de rigor técnico e metodológico, demonstra evidente falta de critérios na produção de decisões, com nítida presença de um ativismo judicial que carece de argumentação racional e lógica, culminando, não raras vezes, com decisões de casos similares e completamente díspares. O estabelecimento de critérios para serem seguidos em tomadas de decisões é que se consubstancia uma teoria da decisão.

O ativismo judicial é objeto de estudo no próximo tópico, entretanto a evolução desta pesquisa demonstrará que não há incompatibilidade entre o processo hermenêutico e o uso de um elemento procedural, cuja união é capaz de enriquecer a argumentação justificadora

e adiciona equilíbrio e coerência na produção decisória, assegurando a justiça nas relações entre indivíduos e nos grupos sociais.

1.4 O ATIVISMO JUDICIAL

Os problemas observados na prestação jurisdicional ao longo do tempo surgem quando se verifica que a ideia de que todos os seres humanos estão sujeitos às leis e que os juízes seriam os escravos da lei, ou ainda, a boca que pronuncia o que quer dizer a lei. Essa concepção positivista é dotada de um formalismo exagerado e de rigor exacerbado que ainda que as opções normativas fossem injustas, deveria o juiz aplicar uma das hipóteses possíveis, mesmo que este legalismo fosse capaz de expulsar a justiça. Não cabia a ele procurar o justo e adequar a norma ao caso concreto, mas ao revés, deveria aplicar a lei e se essa fosse injusta, que o legislativo corrigisse seu rumo, em um total desprezo à evolução social e às mutações que comumente ocorrem nas sociedades contemporâneas. Neste sentido diz Reis Fried que

a grande totalidade dos magistrados se veem conscientes na inafastável obrigação de ter que aplicar, independentemente de sua livre vontade, convicções pessoais e ideologias políticas, a lei objetiva adequada ao caso concreto, ainda que esta possa produzir, em sua correta interpretação, um resultado que aparentemente o julgador possa, em seu juízo de valoração, entender como objetivamente injusto (FRIED, 2009, p. 220).

Contrários a esta forma de atuar, em que o juiz fica adstrito a um apanhado de normas técnico-formais e que apenas realizam um trabalho embasado em um suposto rigor científico que conduz o direito a um patamar de simples superficialidade normativista, dizem ser este juiz capaz de legalmente promover injustiças.

Em razão deste cenário surgem ideias pós-positivistas que entendem que as decisões judiciais somente são sustentadas quando baseadas em argumentos e princípios constitucionais e isso somente pode ocorrer se forem prolatadas por juízes independentes. Dallari afirma ser comum ouvir algum juiz dizer que um juiz deve ser escravo da lei e comenta:

Ser “escravo da lei” e com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei (DALLARI, 1996, p. 80).

Nos sistemas constitucionais modernos o julgador recebe do povo, por meio da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, sendo que parte dos juízes têm, segundo os que se afinam com o chamado *ativismo judicial*, cumprido seu papel constitucional com produção de decisões mais justas e que protegem de forma eficaz os direitos.

Defensores do ativismo judicial entendem ser imperiosa uma postura mais ativa na judicatura moderna, a qual exige uma mudança do estado de mero condutor do processo a de um protagonista participativo, sendo que esta atuação, desde que realizada com cautela, pode propiciar resultados mais qualitativos, sem que haja qualquer afronta a princípios processuais ou garantias constitucionais. Nesta esteira de pensar diz Custódio da Silveira:

É significativa a preocupação com a transmutação na postura do magistrado, antes distante, e que agora precisa mais do que nunca estar consciente do respeito aos princípios e às garantias do processo.

Trata-se de tendência calcada na irremediável evolução do processo para um caráter publicístico. Ultrapassada a visão do juiz como mero espectador perante o duelo das partes, exige-se-lhe entrega para conduzir o instrumento com efetividade e participação, e não mais de maneira burocrática (SILVEIRA, 2012, p. 496 e 482).

A expansão do Judiciário e sua abrangência de atuação marcante surge nos Estados Unidos e, como observa Dallari,

a consagração do Judiciário como verdadeiro Poder, capaz de influenciar eficientemente na vida política do Estado, tornou-se definitiva com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803. Nessa oportunidade, um voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmou a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até declarar nulos os atos dos demais poderes julgados inconstitucionais. Essa doutrina deu fundamento a uma ampla atuação política de todos os juízes e teve, desde então, enorme influência na vida dos Estados Unidos (DALLARI, 1996, p. 91).

E continua o jurista informando como foi o porquê do processo de mutação da forma de julgar que passa de um mero julgador obediente para outro que interpreta a Constituição e ressignifica o trabalho judicante, atuando em questões sociais e políticas, inclusive quando a atividade seria de um outro poder, causando uma verdadeira revolução constitucional promovida pelos juízes. Neste sentido, diz Dallari:

Fica bem claro sobretudo pela evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, houve o reconhecimento de que não é possível julgar com justiça aplicando a lei em seu estrito sentido literal, ignorando a mudança de sentido das palavras, das circunstâncias sociais, dos costumes e da própria escala de valores dos povos, influenciados por novas condições de vida e de convivência (DALLARI, 1996, p. 96).

Entretanto é somente em 1947 que o termo *ativismo judicial* surge em um artigo do historiador Arthur M. Schlesinger intitulado *The Supreme Court: 1947*, no qual este aponta uma divisão na Suprema Corte norte americana alegando haver uma parcela de julgadores que entendiam que a *Corte poderia desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social* e outra parcela entendia que o julgador deveria adotar *uma postura de autocontenção judicial* (BARROSO, 2019, p. 433).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, após o caso *Marbury vs. Madison*, deixa de ter pouca ou nenhuma importância no cenário político do país e viabiliza um ganho em identidade institucional de destaque, passando a decidir questões muito relevantes e, de acordo com Dallari tais decisões

Expandiram amplamente as proteções constitucionais para os politicamente fracos, os socialmente desprezados e os criminalmente suspeitos. Mais do que em qualquer época anterior, a Corte forçou maiorias a estender sua consideração e seu respeito aos direitos das minorias impopulares e às suas condutas destruidoras do consenso e respectivas causas (DALLARI, 1996, p. 92).

Em uma aproximação do panorama brasileiro verifica-se que há judicialização de tudo, desde questões simples como um galho de árvore que invade uma propriedade a questões que deveriam ser objeto de apreciação legislativa, como fidelidade partidária, aborto, casos de políticas públicas insuficientes, com os casos de judicialização da saúde, que são casos de inércia do legislador e, ao comentar este assunto, afirma Barroso que *todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha a de criação do próprio Direito* (BARROSO, 2019, p. 435).

No que diz respeito a esta atuação ativista e legiferante que pode descambar para uma irrazoabilidade discricionária, Dallari afirma haver dois posicionamentos, os que defendem e os que são contra:

O juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação. Se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá uma lei diferente para cada juiz e assim o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneira diferente (DALLARI, 1996, p. 97).

O grande problema é que esta discricionariedade expandida tem colocado o julgador como um protagonista do processo e a escolha que este faz para decidir é altamente subjetiva, ocasionando respostas absolutamente distintas, controversas, incoerentes para casos muito semelhantes, o que causa insegurança jurídica na sociedade, porque o juiz se distancia do positivismo, mas não adota criticidade metodológica e muito menos se estriba no tecido constitucional para garantir argumentos a justificar sua posição e possibilitar coerência na produção decisória, ou seja, opta por criar o direito rompendo com a própria Constituição, indo além.

Não destoa deste viés permissivo de discricionariedade imoderada o que prega os tribunais brasileiros, tendo como consequência um empoderamento e encorajamento de juízes de todos os rincões a agirem de acordo com o que pensam, criando direitos, a ponto de antes

decidir e depois encontrar algo que o justifique. Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados (STJ - Habeas Corpus n. 94.826/SP).

Apenas para mais um registro dentre os incontáveis julgados Brasil afora, é pertinente demonstrar o que decidem os tribunais de Estados:

Compete ao juiz, examinadas as circunstâncias judiciais, estabelecer, conforme necessário e suficiente “a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos”. A avaliação é subjetiva e o Juiz lança o quanto entenda necessário segundo sua consciência (TJPR - ACR n. 1357195/PR).

Exatamente por causa deste panorama de instabilidade e de insegurança jurídica causada por juízes que há quem expressamente se posicione contra o ativismo judicial, tanto que Streck assevera *que tem sido praticado às avessas em terrae brasilis, contribuindo para a inefetividade dos direitos fundamentais sociais* (STRECK, 2012, p. 72).

Lenio Streck ainda critica o modelo ativista de atuação do Supremo Tribunal brasileiro que não vê limites na operação interpretativa e isso tem alcançado todas as esferas do Poder Judiciário. O ativismo é sustentado com base na ponderação, na razoabilidade e na proporcionalidade, entretanto, afirma o autor que

Em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade) (STRECK, 2012, p. 55).

Neste mesmo diapasão orientativo está Paulo Brandão que conceitua este modo de agir de juízes:

O ativismo judicial é aquela conduta do magistrado que ultrapassa os limites do sistema jurídico ao qual está vinculado, colocando-se fora dele utilizando-se, como fundamentação, de teorias inaplicáveis àquele sistema. A principal forma de ativismo judicial é a do juiz que tem competência para atuar em sistema de Civil Law (e para isso que foi recrutado e é essa a competência que lhe atribui pela Constituição), pensa poder agir como um juiz do sistema Common Law, sem importar o motivo que o leva a isso, buscando em princípios extra-*legem* a modificação de norma integrante do sistema, ou ainda, a construção de norma fora do sistema para adotar uma norma contrária (BRANDÃO, 2019, p. 182).

Adeptos do ativismo judicial optam por criar direitos sob o argumento de que têm o dever de defender minorias e menos protegidos com invocação da tutela constitucional garantidora de direitos fundamentais e de concretização de direitos sociais, afastando-se da atividade que lhe é inerente de decidir casos e dar solução a controvérsias, desvirtuando, pois, a função que o poder judiciário tem em um estado democrático, aviltando a função legisladora

do poder legislativo, o qual detém a concessão do povo para criar leis e regular a vida em sociedade. Neste aspecto diz Barroso:

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2019, p. 439).

Dois fatores são preponderantes para a elevação de demandas no Brasil. O primeiro é que assuntos que antes eram objeto de deliberação política ou que havia tratamento pela legislação ordinária foram abarcados pela Constituição, de maneira que a população passando a conhecer esses direitos judicializam suas pretensões e devem ter respostas do Judiciário em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O segundo diz respeito ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, tendo este a possibilidade de sacar do ordenamento jurídico lei que esteja em descompasso com o preceito constitucional. Estes fatores favorecem a interferência do Judiciário nas atividades de outros poderes, o que se dá por meio do ativismo judicial. A incredulidade social em razão de escândalos de corrupção e a demora da resposta do legislativo para atender as demandas sociais também consubstanciam para o acesso elevado ao Judiciário que termina por desempenhar atividade que não lhe é cabida, revelando um desenho institucional diverso do que prevê a perspectiva tradicional de separação dos poderes.

A constitucionalização de temas afetos à vida dos cidadãos, mormente quando promove políticas públicas ou soluciona casos de elevada repercussão social, reclama por uma intervenção do poder judiciário que revela um alargamento de sua atuação na pacificação de conflitos sociais.

Não obstante haver aceitação da sociedade nesta pauta mais proativa dos juízes, sobretudo quando garante direitos sociais constitucionalmente previstos, resta claro que esta atuação deveria ser esporádica e excepcional, jamais se tratar de situação comumente vista na atuação judicial de caráter institucionalmente invasivo e criadora de direitos que inexistem na legislação.

Ainda que haja defensores de uma atuação ativista norteada por uma suposta necessidade de garantia de efetividade e respeito aos direitos fundamentais, sobretudo em casos de retração do legislativo, há que se considerar como discutível sua validade e legitimidade, tanto que existe o outro lado dissonante deste modo de pensar, o inverso do ativismo judicial, que é a autocontenção judicial, modelo de atuação que prevê ingerência mínima do Judiciário na atuação de outros poderes, prevalecendo o modelo tripartite de separação dos poderes, ainda

que a sociedade moderna clame pela consecução dos direitos constitucionais que lhe assistem. Deve ser considerado, ainda, que julgadores são investidos em seus cargos por meio de concurso público, não são indivíduos eleitos pelo povo, portanto uma atuação política deve ser vista como ilegítima.

Essa expansão da atividade jurisdicional em um primeiro momento parece ser uma benéfica ruptura de um modelo arcaico de busca de respostas para decisões em casos concretos, agora com base em princípios constitucionais por meio de uma conduta proativa de juízes, entretanto uma liberalidade desordenada de atuação jurídica pode significar riscos deliberativos que geram decisões injustas, conflitantes e de fundamentações dissonantes, ainda que prolatadas em casos semelhantes, sobretudo por criar indevidamente uma amálgama entre preceitos constitucionais e suas emoções, situações psicológicas, culturas e crenças morais abrangentes, com claro distanciamento da imparcialidade e da neutralidade de que se espera em uma atuação judicial, demonstrando uma aplicação distinta do direito por cada juiz, de acordo com seu quadrante subjetivo do que venha a ser justa.

Este o problema objeto desta pesquisa: a falta de coerência entre diversas decisões judiciais aplicadas a casos semelhantes, em razão desta liberalidade concedida aos juízes que decidem sem critérios, métodos ou modelos hermenêuticos que favoreçam uma interpretação racionalmente edificada, sendo despidendo trazer à baila uma infinidade de exemplos concretos de decisões conflitantes, uma vez que são de conhecimento público, bastando poucos. Há decisões em *habeas corpus* díspares, quando pode-se ver um indivíduo solto e outro sendo mantido preso na mesma situação³. Há casos de reintegração de posse de áreas rurais e outras não concedidas em igualdade de condições. Há crimes idênticos, de roubo por exemplo, cujas penas são absolutamente conflitantes, ainda que os casos sejam similares. Há casos de concessões de abortos e outros de denegações em casos idênticos que demonstram um ancoramento de carga subjetiva de crenças capazes de gerar tamanha disparidade. Juízes determinam que o Estado forneça determinado medicamento ou consiga uma vaga em UTI – a judicialização da saúde – e outros indeferem tais pedidos, sendo que às vezes o que defere gera despesa extraordinária sem conhecer a realidade do caixa público. Verificam-se inúmeras

³ Fatos ocorridos em território brasileiro, mas que ficaram conhecidos internacionalmente revelam a discrepância entre decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. A título de exemplificação podem ser comparados casos análogos de homicídio contra duas mulheres jovens em situações de total vulnerabilidade, sendo que em relação à liberdade dos agentes delituosos as deliberações foram díspares. Lindemberg Alves, por não aceitar o fim do romance com Eloá Cristina, a fez refém e ceifou sua vida em 2008, sendo preso em flagrante e aguardado o julgamento segregado por mais de dois anos. Por meio do *Habeas Corpus* n. 0586041-64.2010.8.26.0000, impetrado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, teve decisão desfavorável à possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade. Já o jornalista Pimenta Neves, que assassinou sua namorada Sandra Gomide, em 2000, obteve liberdade em 2001 e ficou liberto por mais de 10 anos aguardando nesta situação seu julgamento, em razão de decisão prolatada no *Habeas Corpus* n. 80.719, do STF.

decisões totalmente discrepantes no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância em casos de furto e em crimes mais graves como o de tráfico ilícito de entorpecentes⁴. Disparidades demonstram funcionalidade do judiciário, mas jamais segurança jurídica ou credibilidade⁵.

Acerca do ativismo que se verifica em casos de judicialização da saúde e o impacto orçamentário em consequência deste modo de atuação, destaca Barroso:

Tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos (BARROSO, 2008, p. 16).

Praticantes do ativismo judicial em todas as instâncias judiciárias invocam o papel político do Poder Judiciário e o coloca como o garante dos valores constitucionais e, para tanto, justificam suas decisões lançando mão do uso da proporcionalidade e da ponderação de valores, ao invés de simplesmente aplicar a lei cabível ao caso em análise. Para superar eventuais antagonismos ou colisões entre princípios ou garantias constitucionais, julgadores têm estabelecido critérios que lhes permitam ponderar e avaliar para alcançar o resultado que entendem mais adequado.

Em tempos de neoconstitucionalismo, em que os ordenamentos jurídico-constitucionais se caracterizam por seu aspecto marcadamente principiológico e interpretativo, a ponderação assume um papel de destaque no campo hermenêutico e na concretização dos direitos fundamentais. Esse recurso, que acentua os aspectos hermenêuticos tem, contudo, sido objeto de inúmeras críticas, pautados, sobretudo, na insegurança jurídica representada pela ausência de critérios objetivos para a solução do conflito e pela extensão dada

⁴ No caso do *Habeas Corpus* n. 127.573, de 2019, do STF, com orientação contrária ao que até então se adotava, optou-se por reconhecer a insignificância da conduta de uma ré, a qual havia sido condenada por portar um grama de maconha, entendendo haver flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida. Sem punição, portanto. O entendimento predominante era de que no caso de tráfico, independentemente da quantidade da substância entorpecente, o crime nunca viabilizaria a observância do princípio da insignificância, como no caso do *Habeas Corpus* n. 141.500, de 2018, do mesmo STF.

⁵ O caso da possibilidade de cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado do caso ficou sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078-7, de Minas Gerais, sendo que anos depois o próprio Supremo entendeu, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 em 2016, que haveria a possibilidade de início do cumprimento de pena após decisão emanada de um Tribunal, ou seja, em segundo grau de jurisdição.

Questões de política criminal, ideológicas e até religiosas influenciam o julgador e ocasionam resultados distintos nas decisões judiciais. Para exemplificar estas decisões diferenciadas em crimes do mesmo tipo podem ser vistas as ações penais n. 0003913-10.2015.8.16.0174 do Poder Judiciário do Estado do Paraná e a n. 0021002-13.2018.811.0042 do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, casos de crimes de latrocínio que foram julgados por dois juízes diferentes e no primeiro a pena foi a máxima de trinta anos e o segundo a pena foi de vinte anos. Decisões sobre aborto de anencéfalos, antes de o Supremo Tribunal Federal pacificar o assunto, também eram muito divergentes no Brasil, como na Apelação Cível n. 2003.052.05208, da 2ª Câmara Criminal do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, na qual houve o deferimento do aborto, sendo que no *Habeas Corpus* n. 70020596730, da 1ª Câmara Criminal do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, o pedido foi indeferido. Países europeus e da América do Norte costumam permitir o aborto de anencéfalos, não ocorrendo o mesmo em países muçulmanos e africanos (PEREIRA, 2016, p. 78).

à atuação do magistrado, que teria as portas abertas para a prática do que se convencionou chamar de ativismo judicial (SCHUMACHER; LEAL, 2012, p. 202-203).

Não obstante a invocação da ponderação para fundamentar as decisões, em verdade não há utilização de racionalidade argumentativa na prolação de decisões, porquanto não utilizam corretamente o princípio da proporcionalidade em seu sentido lato, mas apenas em seu sentido estrito, apenas ponderando, sem demonstrar o procedimento da ponderação a ponto de poder-se avaliar o modelo de maneira racional, ou seja, têm, assim, uma infinidade de decisões desprovidas de coesão e de justificação. Lenio Streck, neste aspecto e referindo-se a Robert Alexy, diz que julgadores brasileiros *não estão nem perto do que dizia seu idealizador* e prossegue afirmando sobre o volume de ações que aportam no Judiciário que *a grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas* (STRECK, 2013, p. 2).

É evidente que o progresso social cria situações fáticas sequer cogitadas pelo legislador que envolvem indivíduos e exigem atuação jurisdicional moderna e distante do apego a uma lei fria, entretanto com interpretação que não deve dar vazão a soluções eivadas de subjetivismos e discricionariedade, mas sim com a garantia da efetividade das normas constitucionais. Neste mesmo diapasão afirma Gustavo Topedino:

A alteração do perfil do Poder Judiciário coincide com a crescente solução de controvérsias interprivadas com fundamento em princípios constitucionais nem sempre refletidos na legislação infraconstitucional, cuja aplicação mecânica, no caso concreto, levaria ao sacrifício de valores constitucionalmente relevantes (TOPEDINO, 2019, p. 26).

O julgador deve julgar todas as questões que lhe são submetidas e este tem vínculo com o direito positivo, entretanto o juiz ativista opta por invocar vagamente princípios e os adequa de modo subjetivo a um caso concreto, criando direitos e usurpando competência legislativa, de maneira que hipóteses fáticas idênticas passam a ser decididas de forma absolutamente diferente, ocasionando incomensurável insegurança jurídica em razão do desrespeito às leis legitimamente promulgadas.

O ativismo judicial é grave problema a ser controlado em razão de seu caráter invasivo na atuação de outros poderes e o voluntarismo ideológico que impregna decisões judiciais de vieses subjetivos, que distanciam a atividade judicial da imperiosa neutralidade e imparcialidade, carece de uma ressignificação argumentativa e de enriquecedora fundamentação na construção das decisões e, havendo necessidade de reorganização do procedimento interpretativo, com orientação do raciocínio do julgador e sua adequação às hipóteses fáticas e, para tanto, faz-se necessária a aplicabilidade de uma condução metodológica

que indique ao juiz a melhor solução para qualquer tipo de caso, seja ele fácil ou difícil, alcançando, assim, transparência, igualdade, coerência e justiça.

Na concepção de Elival da Silva Ramos o exercício do ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da atividade jurisdicional, com típica descaracterização da função do Poder Judiciário, subvertendo o núcleo essencial de funções de outros poderes, tanto que afirma:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

Ao longo dos tempos as decisões judiciais foram influenciadas por escolas ou correntes de pensamento, umas orientando julgadores a atuarem de forma mais estanque e de acordo com rígidas regras, ou seja, com um exercício mecânico de subsunção da norma ao fato e outras com orientação mais livre, concedendo ao intérprete liberdade deliberativa com invocação principiológica que lhe possibilita criar direitos e agir além de suas atribuições funcionais. Nos tópicos seguintes estas correntes serão abordadas.

1.5 TEORIAS JURÍDICAS DOMINANTES

A atividade de julgar e, conseqüentemente, decidir problemas humanos sempre foi estimulada por outros homens ou por correntes de pensamento que ao longo do tempo influenciaram o direito.

Durante o período imperial romano os julgamentos eram realizados por juízes leigos que não possuíam capacidade criativa do direito, mas em exercício arbitral mediante auxílio de jurisconsultos, os quais eram os intérpretes da legislação oriunda do pensar do Imperador ou do Senado, sendo que com a expansão do Império Romano e a concentração do poder nas mãos deste, os juízes praticamente tornam-se agentes do rei.

Com a queda do Império Romano e no limiar da idade média verifica-se alteração no papel dos magistrados, sendo este formato descrito por Dallari:

A partir do século nono, mais ou menos, com o desenvolvimento das corporações; com a multiplicação e o aumento da riqueza e do poder político das ordens religiosas e da Igreja Católica de modo geral; com as alianças de senhores feudais em torno de um rei, vão sendo definidas novas magistraturas. Assim, haverá tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, decidindo sobre matéria cível e criminal, dando a certas pessoas o privilégio de não serem julgadas pelos tribunais do rei (DALLARI, 1996, p. 11).

A mutação da magistratura segue com o Absolutismo e a Idade Moderna, pois neste período juízes eram escolhidos pelos governantes e a estes serviam de maneira implacável e arbitrária, fazendo com que os julgadores tivessem imenso poder, todavia com uma imagem negativa perante a população que os temia.

Nos séculos XVII e XVIII, no Estado Moderno, os juízes passam a ser parte do aparato do poder e já na Constituição Francesa de 1791 é assegurada aos juízes a vitaliciedade. Neste período exalta-se o princípio da legalidade e é fortalecida a vontade popular, a qual passa a ter voz pela representatividade do legislador que passa a criar leis que devem servir de norte para a atuação de juízes, porque elas seriam suficientes para dizerem o direito e garantir a justiça pela percepção do juiz atrelada à legalidade estrita, nascendo, pois, o Positivismo Jurídico, ficando relegada a ideia de um Direito Natural.

Com o fim da segunda grande guerra surge a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e o Positivismo perde força, assim como a atividade reducionista do julgador, havendo abertura de espaço para o Neoconstitucionalismo, com posições pós-positivistas em que juízes passam a ganhar espaço para, com fundamento nas constituições modernas, decidir com base em princípios, passando a criar direitos, atuando com responsabilidade social.

Com já visto, esta atuação mais livre do magistrado na atualidade rendeu opiniões favoráveis, entretanto, após abuso de alguns, passou a ter severas críticas por haver uma atuação jurisdicional invasiva no que pertine às atividades de outros poderes e prolatações de decisões díspares em casos semelhantes, causando incoerências e insegurança jurídica.

Nos tópicos seguintes serão abordadas as correntes de pensamento que mais influenciaram as decisões judiciais ao longo do tempo, desde a posição jusnaturalista, passando pela posição positivista chegando até a pós-positivista, com incursão no pensar de um dos representantes de cada escola.

1.5.1 POSIÇÃO JUSNATURALISTA

Antes da abordagem deste tópico, torna-se necessário apenas registrar que o conceito de Justiça difere do conceito de Direito, porque aquela serve de norte a indicar como deve ser elaborado o direito quanto ao seu conteúdo a caracterizar o ordenamento jurídico posto pelos homens para regular as condutas humanas, sendo que o conjunto de normas denominado *positivismo jurídico* prescreve que o direito possui validade mesmo que não seja justo. Com relação a este aspecto, aqui o ordenamento é mutável, de forma diversa do direito natural

jusnaturalista, que é imutável e não provém de homens, mas de uma autoridade transcendente e absolutamente justa. Tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo são escolas fundantes da teorização do Direito, porquanto são doutrinas paradigmáticas. Norberto Bobbio conceitua a Justiça de maneira simples, assim como o Direito:

Justiça deve ser entendida como o conjunto de valores, bens ou interesses em prol dos quais, para proteger ou ampliar, os homens recorrem àquela técnica de convivência à qual estamos acostumados a dar o nome de direito. Direito se trata de um complexo de regras da conduta humana que têm por característica serem feitas valer, no caso de violação, com a força (BOBBIO, 2016, p. 67 e 198).

No que concerne à origem do jusnaturalismo esta é relacionada à cultura grega, tendo em Platão o pensador que falava em *uma justiça inata, universal e necessária*. Em Roma o tema é atribuído a Cícero que afirmou que *a razão reta, conforme à natureza gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem*. Já o surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio, com sua obra *De Jure belli ac pacis*, 1625, que difundiu a ideia de direito natural *como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão* (BARROSO, 2019, p. 232-233).

Sobre o jusnaturalismo aduz Barroso que:

O termo “jusnaturalismo” identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Este direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2019, p. 232).

A posição jusnaturalista tem como base justificacional a existência de um direito imanente à natureza, sendo de caráter universal, suprapositivo e, portanto, imutável e totalmente justo. De acordo com Hans Kelsen:

A natureza – a natureza em geral ou a natureza do homem em particular – funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa seus preceitos atua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas de conduta justa, são imanentes à natureza. (...) Podem ser descobertos na natureza (...) são normas por sua própria natureza invariáveis e imutáveis (KELSEN, 1998, p. 71).

Estes preceitos de justiça, em razão de seu caráter suprapositivo e não escrito, existem independentemente de qualquer criação legisladora por parte do Estado. Na visão jusnaturalista há uma *existência de um conjunto de normas que são anteriores até mesmo à*

criação do Estado. Ou seja, são normas que existem como condição natural do convívio social humano (FREITAS FILHO, 2003, p. 83).

Verifica-se que dentro desta corrente de pensamento jurídico-filosófico há duas vertentes a serem consideradas, uma com profundas considerações teológicas com fundamento *metafísico-religioso da doutrina do direito natural que emerge da vontade de Deus* e outra com propensões *racionalistas, os quais procuram deduzir da razão as normas de um direito justo* (KELSEN, 1998, p. 72-86 e 85). Uma possui *inspiração natural (uma lei necessária para a vida em comunidade)* e outra de *inspiração racional (uma lei conhecida por ser razoável ao homem)* que, *entretanto, não se afastam da concepção de que de fato um Direito que é preexistente e é conhecido pelo homem* (FREITAS FILHO, 2003, p. 85). Qualquer que seja a natureza da corrente juspositivista, ambas se contrapõem à corrente jusfilosófica de relevante influência no direito que é o Positivismo Jurídico, este escrito, mutável e emanado de uma autoridade humana criadora de direitos.

O viés racionalista, em busca de clareza, unidade e simplificação, promoveu a codificação do direito, reunindo documentos legislativos, agrupando-os e organizando-os sistematicamente as normas em torno de determinado objeto, sendo que *esta técnica tende a promover a identificação entre Direito e lei* (BARROSO, 2019, p. 234).

Sanches Cunha, no que diz respeito às divergências entre o jusnaturalismo e o positivismo, afirma:

O jusnaturalismo se opõe ao positivismo na medida em que o Direito, separado do justo, careceria de “alma”, de razão de ser, assim, fatalmente perderia força, dissolver-se-ia com o passar do tempo. Para os adeptos desta corrente de pensamento, não se pode explicar, unicamente, o poder da lei com a pistola de um gendarme (CUNHA, 2012, p. 130).

Mister deixar claro que o direito natural não necessita ser escrito, positivado, entretanto nada obsta que possa haver regramentos escritos de conteúdos de direito natural sem que haja a perda desta essência.

O jusnaturalismo da modernidade surge durante os séculos XVII e XVIII, após acontecimentos históricos que marcaram a humanidade, como o avanço de europeus para o continente americano e a necessidade de convivência entre indivíduos de diferentes culturas, de diferentes crenças, comportamentos, o que traz à tona o enaltecimento da tolerância. Devem ser observados, ainda, as conquistas de terras, o crescimento do capitalismo e a afirmação de novos estados. O jusnaturalismo moderno e racionalista não se funda mais somente em uma ordem prática, mas com foco instrumental e estratégico. Neste sentido diz Freitas Filho:

A razão moderna é aquela capaz de operar a relação entre meios e fins previamente dados, uma razão estratégica, capaz de operar as relações entre

oportunidade de cursos de ação para alcançar fins determinados, e a razão prática é aquela capaz de deliberar sobre os fins, a escolha e a hierarquização dos fins (FREITAS FILHO, 2003, p. 88-89).

A obra de Hugo Grócio que inspira o jusnaturalismo moderno, como anteriormente descrito, incrementa *um fundamento racional, autônomo e laico para o Direito*, abandonando o teológico e concedendo espaço para um racionalismo que tem como ponto de partida a conduta humana, dando início, ainda, à ruptura entre Direito e Moral (FREITAS FILHO, 2003, p. 89).

O posicionamento moderno do jusnaturalismo serviu de norte para o surgimento de doutrinas contratualistas como as de Hobbes, Locke e Rousseau, as quais, em momento posterior, foram fomentadoras de revoluções como as da França e Inglaterra, servindo para consolidar direitos inalienáveis do homem como o destaque do valor da liberdade e da vida, consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, todavia, tais conquistas carecem de normatização mais rígida e formal para garantia de direitos fundamentais e regular novos comportamentos sociais, portanto o século XIX demonstra que o jusnaturalismo passa a ceder campo para uma corrente diferente, o juspositivismo, na qual as normas passaram a ser codificadas.

Não obstante a permanência do juspositivismo por longo tempo como referencial teórico do direito, nota-se que após a Segunda Guerra Mundial valores como liberdade e igualdade passam a ser o norte da sociedade contemporânea, de modo que a fria letra da lei perde seu vigor e seu triunfo se esvai, passando a não mais bastar para decidir questões afetas à efetivação dos direitos humanos, ressurgindo, portanto, o jusnaturalismo contemporâneo com a *função de (re)humanizar o Direito, dando-lhe direção privilegiada pelos valores eleitos pelos protagonistas da realidade sócio-política e restabelecendo o primado da Justiça como fundamento do Direito* (FREITAS FILHO, 2003, p. 95).

No tópico seguinte abre-se um espaço para conhecimento da visão de um teórico jusnaturalista contemporâneo, Lon Fuller, quem publicou um livro com este viés em pleno momento em que juristas apenas descreviam direitos e não se acreditava ser crível conectar o ordenamento jurídico a uma ordem sobrenatural ou da natureza humana.

1.5.1.1 A PERSPECTIVA DE LON FULLER

O jusfilósofo Lon Fuller publica sua principal obra, *The Morality of Law (A Moralidade do Direito)*, em 1963, quando o positivismo já estava consolidado, entretanto, ainda assim, confrontando o modo de pensar da época prescreveu ser impossível desvincular o direito

da moral e que esta seria a forma correta de os juízes interpretarem as leis e decidirem os casos que lhe fossem submetidos.

Para o autor há uma preocupação dos juristas em apenas se aterem ao direito, deixando de lado o aprofundamento no estudo da moral a qual pode, de certa forma, tornar o direito mais viável e fluido. Fuller entende que há formalismos imperiosos para a concretude de qualquer ordenamento jurídico no que pertine a regular as condutas humanas, sendo que tais formalismos não são apenas de garantir a eficácia das normas, mas de valores morais que devem estar intrínsecos no direito.

Verifica-se, em Fuller, que o direito natural que orienta seu pensar guarda relação com um empreendimento com disposição a *criar e administrar um sistema de regras para o controle da conduta humana*. Define, de forma bastante singular, o Direito como sendo o *empreendimento de submeter a conduta humana ao governo de regras* (FULLER, 1969, p. 124). É perceptível neste conceito que Fuller *destaca tanto o elemento humano, como sua concepção do sistema jurídico como atividade e resultado de um esforço intencional* (MARTINS, 2017b, p. 64).

No tocante a esta definição do autor, Angela Vidal Gandra da Silva Martins diz que:

A originalidade do conceito de Direito do autor é a proposta de um jusnaturalismo procedimental, como meio de assegurar o bom Direito, a partir do elemento humano. Em realidade, combina o processo interno com os fins externos, permeados por um sentido moral. (...) Nessa definição podemos vislumbrar os principais elementos de sua concepção: o elemento humano e a racionalidade, dos quais derivam a moralidade, a liberdade e a relacionalidade (MARTINS, 2017a, p. 37; MARTINS, 2017b, p. 65).

Segundo Gandra da Silva Martins *o Direito é para Fuller uma dimensão da vida social, à qual não se nega a possibilidade de ser entendido como a mais alta conquista da civilização e fundamento da dignidade humana* (MARTINS, 2017b, p. 65).

Lon Fuller ao definir o direito e o sistema de regras, assevera que este pode falhar e se tornar um *desastre* (FULLER, 1969, p. 39), caso não obedeça algo que pertence à natureza do ser humano. As oito regras desideratas de Fuller para o ordenamento de um estado democrático de direito é inato ao ser humano e são os fios condutores de um sistema de leis que garantem a segurança jurídica e que servem de alerta para evitar erros. São as que adiante seguem:

O primeiro e mais óbvio reside no fracasso em desenvolver regras, de modo que cada questão deve ser decidida numa base ad hoc. As outras rotas são: (2) uma falha para divulgar, ou pelo menos disponibilizar para a parte afetada, as regras que ele deve observar; (3) o abuso de legislação retroativa, que não só não pode por si própria nortear a ação, mas prejudica a integridade das regras prospectivas em vigor, pois as coloca sob a ameaça de mudança retrospectiva

(4) falha em produzir regras incompreensíveis; (5) a promulgação de regras contraditórias entre si ou (6) regras que exigem conduta além das possibilidades da parte afetada; (7) introdução de mudanças tão frequentes nas regras que o sujeito não pode orientar sua ação por elas; e finalmente, (8) uma falha de congruência entre as regras conforme anunciadas e sua aplicação efetiva (FULLER, 1969, p. 39).

Percebe-se que a proposta de Fuller indica preocupação com os cidadãos e que tem um propósito racional de que as regras não apenas são cumpridas porque existem, mas porque servem para regular a sociedade e porque funcionam. Sugere um jusnaturalismo procedimental como meio de assegurar um bom Direito, como o sincretismo do *processo interno do Direito com os fins externos, permeados por um sentido moral, ainda que restrito, já que compreende bem o quanto o âmbito moral ultrapassa o jurídico* (MARTINS, 2017b, p. 65).

As desideratas podem ser compreendidas facilmente pela população, porque são naturalmente absorvíveis. Primeiro porque são gerais e não feitas para determinado tipo de pessoas, sob pena de haver erro sistêmico ao não serem direcionadas para todas as pessoas. Segundo porque devem ser promulgadas e publicadas, para que qualquer cidadão tenha acesso e não alegue desconhecimento. Terceiro porque sugere que não deve haver regra com caráter retroativo, pois são feitas para regular situações futuras, sob pena de causar insegurança jurídica. Quarto porque a lei deve ser clara, evitando dispositivos confusos, para que todos a compreendam, sobretudo pelo fato de que a clareza pode ser vista como a essência da legalidade. Quinto porque as leis não podem ser contraditórias, sugerindo soluções baseadas em duas premissas, uma que permite e outra que negue algum direito, o que pode elevar a insegurança. Em sexto lugar porque a legislação não deve exigir algo impossível aos cidadãos, a ponto destes não terem possibilidade de cumprir o preceito legal. Em sétimo lugar as leis devem perdurar no tempo, não devendo serem alteradas com frequência, sob pena de não haver possibilidade de os cidadãos conhecerem seus direitos. Em oitavo lugar as leis devem ser congruentes entre si e devem ser públicas para que se conheça a finalidade de sua existência, porque afetam e regulam a ordem social.

Essas exigências, caso cumpridas, para Fuller tornam o direito um bom direito, porque são naturalmente cumpridas e causam estabilidade social, sendo o que constitui a moralidade interna do direito.

Fuller diz haver *uma moralidade que torna o direito possível* (FULLER, 1969, p. 33) e as leis possuem em sua estrutura interna uma lógica que não é técnica, que causa respeito, porquanto tal moralidade interna é intrinsecamente natural e racional, oriunda do sentido comum dos indivíduos.

Distingue, Fuller, dois tipos de moralidade e credita esta necessária distinção no fato de *existir tanta insegurança nas exposições acerca da relação entre direito e moral* (FULLER, 1967, p. 12). Observa a existência da *moralidade de dever* e a *moralidade de aspiração*. A moralidade de aspiração *tem a ver com nossos esforços para fazer o melhor uso de nossas curtas vidas e para fazer melhor uso de nossos limitados recursos* (FULLER, 1969, p. 17) e a moralidade de dever diz respeito com uma sociedade ordenada viabilizada por normas básicas elementares das relações humanas, *aplicáveis às condutas e à obediência do cidadão às regras* (FULLER, 1969, p. 40). Esta se trata de natureza mais genérica da vida em sociedade e aquela que guarda relação com comportamentos mais individuais.

Para Fuller *na moral de aspiração se inicia no cume da realização humana, a moral de dever se principia na base*. A moralidade de aspiração tem a ver com a *moral de uma vida exemplar, de excelência, de realização mais completas das faculdades humanas*, sendo que a moralidade de dever *prescreve as normas básicas, sem as quais é impossível haver uma sociedade ordenada* (FULLER, 1967, p. 13; FULLER, 1969, p. 5).

A matriz teórica de Fuller baseia-se na indicação de que um sistema jurídico deve cumprir exigências formais para que efetivamente possa regular a vida humana e, para tanto, deve conter um valor moral intrínseco ao direito, o qual é capaz de cumprir sua função com o cumprimento de princípios que indicam sua legalidade, quais sejam, generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência.

Acerca destas exigências formais que devem estar contidas em um sistema jurídico de acordo com Fuller, assevera Gandra da Silva Martins que

esse conjunto de exigências não encerra um fim em si mesmo, mas um meio, que por sua vez, permite à racionalidade do Direito relacionar meios e fins. Não visa a controlar a conduta humana por regras, mas dirigir os esforços humanos propositados, a partir da segurança dessa moralidade procedimental (MARTINS, 2017b, p. 68).

Para Lon Fuller qualquer indivíduo tem capacidade de compreender uma lei natural que é aplicada a todos, porque é da natureza humana este entendimento e que o direito funciona para sustentar as relações humanas e o estabelecimento de regras não existe para dividir, mas para concretizar o respeito entre os cidadãos e garantir segurança jurídica. E neste sentido diz Gandra da Silva Martins:

O Direito natural em Fuller se refere mais apropriadamente às leis naturais próprias do empreendimento jurídico. Se o Direito percorre o caminho correto, confirmando racionalmente o natural, a presunção de que o que é Direito é certo é perfeitamente aplicável, sendo, ao mesmo tempo, uma reação natural aceitá-lo. (...) A justiça em Fuller começa por respeitar cada pessoa, tratando-a como livre e responsável, através das formas procedimentais oferecidas pela moralidade interna do Direito (MARTINS, 2017b, p. 68 e 78).

É perceptível em Fuller a evolução de seu pensamento frontal ao positivismo, com elaboração de um pensar que busca na ética um norte para o Direito, com destacada preocupação com os meios e os fins deste, e, à formação de um conjunto de normas jurídicas que enfatizam a liberdade, e, por meio desta, estabelece o alicerce para uma boa ordem social.

1.5.2 POSIÇÃO POSITIVISTA

Perscrutando o curso da história verifica-se que entre o final do século XVIII e o início do século XIX a sociedade passa a ter percepção da intensidade do poder intervencionista dos governantes soberanos e absolutistas, clamando por uma limitação deste poderio altamente centralizado em mãos de indivíduos que não reconhecem nada maior que eles próprios, salvo Deus.

Ao forjar o moderno conceito de soberania Jean Bodin diz se tratar do *poder absoluto e perpétuo de uma República*. Referido conceito traz o vocábulo “República” que a conduz à ideia de poder estatal (BODIN, 2011, p. 195). Segundo Reinhold Zippelius, foi Jean Bodin que *caracterizou o novo curso do Estado moderno com o conceito de soberania* (ZIPPELIUS, 1971, p. 56).

Na teoria bodiana o poder é absoluto e soberano, pois não tem outra condição que aquelas que a lei de Deus e a da natureza orientam. O soberano concebido por Bodin *exercia seu comando sem interrupção e sem se sujeitar a nenhuma outra ordem*, com exceção das leis de Deus e da natureza (BODIN, 2011, p. 203 e 207).

É neste momento histórico de levante social que o Direito passa a ser dividido em *dois direitos*, o natural e o positivo, sendo que a concepção positivista ganhou campo com a formação do Estado moderno, em detrimento daquela com base justificacional da existência de um direito imanente à natureza, suprapositivo, portanto, e, com a formação do Estado moderno e sua consolidação ao longo do século XIX, este passa a concentrar em suas mãos todos os poderes, inclusive o de criar e aplicar o direito, consolidando o que Bobbio denomina de *monopolização da produção jurídica por parte do Estado* (BOBBIO, 2006, p. 27).

Dois conceitos possuem relevo no Positivismo jurídico: *o conceito de método (que se revela na forma com que se estuda o fenômeno jurídico) e a teoria (que traduz a doutrina do Direito, visto com sistematização e princípios científicos)* (CUNHA, 2012, p. 122).

Outro fator caracterizador do Positivismo é a tese da separação entre Direito e Moral, pois autores desta corrente entendem não haver necessidade de unir o direito à moral. Em mais uma demonstração de singular vitalidade intelectual Bobbio afirma que Moral é *um*

conjunto de prescrições da conduta humana em geral, ordenadas de modo sistemático e hierárquico em torno de algumas máximas fundamentais, inspiradas comumente na aceitação de um valor considerado proeminente (BOBBIO, 2016, p. 217-218). E Kelsen conceitua Direito como *a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária* (KELSEN, 1992, p. 26).

A factualidade cotidiana, vale dizer, o conhecimento da realidade, é que conduz o direito a fundar-se em juízos de fato, e não em juízos de valor que representam uma tomada de decisão frente à realidade, porque Direito é norma, cujo conteúdo e fundamento são originados pelo Estado e dotados de força coativa.

Sobre este apartamento entre Direito e Moral doutrina Robert Alexy:

A controvérsia entre positivismo e não positivismo é uma disputa sobre a relação entre direito e moralidade. Todos os positivistas defendem a tese da separação. Em sua forma mais geral, a tese diz que não há conexão necessária entre o direito como ele é e o direito como deveria ser. Em uma versão mais precisa, afirma que não há conexão necessária entre validade jurídica ou correção jurídica de um lado, e méritos e deméritos morais ou correção moral e incorreção moral do outro (ALEXY, 2008, p. 284-285).

Observa-se que o direito é coercitivo e, ao revés, a moral não o é, sendo que a obrigatoriedade imposta pela moral não decorre de lei, mas da consciência dos indivíduos.

Não se pode olvidar que em período anterior à formação do Estado moderno o juiz não estava adstrito a aplicar apenas normas estatais, tinha liberdade de escolha de fonte, fosse nos costumes, fosse na produção de juristas ou até mesmo decidindo com um caráter equitativo baseado na própria situação fática que lhe era submetida, concluindo de forma concorde com princípios do direito natural, entretanto, com o avançar do Estado moderno o julgador passa a ser órgão do Estado e torna-se obrigado a dirimir controvérsias exclusivamente de acordo com regras do poder legislativo, de modo que o direito positivo passa a ser *o único e verdadeiro direito, o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais. (...) o Estado se torna o único criador do direito* (BOBBIO, 2006, p. 29).

Bobbio destaca a distinção entre o direito natural e o direito positivo, asseverando que *o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador* (BOBBIO, 2006, p. 22).

Ao discorrer sobre o método positivo e o momento de surgimento e evolução do Positivismo, afirma Cunha:

Convém destacar que o ambiente histórico, cultural, econômico, artístico, filosófico, político etc, em que tudo isto ocorreu, foi, precisamente, numa época dominada pelo progresso da técnica e pelo fascínio das ciências experimentais. Para os positivistas a questão central, essencial, seria o método que se opõe ao metafísico. Os positivistas pretendem excluir toda e qualquer especulação, sobre determinado fenômeno, que foge dos fatos (CUNHA, 2012, p. 122).

Neste compasso da história a lei surge como forte instrumento de regulação social, porque emerge de um legislador que representa o povo e, conseqüentemente, de uma soberania popular, um dos elementos fundantes dos estados modernos. Cumpre destacar que o direito positivo baseia-se em manifestações humanas, as quais diferenciam-se conforme onde se localiza a comunidade, *o que revela a importância da historicidade da lei e da soberania da comunidade* (COITINHO, 2007a, p. 50).

O domínio da jurisdição na concepção positivista, em sentido amplo, deve ser limitado ao exercício intelectual-cognitivo delimitado pela irrestrita observância de leis abstratas, as quais eram suficientes para servir o ordenamento jurídico e garantir a segurança jurídica almejada pelos cidadãos, o que impedia, portanto, que julgadores criassem direitos, porque segundo esta corrente tanto as leis quanto a codificação são aptas o bastante para conduzir qualquer intérprete a uma única conclusão em um caso conflitivo.

Impende destacar que o Positivismo é uma corrente filosófica que foi sendo lapidada e ganhando força, tendo características distintas afetas a cada defensor desta escola e também em razão de influências de momentos históricos, sociais, políticos, ideológicos e econômicos, sendo que destas variantes opta-se, neste trabalho, por, mais adiante, tratar do positivismo normativista de Hans Kelsen.

O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor e era considerado perfeito e se justificava apenas pela própria existência. De acordo com Barroso:

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica emprenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar (BARROSO, 2019, p. 236-237).

A legitimidade normativa nesta corrente é garantida pela gênese formal e não pelo conteúdo e, neste aspecto, assevera Habermas que:

Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes (HABERMAS, 1997, p. 250/251).

Percebe-se que o Positivismo busca uma postura científica e prevalente diante das demais correntes, situando o direito positivado, que estivesse posto, em patamar superior sobre a norma não escrita, imaterial, portanto. Nesta senda, os indivíduos que vivem nesta sociedade democrática e positivada enxergam as regras e as obedecem livremente por entenderem que são justas, sendo que em caso de conflitos entre pessoas um terceiro indicado pelo Estado – o juiz, que tem o poder de decidir onde estaria a razão. Haver algo escrito que regulasse as relações sociais trouxe força para o Positivismo, porque cidadãos passam a ser regidos por algo palpável e não por diretrizes emanadas de um ser onipotente. Um sistema que garantisse segurança jurídica e fosse dotado de objetividade era o que almejava o povo, sendo que neste aspecto o Positivismo satisfazia os momentâneos anseios.

Trata-se de um modelo que há previsão fática introjetada no direito, com uma antevisão de ocorrências sociais que são tuteladas pelo Direito, embora tal assertiva seja objeto de severas críticas sob a alegação de haver impossibilidade de antevisão de todas as hipóteses de aplicação do direito, ou seja, há uma indeterminabilidade do Direito (STRECK, 2012, p. 68).

Não obstante a regra escrita indicar o norte decisório que pudesse eliminar a discricionariedade arbitrária, aquela poderia ser utilizada como mecanismo a serviço de grupos dominantes politicamente, culminando, pois, em práticas injustas contra indivíduos com a aplicabilidade de leis injustas interpretadas por um juiz incontestável, de maneira que fatores como as atrocidades da Segunda Guerra Mundial alertaram o mundo quanto à necessidade de proteção absoluta dos indivíduos, culminando com a positivação dos princípios nos ordenamentos jurídicos, erigindo uma crise no positivismo germinando uma identificação da Constituição a um conteúdo mínimo de Justiça.

Críticos do positivismo destacam que esta corrente possui uma excessiva preocupação com a lei, independentemente de seu conteúdo, e que isso pode abrir portas para regimes totalitários. O *formalismo jurídico*, ou seja, o fato de a corrente crer ser possível disciplinar todas as condutas humanas e que o direito pode ser definido e validado exclusivamente por sua estrutura formal, independentemente de seu conteúdo, tendo valor apenas de como a norma é produzida e não o que ela estabelece, também é objeto de críticas por preconizar que bastaria o cumprimento do processo legislativo para que a lei pudesse ser considerada a expressão do Direito. Outra opinião divergente dos positivistas é o excesso de legalismo, o qual faz transparecer que esta corrente estabelece que o Direito nada mais é que

apenas um conjunto de regras ou normas, assim como destacam obscuridade no conceito de norma fundamental preconizado por Hans Kelsen (CUNHA, 2012, p. 128). Há também a crítica de ser o Positivismo um modelo que engessa o poder discricionário, não normatiza princípios e possui uma aplicação mecanicista do direito (SAPUCAIA, 2019, p. 14).

Com a fissura hegemônica do positivismo no pós-guerra e a derrota dos regimes totalitários, floresce a ideia de que o Direito deve deixar de expressar apenas o desejo do legislador, emergindo, assim, o aguçamento da percepção da necessária promoção de valores, sendo que dentre eles o primordial é a realização da Justiça para além da lei, concebendo catálogos de direitos e garantias fundamentais em defesa dos cidadãos contra eventuais abusos a serem praticados pelos estados. Era o nascimento do pós-positivismo.

No tópico que segue poder-se-á conhecer a visão de Hans Kelsen, um dos mais coerentes e importantes teóricos do positivismo jurídico.

1.5.2.1 A PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

Discorrer sobre um pensador da estatura intelectual de Hans Kelsen no estreito âmbito deste trabalho trata-se de árdua tarefa, sobretudo quando se observa um legado de mais de seiscentas obras entre artigos e livros (KELSEN, 1998, p. VIII), todavia, o que se pretende nesta moldura delineada sobre o autor austríaco é abordar seu contributo para o positivismo com sua Teoria Pura do Direito.

Na teoria de Kelsen as fontes do Direito devem vir do próprio Direito, apartadas de distintas ciências ou da moral, sendo que o Direito deveria ser estudado sem considerar valores extrajurídicos, ou seja, de forma pura e esta pureza metodológica conduz o estudo do Direito sem interferências de outras disciplinas ou de juízos de valor.

Kelsen tinha a pretensão de compreender o Direito como uma Ciência do Direito, cujo objeto fosse inteligível e produto do raciocínio humano e não com formulação metafísica. Ele trata o Direito como um sistema de normas, ou seja, com logicidade, e não mero conjunto de normas, uma ordem da conduta humana, definindo ordem como um sistema de regras e disciplina que:

O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida (KELSEN, 1992, p. 11).

A Justiça abarca a temática do Direito e da Moral, sendo esta correlacionada com aspectos subjetivos e o Direito com aspectos objetivos e quando trata destes institutos e a necessária observação em apartado, diz Kelsen:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 1999, p. 47).

Em Kelsen o jurista não valora o direito, ao revés, apenas o descreve e deve manter-se indiferente e neutro. O jurista deve descrever seu conteúdo, não discutir o valor de justiça em que ela se fundamentou, ou seja, o jurista não deve introduzir elementos valorativos no discurso descritivo (KELSEN, 1998, p. XIV). A justiça concentra a ideia de valores, os quais variam de acordo com quem os interpreta. O comportamento do jurista é desta forma descrito por Borges:

A função do operador jurídico, nesta perspectiva, é a de aplicador da lei; de um profissional que se compreende inspirado pelos valores liberais e que é preparado para a função de adequar normas dadas a fatos ocorrentes, numa quase que mecânica aplicação lógico-formal do sistema normativo (BORGES, 2018, p. VII).

Conforme descrito no tópico anterior, o positivismo possui variantes e o modelo normativista de Kelsen é uma destas, sendo que, de acordo com Barroso, este viés positivista comporta algumas características essenciais:

- (I) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (II) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (III) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso inexistindo lacunas que não possam ser suprimidas a partir de elementos do próprio sistema;
- (IV) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão (BARROSO, 2019, p. 236).

Outros influentes positivistas são Joseph Raz e Herbert L. A. Hart, sendo que diferentemente de Kelsen e seu positivismo normativista, Raz é expoente do denominado positivismo exclusivo, o qual se caracteriza por sustentar que:

A existência e o conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados, sempre e em todo caso, com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa (POZZOLO; DUARTE, 2010, p. 42).

Joseph Raz afirmou que *o direito surge das fontes jurídicas se sua existência e conteúdo podem identificar se por referência unicamente a fatos sociais, sem recurso a argumento avaliativo algum* (RAZ, 1996, p. 211).

Quanto ao positivismo inclusivo seu mais importante representante é Hart, sendo que seus escritos foram postumamente publicados em sua obra *O conceito do Direito* e esta corrente traz a moral para dentro do Direito, porque entende que o caráter jurídico das normas pode estar atrelado a seus méritos morais, segundo Hart *conforme princípios morais e valores substantivos* (HART, 2001, p. 220), não podendo ter origem tão somente em fatos sociais. Para esta corrente, mais flexível, o Direito não necessita de argumentos ou critérios morais para ser válido, entretanto eventualmente pode deles lançar mão. Quando se reporta a este modelo diz Coitinho que eles consideram:

que a validade da norma jurídica não depende de seu conteúdo e do fato dela ser justa, uma vez que o critério de validade seria puramente formal, sendo válida a norma jurídica emanada pelo órgão estatal competente e que segue os procedimentos publicamente adequados (COITINHO, 2021a, p. 2).

No que tange à validade da norma jurídica, esta não se vincula à sua efetividade, mas sim à existência da norma, de modo que a Justiça encontra-se intrínseca na própria lei e ao jurista basta aplicá-la, caso esteja congruente com a norma fundamental que a tornou válida, independentemente de seu conteúdo. O processo de criação normativa é, também, fator garantidor de validade da norma, independentemente, portanto, do conteúdo, ou seja, basta o formalismo elaborativo, um dos caracteres do positivismo kelsiano.

Para Kelsen uma norma pressuposta como a mais elevada hierarquicamente, como se fosse em uma pirâmide gradual de normas, é designada de *norma fundamental*, a que representa o fundamento de validade de uma outra norma (KELSEN, 1999, p. 136).

De acordo com Kelsen o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Neste sentido:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (KELSEN, 1999, p. 136).

O ordenamento jurídico na concepção kelsiana era composto por normas jurídicas que se posicionam como se fossem uma pirâmide, estando a Constituição acima, as leis infraconstitucionais abaixo e mais subordinada ainda as normas infralegais, o que Kelsen nomina de normas de escalão superior e de escalão inferior (KELSEN, 1999, p. 245), sendo certo que a norma mais acima seria validadora de todas as demais, sendo válida, portanto, qualquer norma que derivasse da norma fundamental para o direito positivo.

O jusfilósofo austríaco evolui sua teoria a ponto de reconhecer que a aplicação do Direito não seria somente o de conhecimento fático e a interpretação rigorosa de uma norma

preexistente, mas que deveria haver uma janela a permitir a escolha de uma dentre as possibilidades existentes, porque o jurista detém conhecimento suficiente para determinar a melhor seleção, constituindo, pois, uma possível discricionariedade no ato decisório para fixar sentido às normas e interpretá-las por meio de *uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior* (KELSEN, 1999, p. 245).

Ao pensar na evolução de como deve ser a interpretação do Direito e a possibilidade de escolha da melhor solução pelo julgador, asseverou Kelsen:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1999, p. 249).

Verifica-se do que foi trazido à baila em relação ao legado kelsiano que o jusfilósofo ameahou e sequenciou as unidades fundamentais do raciocínio jurídico em um complexo dotado de logicidade que ainda por logo período contribuirá para a prática do direito. Neste sentido colaciona-se posicionamento de Juan Ruiz Manero:

A tradição positivista do século XX, a tradição que se inicia com Kelsen, efetuou sobre o direito um trabalho analítico imenso; trabalho analítico que situou a teoria do direito e a um estado muito distinto do que se encontrava antes de Kelsen. Conceitos fundamentais da estrutura e a dinâmica dos sistemas jurídicos receberam um esclarecimento tal nesta tradição que ignorar a contribuição da mesma não equivale em absoluto, como parecem crer alguns, a tê-la superado, ou então ser um ignorante mais básico da teoria do Direito contemporâneo (MANERO, 2014, p. 30).

Não obstante a riqueza da contribuição de Hans Kelsen para o mundo jurídico-filosófico, críticas ao formalismo abstrato, sob a alegação de que o direito se trata de um fenômeno social, a neutralidade do intérprete e a pretensão de completude do Direito são apenas umas das que foram endereçadas ao Positivismo Jurídico.

A hegemonia do Positivismo começa a ruir em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e a eclosão de um desejo mundial que passa a se intensificar para que haja uma transformação do Direito, segundo o qual este deveria contemplar o respeito aos direitos e liberdades dos indivíduos, promovendo, de forma real, a Justiça. No que pertine a este ponto diz Barroso:

A volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX. Foi, em grande parte, consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo (BARROSO, 2019, p. 317).

Neste cenário surge um novo pensar jusfilosófico que objetiva reavaliação do distanciamento do Direito da Moral e da Justiça, assim como repensar a ideia de consideração de valores, o que impacta na atuação do julgador.

1.5.3 POSIÇÃO PÓS-POSITIVISTA

Os abalos sociais em consequência do pós-guerra deram origem a uma mutação do modelo de pensar o direito, sobretudo quando se desenvolve a percepção da nova realidade mundial e se verifica que o positivismo não mais era capaz de dar respostas dotadas de logicidade para questões afetas à nova sociedade de então, mais complexa, com anseios focados em valores e na segurança jurídica, bem como a um sistema que deveria se pautar na produção da Justiça, deixando para o passado a cultura legicêntrica que até aquele tempo vigia. Este o modo pós-positivista que serve de sustentáculo filosófico para o Neoconstitucionalismo, uma corrente de pensamento com matizes sociais e filosóficas, que tem como norte a centralização das constituições nos ordenamentos jurídicos, com a internalização dos princípios naquelas, os quais contém os valores humanos universais. Este pós-guerra serviu para a eclosão de uma nova fase do Direito que passou a balizar o modo de atuar dos poderes constituídos e *redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas* (BARROSO, 2019, p. 241). Sobre esta dinâmica recente do direito na história afirmou Barroso:

O positivismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. (...) O positivismo, por sua vez, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. (...) O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. (...) O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política (BARROSO, 2019, p. 243).

J. J. Canotilho conceitua Constitucionalismo e a Constituição Moderna como sendo:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. E Constituição Moderna é a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político (CANOTILHO, 1998, p. 45-46).

E nesta esteira seguiu-se o Neoconstitucionalismo, porque a essência conduz claramente a juízos de valor e se orienta em proteções das liberdades e na garantia de direitos sociais e fundamentais, consubstanciando em um esvaziamento do status positivista prevalente em razão da percepção global de que as desumanidades praticadas durante a segunda grande guerra não poderiam ser sustentadas pelo modelo legal da época, havendo necessidade de mudanças e transições, devendo o novo modelo posicionar o ser humano no centro do ordenamento jurídico.

Este novo modelo de Direito Constitucional é a confluência entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito, sendo que os valores políticos ou morais que a sociedade compartilha são absorvidos pelas constituições em forma de princípios, os quais ganham força normativa e espaço no processo de aplicação do Direito.

Há um rechaço aos formalismos presentes até então, que são substituídos por um debate filosófico e por uma abertura ao raciocínio jurídico, muito em razão da reaproximação entre o Direito e a Moral, lançando mão de elementos metódicos a exemplo de ponderações ou de teorias argumentativas para a produção jurídica.

Houve necessidade de mudanças significativas de textos constitucionais e também transformação no modelo de se interpretar, fazendo que o Direito pudesse ser melhor pensado para que alcançasse o objetivo que é o bem do humano, sendo que, para tanto, o intérprete deixa de ser apenas a boca que pronunciava a lei e passa a poder adaptar ou criar o Direito com o olhar voltado para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

Esta mutação que enaltece direitos termina por ocasionar a judicialização da política e das relações sociais, *com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário*. Daniel Sarmento destaca que esta migração para o Poder Judiciário pode ocasionar *riscos para a democracia por uma judicialização excessiva da vida social*, bem como diz haver *perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta* (SARMENTO, 2009, p. 95-96). Conclui Sarmento:

Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2009, p. 100).

A corrente de pensamento neoconstitucionalista não se vincula à subsunção de casos ao crivo da lei e ao modelo silogístico de resolução de conflitos. Antes, busca uma solução racional com ênfase na razão prática na ambiência jurídica para o encontro da melhor decisão acerca dos casos e esse campo de atuação que ganha o juiz, o protagonista do modelo neoconstitucionalista, o conduz a uma liberdade antes não disponível ao Poder Judiciário, um

momento em que há uma discricionariedade alargada com ênfase na proteção dos direitos sociais e fundamentais, o que gera uma maior procura da sociedade pela proteção judicial.

A ampliação de atuação do Poder Judiciário o conduz a decisões que repercutem diretamente nas atividades de outros poderes, porque buscado a decidir sobre questões políticas ou que não tenham sido objeto de deliberação pelos outros poderes. Ao abordar as novas possibilidades de interpretação da decisão judicial Habermas diz que *a produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz* (HABERMAS, 1997, p. 249).

Como já declinado em linhas pretéritas, há quem aplauda este novo agir do Poder Judiciário, porque parcela significativa da população é descrente com a atuação dos demais poderes em razão de inúmeras publicações de casos de corrupção na imprensa ou de interesses escusos, todavia, há quem critique, posto que o que deveria ser uma liberdade de atuação para ter como escopo a defesa dos valores constitucionais do indivíduo, passa a se transformar em um ativismo judicial exacerbado em razão de forte carga subjetiva nas decisões judiciais.

Acerca da clareza ou imprecisão das normas e a interpretação realizada pelos juízes e a busca destes não somente pela expressão da vontade do legislador, mas também dos valores que estes tendem a inserir nas normas, Chaim Perelman assevera que:

Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao juiz, maior também a flexibilidade da norma, adaptável, pelo juiz, às circunstâncias e situações menos previstas. É quando dispõe de um grande poder de apreciação que o juiz tem condições de interpretar os termos da lei de modo que as consequências legais que deles tira concordem com seu senso de equidade (PERELMAN, 2000a, p. 290-291).

Com esta nova roupagem da atuação judicial consubstanciada na expansão do papel do julgador, que teria se iniciado com o processo de aproximação do Direito e da Justiça, após a implosão positivista e o desenlace da fundamentação jurídica adstrita às normas e respectivo atrelamento às constituições, o Neoconstitucionalismo passa a causar preocupação por conta da elevada carga de discricionariedade e, conseqüente, subjetividade nas decisões judiciais, sendo que referida subjetividade eleva a insegurança jurídica, sobretudo em razão da diversidade de decisões distintas prolatadas em casos semelhantes, não raras vezes apontadas como incoerentes, porquanto eivadas de interferências políticas ou maculadas por possível imparcialidade causada até mesmo por influência de valores morais, sociais, religiosos, jurídicos, mitigando a justificativa do atual rumo do pensamento jurídico que tem como norte a efetivação de preceitos constitucionais e a defesa de valores substanciais e de direitos fundamentais.

O tópico seguinte sintetiza, como autor paradigma desta corrente, o pensamento de um dos expoentes deste novo momento do pensamento jusfilosófico, o norte-americano Ronald Dworkin.

1.5.3.1 A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin foi um crítico do positivismo e da discricionariedade e, portanto, propôs uma teoria que pudesse fazer frente ao modelo prevalecente e que influenciasse as decisões judiciais a ponto de causar segurança jurídica e, ao mesmo tempo, serem racionalmente aceitáveis, porque oriundas de uma interpretação assentadas em princípios e valores fundamentais para uma prestação jurisdicional que pudesse legitimar a atividade do Poder Judiciário.

Em sua Teoria da Integridade Dworkin refuta a ideia de que Direito e Política sejam institutos de mundos distintos, de modo que entende ser possível haver decisões gerais com alguma carga de subjetividade, desde que baseada na boa fé, mas também rejeita a ideia de que juízes ao julgarem casos difíceis permitam a influência de suas ideologias políticas a ponto de atuarem como se legisladores fossem. Esclarece Dworkin:

Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita (DWORKIN, 2005, p. IX).

Compreende ser possível haver interpretação para casos relevantes com base na cultura jurídica, na política e outros padrões diversos de regras, como os princípios. Ao mencionar padrões distintos de regra, define o que entende por Política e Princípio.

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (DWORKIN, 2017, p. 36).

Admite, portanto, Dworkin, haver dois modelos de atuação do julgador em relação aos padrões que identifica, um quando os princípios são fontes obrigatórias que conduzem à aplicação correta do Direito e outro que se orienta nos princípios sem a obrigação de sua

aplicabilidade, mas com discricionariedade complementar da lei, podendo criar direito ainda que após a ocorrência do fato, partindo do princípio que disciplina que ninguém pode se beneficiar de algo com base em atos ilícitos, todavia esta mudança é excepcional sob pena de não haver mais nenhuma decisão com base em regra. *Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajudiciais respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio elegível* (DWORKIN, 2017, p. 60).

Habermas conceitua Regras e Princípios e orienta as respectivas aplicabilidades, sendo de relevo trazer à colação seu modo de pensar:

Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento etc). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação (HABERMAS, 1997, p. 258).

O autor alemão ainda indica o pensamento de Dworkin no caso de colisão entre princípios e regras:

Só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido (HABERMAS, 1997, p. 258-259).

A possibilidade de uma interpretação alargada, como dito em linhas anteriores, ocorre em caso de o julgador se deparar com uma lacuna na lei, houver esgotamento das regras disponíveis ou haver um conceito legal indeterminado, o que neste caso torna o caso de difícil resolução, entretanto, ao juiz não lhe é concedida a discricionariedade irrestrita para decidir, mas deve se vincular à absoluta observância da aplicação dos princípios jurídicos.

Para Ronald Dworkin os ideais políticos que formam uma estrutura política imparcial e que aja com coerência, com justeza na distribuição de recursos e um processo equitativo de aplicação de regras sociais possui pilares que dão sustentação, os quais nomina de virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal. Segundo Dworkin:

A equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder de maneira adequada. A justiça se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos (DWORKIN, 2014, p. 200).

E segue, o autor, asseverando que este contexto trata-se de um modelo de governo compromissado com a coerência do trato equitativo com os cidadãos, sendo uma moralidade

política e que a intitula de virtude da integridade política (DWORKIN, 2014, p. 202). O contributo de Dworkin com esta integração é resignificar o comportamento do indivíduo que interpreta e julga, afastando-o do modelo anterior que o conduzia a uma discricionariedade capaz de produzir incoerências, injustiças e inseguranças, de maneira que com sua proposta exista a legitimação das decisões judiciais, porque fundamentadas em princípios constitucionais inerentes à equidade, justiça e do devido processo legal. Habermas sintetiza o pensar de Dworkin quando afirma:

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração (HABERMAS, 1997, p. 260).

Pelo direito como integridade de Dworkin os juízes podem criar direitos desde que em prol do benefício da coletividade e, para tanto, deve o julgador julgar mediante uma interpretação criativa e deve, pois, voltar-se para a busca dos propósitos que podem tornar o objeto ou a prática a serem interpretados o melhor que possam ser diante de quem os observa. A ideia é buscar o valor do que se interpreta e não descobrir o valor que o intérprete tem em mente e que seja relevante perceber o significado do objeto. Diz Dworkin sobre a interpretação que cria, constrói:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam. (...) Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 2014, p. 63-64).

Por outro lado, entende Ronald Dworkin que

A interpretação do Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. (...) O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor (DWORKIN, 2005, p. 239-240).

A teoria da integridade de Dworkin tem como propósito proporcionar ao juiz o modo de encontrar sempre a resposta correta aos casos que lhe são submetidos, de maneira que deve, portanto, realizar a melhor interpretação jurídica possível.

Merece destaque, ainda, a metáfora do filtro (DWORKIN, 2012, p. 115) utilizada por Dworkin para melhor seleção das convicções morais dos indivíduos, o que não é diferente quando se tratar de julgadores, que são humanos, para que possam melhor se orientar no momento de decidir, fazendo com que convicções morais de maior peso sirvam de filtro para regular a vontade do agente. Acerca desta metáfora Coitinho assim se manifestou:

Ronald Dworkin propõe um interessante método coerentista para o estabelecimento da justificação das crenças morais. Ele usa uma metáfora do

filtro. As convicções morais mais fortes devem servir de filtro para outras influências subjetivas, como emoções, preconceitos, gostos, preferências. Assim, as convicções morais que são coerentes com outras convicções morais são convicções reflexivas e servem de filtro para a vontade do agente (COITINHO, 2014b, p. 48).

O julgador que seria o padrão idealizado por Dworkin é a figura do juiz Hércules, o qual segue rigorosamente o conceito de Direito como Integridade. Um personagem criado pelo autor para identificar a figura de um modelo a ser seguido por juízes, porque somente prolatariam suas decisões após o esgotamento de todas as formas de verificação de leis, princípios, julgados precedentes, história política, de modo a harmonizar tais preceitos e produzir coerência decisória, realizando a entrega da melhor prestação jurisdicional possível, porque parte da ideia que aos casos observados deve apresentar a melhor resposta. Esta melhor ou única resposta decorre de um processo interpretativo fundado em princípios que pode estabelecer coerência decisória em inúmeros julgados e, conseqüentemente, segurança jurídica. A proposição do Direito para determinado caso, segundo Dworkin,

é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária (...), mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária (DWORKIN, 2005, p. 211).

Dworkin diz que ao julgar Hércules emite *suas opiniões sobre a adequação, as quais se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos. Ele pergunta quais interpretações de sua lista inicial se ajustam aos casos do passado* (DWORKIN, 2014, p. 300). Porque Hércules age em consonância com o modelo de interpretação construtiva e do direito como integridade, avalia quais interpretações se adequam às pessoas em termos gerais, avalia as conseqüências que ocasionam prejuízo ou estão ligadas a interesses econômicos, até chegar aos princípios ideais e decidir pelo melhor que se adequa ao caso em estudo, sendo que seu raciocínio jurídico não divide a interpretação da aplicação do Direito, os quais acontecem dentro de sua moldura hermenêutica. Neste sentido diz Theodoro Filho sobre o juiz Hércules:

O juiz Hércules é aquele capaz de desenvolver complexas teorias político-interpretativas em sua busca pela melhor decisão possível em um caso específico, tendo em vista a tese do direito como integridade, unidade e coerência. Nessa medida, Hércules é capaz não só de comparar todos os elementos que compõem o cânon do direito, como de articulá-los, por meio de suas teorias, em um todo razoavelmente uno e coerente, de modo que suas decisões e juízos interpretativos não só se ajustem à história institucional do direito em sua comunidade política, respeitando o cânon, como, além disso, inovem o sistema jurídico com uma nova decisão que mantenha a coerência e a integridade do sistema (THEODORO FILHO, 2016, p. 673).

Hércules é um modelo ideal de juiz que concentra os pensamentos de Ronald Dworkin e o que este pensa em relação à interpretação jurídica de vanguarda e que esteja em simetria com o direito à integridade e que logre, assim, criar a melhor resposta para casos que lhes são endereçados para julgamento, ainda que de difícil desembaraço.

O esboço histórico realizado ao longo do desenvolvimento deste Capítulo revelou correntes de pensamento que influenciaram o Direito e o modo de atuar de juízes, de modo que razão assiste a Barroso quando asseverou:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideal difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica (BARROSO, 2019, p. 237-38).

Conclui-se que sempre há possibilidade de se aperfeiçoar a atividade jurisdicional – basicamente o interpretar e o fundamentar, portanto no Capítulo seguinte abordar-se-á a Teoria de Justiça de John Rawls, filósofo que está situado na mesma vertente que Dworkin, porque o objetivo deste trabalho é propor um modelo coerentista de produção de decisões judiciais, por meio do procedimento metodológico do equilíbrio reflexivo, em contraponto às atuações dessincronizadas dos juízes, que não raras vezes causam insegurança jurídica por produzirem decisões divergentes em casos similares, com elevada carga de subjetividade, com vistas ao encontro de um modelo que possa contribuir para a produção, de modo racional e transparente, de decisões coerentes e justas.

CAPÍTULO 2

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

No Capítulo anterior foi situado o problema que, embora não seja particularmente brasileiro, necessário é estabelecer um recorte para o cenário nacional, para tornar-se um facilitador da identificação do problema da fundamentação das decisões judiciais em razão de ser de domínio público um ativismo judicial e incontáveis decisionismos eivados de arbitrariedades suscitadoras de inconformismos sociais, não poucas vezes com flagrantes desvios para além da moralidade e além mesmo da constitucionalidade.

Os conceitos defendidos por escolas tradicionais e posicionamentos filosóficos foram trazidos à baila para breves considerações acerca de algumas teorias que dão suporte à fundamentação judicial. Todavia, para que seja alcançado o objetivo deste trabalho, mister é, neste momento, conhecermos a teoria da justiça de John Rawls não em sua totalidade, mas nos pontos de interesse que seriam a espinha dorsal de um fluxo procedimental que culmina com o sistema metodológico do equilíbrio reflexivo⁶ (*reflective equilibrium*) por entender tratar-se de um contributo do filósofo estadunidense na produção de decisões judiciais mais justas e coerentes.

A Teoria de Rawls tem como concepções básicas a ideia de sociedade bem ordenada (*well-ordered society*)⁷ e de pessoa dotada de racionalidade e razoabilidade⁸, sendo esta sociedade formada por um grupo homogêneo de indivíduos livres e iguais e que vivem em um sistema equitativo de cooperação social. Outra concepção básica da teoria rawlsiana é a da posição original (*original position*), a qual serve de ambiência primária para definição de termos reguladores da relação entre os cidadãos que vivem nesta sociedade, ou seja, onde é entabulado

⁶ Para o objetivo desta pesquisa opta-se por, já neste momento, fazer um registro acerca do método do equilíbrio reflexivo e, para tanto, trago à colação a lúcida visão de Denis Coitinho sobre o instituto, quando diz que ele tem o papel de instaurar a coerência entre os juízos morais particulares dos agentes e os princípios éticos estabelecidos, como em um esquema procedimental (COITINHO, 2009a, 139).

⁷ Considerando a base estrutural de uma sociedade e a ideia de cooperação, Rawls conceitua a sociedade bem ordenada como sendo *aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum da justiça. Assim, trata-se de uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios da justiça, e cujas instituições sociais básicas satisfazem esses princípios, sendo esse fato publicamente reconhecido* (RAWLS, 2002a, p. 504).

⁸ Com O Liberalismo Político a ideia de pessoa moral até então observada em O construtivismo kantiano na teoria moral (*Kantian Constructivism in Moral Theory*), embora desde o início a concepção de pessoa fosse considerada parte de uma concepção de justiça política e social, continua tendo condutas orientadas por bases morais, entretanto a ideia evolui para uma pessoa com duas faculdades da personalidade moral, a de ter um senso de justiça e ser razoável, bem como ter uma concepção de bem e, portanto, ser racional. A concepção de pessoa passa a ser associada não somente com a concepção de sociedade bem ordenada, mas a aproxima mais à concepção de cooperação social (RAWLS, 2011, 356-357; BRAGA, 2011, 242).

um acordo em uma situação de igualdade em que são estabelecidos os princípios de justiça que nortearão a vivência em uma sociedade democrática moderna.

John Rawls esteve atento aos seus comentadores e críticos e, quando entendeu pertinente, revisitou seus escritos e aperfeiçoou sua teoria, de modo que os conceitos concebidos por ele serão abordados não somente no momento que os desenvolveu em *Uma Teoria da Justiça*, quando havia a ideia de um caráter moral, mas também em textos posteriores como em *O Liberalismo Político*, quando assume um papel de teoria política. Acerca desta novel vertente seguida pelo filósofo americano, Nythamar de Oliveira diz que mesmo que no Liberalismo Político ele *chega a distinguir uma doutrina abrangente de uma concepção política da justiça, o que está em jogo ainda é a mesma teoria da justiça de suas formulações originais, aprofundada e reformulada de modo a dissipar mal-entendidos* (OLIVEIRA, 1999, Cap. 7).

E Rawls recepciona muito bem suas críticas, as quais não foram poucas, aliás foram implacáveis e de várias direções, e as comenta de forma até humilde e demonstra interesse incessante de aprimorar aquilo que por décadas concebeu. Thomas Nagel destaca ao se reportar à obra de Rawls alegando que *um indício da importância de uma teoria política é a veemência com que é atacada e a necessidade que experimentam seus oponentes de explicar suas discrepâncias e de se posicionar em relação a ela*. Nagel afirma, ainda, que Rawls transformou a teoria política de nossa era (NAGEL, 2003, p. 62-63).

No mesmo sentido, Will Kymlicka opta por registrar o destaque da teoria de Rawls para o mundo e, para tanto, de pronto trata das considerações deste autor em relação ao Intuicionismo e ao Utilitarismo e afirma que *a tarefa que Rawls se propôs a si mesmo foi desenvolver uma teoria política exaustiva que estruturasse nossas diversas intuições*. Seria uma alternativa a estas correntes até então predominantes, sendo que Rawls foi o primeiro a apresentar uma proposta que representasse uma ruptura com as duas correntes. As teorias sobre a justiça que vieram após Rawls não possuiriam sentido se não houvesse a compreensão do que legou Rawls (KYMLICKA, 1995, p. 63-65). No mesmo sentido de exaltar o relevo do que concebeu Rawls, o também norte americano Michael Sandel diz que a teoria rawlsiana *representa a proposta mais convincente de uma sociedade equânime já produzida pela filosofia política americana* (SANDEL, 2018, p. 204).

A abordagem deste trabalho em relação à teoria rawlsiana é observá-la enquanto uma teoria contratualista de justiça que não objetiva como nas clássicas teorias em fundamentar uma sociedade, mas que seja capaz de definir princípios que regulam o comportamento de uma

sociedade que, não obstante dita democrática, não é garante de uma distribuição de justiça com equidade, todavia, concorre para a edificação de instituições mais confiáveis.

A Teoria de John Rawls se revela de uma originalidade que se destaca no modo de refletir sobre a justiça como um modelo voltado para o fortalecimento das garantias e das liberdades dos cidadãos, sem olvidar os menos favorecidos da sociedade, pois há clara preocupação com a melhora de suas condições.

Neste capítulo do trabalho será exposta parte da teoria da justiça de Rawls⁹ com suas principais ideias¹⁰ e características, os fundamentos da justiça como equidade (*justice as fairness*), a posição original e o véu de ignorância (*veil of ignorance*), os princípios da justiça, a sequência de quatro estágios (*the four-stage sequence*) e o equilíbrio reflexivo, sendo que muito embora este será neste momento apresentado, seu mecanismo será aprofundado no último capítulo, quando haverá o fechamento da compreensão do caráter de procedimento da teoria rawlsiana, trazendo o equilíbrio reflexivo como um instrumento fundante de aplicação aos órgãos de justiça enquanto produtor de coerência em decisões judiciais e mitigador de discricionariedade desviante e arbitrária, por se tratar de um dos problemas fundamentais das democracias contemporâneas.

2.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS

Em sua Teoria Rawls concebe a justiça como sendo Justiça como Equidade (*Justice as Fairness*), alegando que sua intenção era formular uma teoria alternativa da justiça para fazer frente às correntes até então dominantes do Utilitarismo e do Intuicionismo, por entender que eram frágeis enquanto fundamento das instituições da democracia constitucional (RAWLS, 2002a, p. xiv).

Segundo Denis Coitinho a ideia central da justiça como equidade é a de que a sociedade deve ser um sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo, e isso implica as ideias de pessoas como livres e iguais e de sociedade bem ordenada, sendo essa ideia estipulada a partir dos juízos ponderados dos cidadãos (COITINHO, 2014a, p. 27).

⁹ Rawls apresenta primeiramente sua teoria na obra *Uma Teoria da Justiça*, fruto de anos de pesquisa, a qual é dividida em três partes que contêm nove capítulos. A primeira parte é epigrafada como Teoria. A segunda como Instituições e a terceira como Objetivo. Posteriormente ele a aperfeiçoa e reapresenta alguns conceitos na obra *O Liberalismo Político*.

¹⁰ Cumpre salientar que o termo “ideia” utilizado por Rawls é utilizado de forma ampla, contemplando tanto conceitos quanto concepções, sendo que os primeiros se tratam de significar um termo e as segundas também incluem os princípios necessários para sua aplicabilidade.

A plêiade de conceitos que se entrelaçam e formam a complexa ideia de Rawls para contrapor as teorias até então predominantes serão com mais vagar tratadas na sequência para melhor compreensão.

Mister, antes, é traçar breves comentários em relação às correntes criticadas por Rawls, o Utilitarismo e o Intuicionismo, ainda que inseridos neste contexto expositivo da Justiça como Equidade.

O Utilitarismo se trata de uma corrente filosófica que tem como premissa básica que o bem primordial do ser humano é a felicidade, seja individualmente ou de forma coletiva.

Para atingir o fim colimado, haveria o princípio da utilidade ou da felicidade máxima, que seria um regulador das condutas humanas.

Os principais precursores do Utilitarismo são Jeremy Bentham e John Stuart Mill, sendo que Jeremy Bentham é considerado o fundador do Utilitarismo em razão de ter proposto a doutrina em 1789 com a publicação de sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação*, quando alegou ser possível estabelecer um cálculo matemático para mensurar a felicidade.

Jeremy Bentham entende que o gênero humano está submetido a dois senhores, a dor e o prazer, e que estes governam as ações dos indivíduos, de modo que propõe o princípio da utilidade para nortear comportamentos para que haja maior alcance da felicidade. O próprio Bentham conceitua o princípio:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo (BENTHAM, 1974, p. 10).

John Stuart Mill, por intermédio de seu pai, logo cedo teve acesso aos ensinamentos de Bentham e aprimorou o Utilitarismo estabelecendo critérios qualitativos na aferição dos prazeres dos indivíduos, sendo, pois, sua obra *Utilitarismo*, de 1861, a mais emblemática da tradição utilitarista (MILL, 2005, p. 10).

Para Mill, *o credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade, ou o grande princípio da Felicidade, sustenta que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade* (MILL, 2007, p. 22).

Conceitua felicidade como sendo o prazer e a ausência de dor, e, que este prazer e esta ausência são as únicas coisas desejáveis como fins e que a inúmeras coisas desejáveis são ou pelo prazer inerente em si mesmas ou enquanto meios para a promoção do prazer e da prevenção da dor.

Embora tenha Mill seguido a doutrina de Bentham, entende que não há somente números a serem contabilizados, mas que há qualidade a ser aferida nos prazeres, sobretudo porque o ser humano não é apenas dotado de desejos bons, de modo que é imperioso prestigiar a racionalidade e qualificar os desejos de felicidade, porque é o que nos diferencia dos animais, tanto que entende *ser melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco têm uma opinião diferente é porque só conhecem o seu próprio lado da questão. A outra parte da comparação conhece ambos os lados* (MILL, 2005, p. 51). Percebe-se que Mill possui uma vertente mais complexa que a de Bentham para o Utilitarismo.

No Utilitarismo de Mill verifica-se que este evolui para a formação moral do indivíduo, tornando-o mais virtuoso e capaz promover escolhas mais próximas de uma ideia de bem-estar.

Em seu hedonismo Mill entende que há prazeres superiores a outros e, portanto, devem ser preferíveis para a maximização do bem-estar social, tratando-se de um hedonismo mais sofisticado, inclusive assevera que o ato certo é sempre aquele que venha a maximizar o bem-estar, conduta esta que é sempre obrigatória e não apenas permissível (MILL, 2005, p. 17 e 25).

John Rawls se opõe ao pensamento utilitarista em razão de sua clara discordância com o fato de esta teoria ter como *ideia principal que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros* (RAWLS, 2002a, p. 25), por se tratar de um contratualista liberal que pretende que o benefício social seja fruto de algo pensado, construído em prol de todos e não de uma avaliação prévia com análise de perdas e ganhos acerca do que se tem e disso extrair o que pode ser melhor.

Rawls também refuta a concepção hedonista ou eudamonista do Utilitarismo cujo bem maior é a felicidade e que o bem-estar social dependa direta ou indiretamente dos níveis de satisfação ou insatisfação dos indivíduos, porque entende que na justiça como equidade os indivíduos aceitam de antemão um princípio de liberdade igual, desconhecendo seus próprios objetivos pessoais. Neste modelo o fato de alguém buscar sua felicidade sem que outro também

a tenha, ou seja, fique prejudicado, mas ainda assim sinta prazer, trata-se de algo que está errado com o próprio sujeito, não com o sistema. Não concorda, Rawls, como o fato de o Utilitarismo permitir que indivíduos tenham prazer na discriminação mútua ou a sujeição de alguém a um grau inferior de liberdade como meio de aumento da autoestima de alguém.

Na justiça como equidade as más inclinações ou tendências humanas são inadmissíveis, porque há restrições impostas pelos princípios de justiça previamente ajustados, por isso devem ser respeitados. Trata-se de um sistema social justo e é com base nele que é possível florescer objetivos que podem ser equitativamente perseguidos. Há uma priorização do justo sobre o bem, que se personifica na característica principal da teoria rawlsiana. Nas palavras de Rawls:

Na justiça como equidade não se tomam as tendências e inclinações dos homens como fatos admitidos, qualquer que seja a sua natureza, e depois se procura a melhor maneira de realizá-las. Pelo contrário, seus desejos e aspirações são restringidos desde o início pelos princípios de justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de finalidades devem respeitar. Podemos expressar essa ideia dizendo que na justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem. Um sistema social justo define o escopo no âmbito do qual os indivíduos devem desenvolver seus objetivos, e oferece uma estrutura de direitos e oportunidades e meios de satisfação pelos quais e dentro dos quais esses fins podem ser equitativamente perseguidos. (...) Essa prioridade do justo em relação ao bem acaba sendo a característica central da concepção da justiça como equidade (RAWLS, 2002a, p. 34).

Reconhece, contudo, Rawls, ser impossível negar a plausibilidade e o apelo que a clareza e simplicidade como é posta a teoria, facilita para a sociedade ver que o conceito mais racional de justiça é o utilitarista (RAWLS, 2002a, p. 25 e 27).

Mesmo com autores de escol¹¹ fazendo parte desta corrente, Rawls não acredita que o Utilitarismo, uma teoria teleológica e consequencialista, possa explicar as liberdades e os direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais (*free and equal persons*), sobretudo por fazerem parte de um todo único e ainda que possam fazer escolhas, não pode haver prejuízo para nenhuma parte do todo, e, partindo desta assertiva, formula sua teoria alternativa de justiça.

Ao abordar a corrente intuicionista Rawls opta por fazê-la de maneira genérica, asseverando tratar-se de um conjunto de princípios básicos irreduzíveis e que a solução é refletir sobre o qual é o mais justo, embora afirmem não haver critérios construtivos de ordem superior para determinar a importância adequada de princípios concorrentes de justiça (RAWLS, 2002a, p. 36-37).

¹¹ John Rawls, no prefácio da obra Teoria da Justiça – TJ, endereça críticas ao Utilitarismo e também ao Intuicionismo, referindo-se como grandes utilitaristas David Hume, Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, bem como alega ter influência de Immanuel Kant, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, para apresentar o que nomina de uma teoria alternativa da justiça (RAWLS, 1999. p. xvii- xviii).

As teorias intuicionistas se caracterizam por agregarem princípios que podem se colidir e ser contraditórios, assim como não possuem método ou regra de prioridade entre eles, devendo o equilíbrio ser alcançado por meio da intuição. Nestas teorias os conceitos de justo e bem-estar não são analisáveis.

Neste modelo teórico a intuição surge como o único método para definir qual princípio se adéqua ao caso concreto, demonstrando a carga de subjetivismo que a caracteriza.

Considerando que os princípios não possuem pesos iguais, mas são aceitos, o agir dos indivíduos na sociedade na tentativa de equilibrá-los fica apenas na seara das hipóteses ou de presunções naturais, entretanto caso houvesse uma descrição e uma representação de tais princípios por uma curva de indiferença, tornaria possível uma previsibilidade quanto aos julgamentos que teriam, assim, uma estrutura coerente e definida.

Rawls afirma que os intuicionistas entendem que por trás dos pesos não há nenhuma concepção ética que possa ser expressada e que não obstante uma figura geométrica ou uma função matemática possa descrever os princípios, não existem critérios morais que possam estabelecer sua racionalidade e entendem que para realizar julgamentos sobre a justiça social deve ser alcançada uma pluralidade de princípios básicos e deve ser alcançado o equilíbrio apenas dizendo qual parece ser o mais correto. E entendem, ainda, ser indispensável que existam princípios concorrentes, mas não há prioridade entre eles (RAWLS, 2002a, p. 42).

Para confrontar a teoria intuicionista é preciso apresentar critérios reconhecidamente éticos para explicar os pesos, pois estes são essenciais na concepção da justiça e como eles os negam (RAWLS, 2002a, p. 45).

Quanto à abordagem feita em relação às teorias acima, verifica-se que Rawls não se seduziu pela simplicidade da exposição teórica utilitarista de que a maximização do bem em prol de todos seria o mais justo, porque na verdade a teoria não se baseia nos dois conceitos principais da ética que são justamente o bem e o justo, porque nela busca-se o bem, independentemente de que seja justo. Nela as instituições ofertam opções e dentre elas escolhe-se o que se trata de um bem maior. O apelo intuitivo operado no senso comum que as teorias teleológicas esboçam causam a ilusão de ser o que há de mais racional nas deliberações humanas.

John Rawls propõe a teoria da justiça como uma alternativa ao Utilitarismo que não leva a sério a diferença entre as pessoas e ao Intuicionismo que tem uma concepção apenas parcial da justiça (RAWLS, 2002a, p. 30 e 45).

O próprio Rawls demonstra suas intenções e diz que *os objetivos da Teoria da Justiça eram generalizar e conduzir a um nível mais elevado de abstração a doutrina*

tradicional do contrato social consoante anteriormente visto em Locke, Rousseau e Kant (RAWLS, 2002a, 12 e RAWLS, 2011, xv). Sua ideia era realizar uma interpretação sistemática da justiça e que fosse superior ao Utilitarismo, concebendo uma estruturação que denominou de *justiça como equidade*, entendendo tratar-se de solução mais apropriada para uma sociedade democrática dentre as concepções morais tradicionais, salientando que em sua obra Teoria não havia distinção entre doutrina moral de justiça de uma concepção política de justiça.

Por meio da ideia criada por Rawls para a posição original de igualdade, a qual corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato, é que o contrato social seria transmutado para um consenso original realizado por pessoas iguais e que cooperam para o bem de todos, acerca dos princípios da justiça para normatizar a estrutura básica e regular as subsequentes críticas e reformas das instituições da sociedade em que vivem. A ideia defendida por Rawls é que as partes em uma situação de simetria escolheriam dois princípios de justiça, os quais seriam: primeiro, o princípio da liberdade e, segundo, o princípio da igualdade. Este divide-se em dois, sendo: primeiro, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e, segundo, o princípio da diferença.

A ponderação de razões de caráter argumentativo favorece os princípios da justiça escolhidos na posição original em detrimento do princípio utilitarista de justiça, sobretudo porque aqueles são construídos para ter perpetuidade em assegurar benefícios nos direitos básicos e garantir perspectivas de vida dos cidadãos de forma igual a todos, sendo que, ao revés, o princípio utilitarista exige comprometimento com interesses de uns com sacrifício de outros. Segundo Rawls *os princípios da justiça se aplicam à estrutura básica do sistema social e à determinação das expectativas de vida. O que o princípio da utilidade exige é justamente um sacrifício dessas expectativas* (RAWLS, 2002a, p. 190-193).

Rawls entende pouco provável que em uma situação como a da posição original o princípio da utilidade fosse escolhido, porque as partes não *concordariam com um princípio que pode exigir para alguns expectativas de vidas inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros* (RAWLS, 2002a, p. 15).

Em momento posterior John Rawls aponta o que nomina de “erros” na Teoria, como a da interpretação da estabilidade e a ideia de sociedade bem ordenada, pois as percebe agora como algo irrealista, assim como assevera que a característica da relação desta sociedade com a justiça como equidade é que seus cidadãos respaldam essa concepção como uma doutrina filosófica abrangente, a qual fundamenta o aceite dos indivíduos quanto aos princípios de justiça.

O autor assinala que o problema não é a existência na sociedade democrática moderna de uma pluralidade de doutrinas religiosas, morais e filosóficas abrangentes, com as quais coadunam os cidadãos, mas sim de um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, não obstante serem razoáveis.

Em Teoria o autor não estabelece a justiça como equidade com um viés político que fosse direcionado apenas para deliberar acerca de objetivos políticos, mas que era capaz de dirimir questões afetas a todas as áreas da vida dos indivíduos, entretanto verifica ser necessária a consideração da existência de doutrinas seguidas por pessoas como sendo um produto natural da razão humana de indivíduos que são livres e iguais, partícipes de sociedades democráticas modernas.

Tais problemas apontados, segundo o próprio autor, necessitavam de reformulação, de modo que reapresenta a *Justiça como Equidade* como uma concepção política de justiça com a publicação da obra *O Liberalismo Político*. A pretensão do liberalismo político é elaborar uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional em que uma pluralidade de doutrinas razoáveis coexistam, sem o ilusório e pretencioso objetivo de subjugar qualquer uma delas, entendendo o fato de um pluralismo razoável (*reasonable pluralismo*) que possibilite a existência de uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais e que seja estável e justa. Para Rawls:

O significado pleno de uma concepção política construtivista encontra-se em sua relação com o fato do pluralismo razoável e com a necessidade que uma sociedade democrática tem de assegurar um consenso sobreposto acerca de seus valores políticos fundamentais. A razão para que tal concepção possa ser o foco de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes está no fato de que essa concepção desenvolve os princípios de justiça a partir das ideias públicas e compartilhadas de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e de cidadãos como pessoas livres e iguais, valendo-se, para isso, da razão prática comum dos próprios cidadãos. Ao acatar esses princípios de justiça, os cidadãos demonstram ser autônomos, em termos políticos, e de uma forma compatível com suas doutrinas abrangentes razoáveis (RAWLS, 2011, p. 107).

Nota-se que os pensamentos de Rawls direcionam-se para o esclarecimento do pensado irrealismo que percebeu acerca da estabilidade e sua aparente incompatibilidade com o pluralismo, porque concluiu que indivíduos liberais que vivem em uma sociedade democrática teriam dificuldade em entabular um acordo com base em uma teoria da justiça, congruente com uma concepção de bem e isso em razão do pluralismo moral.

A teoria de Rawls é resumidamente explicada por Samuel Freeman, o qual afirmou que o autor expôs sua visão de uma sociedade justa em uma democracia constitucional que prioriza certos direitos e liberdades fundamentais, mas paralelamente estende a igualdade de

oportunidades e garante uma inclusão mínima para todos os indivíduos que compõem a comunidade (FREEMAN, 2016, p. 13).

Freeman ressalta o relevo dos *princípios da justiça* para as instituições sociais e políticas, bem como afirma que Rawls revisita a teoria dos direitos naturais do contrato social, mas agrega uma explicação para a justificação moral mais adequada para os tempos mais modernos, que se trata de uma era mais científica, secular e democrática.

A versão do *contrato social* de Rawls seria um acordo imparcial sobre os princípios de justiça, entabulado por pessoas livres e iguais moralmente motivadas por um sentido de justiça, situados em uma *posição original* em uma *sociedade bem ordenada*, por trás do *véu da ignorância*, o qual torna obnubilado o indivíduo acerca do conhecimento de todos os seus próprios fatos particulares e também da sua sociedade.

Diz, ainda, Freeman, que o propósito que norteia a obra rawlsiana é justificar as instituições primárias de uma sociedade liberal e democrática, em termos de uma concepção de justiça em que seus cidadãos possam aceitá-las e nelas confiar como um guia para suas deliberações e justificações das próprias instituições e das leis básicas que governam uma sociedade democrática. Para ele: *Rawls tem um objetivo de fornecer uma “carta pública” para uma sociedade democrática ou uma “base pública para justificação política”*. Diz, ainda, Freeman, que Rawls possui a *ideia básica de que em sua doutrina os membros da sociedade devem ser capazes de aceitar livremente, e geralmente subscrever, as principais instituições políticas e sociais que regulam e configuram seu cotidiano* (FREEMAN, 2016, p. 13-14).

Ainda segundo Freeman, no Liberalismo Político pessoas racionais estão de acordo e em geral acatam os mesmos princípios de justiça e que o ideal contratualista básico é um acordo razoável por um ideal social factível, compatível com a natureza humana e as restrições da cooperação social. Diz que as explicações de *razão pública*, uma concepção política de justiça e uma base pública para a justificação política, encaminham a doutrina do contrato social formulada por Rawls para uma posição adiante de seus predecessores (FREEMAN, 2016, p. 14).

O crédito desta visão vanguardista de Rawls está em sua busca incessante no aprimoramento de sua teoria, o que pode ser visto em relação à ideia da estabilidade da justiça como equidade, sobretudo para adequá-la ao fato do pluralismo razoável, que em Teoria os cidadãos possuíam um senso de justiça e a noção de bem, tendo sido agregado em *O Liberalismo Político* os conceitos de consenso sobreposto e de razão pública como elementos fundantes da estabilização social.

De acordo com Oliveira, pode ser observada uma inversão na ordem de exposição da justiça como equidade de Rawls quando este aprimora sua teoria e esta passa não mais a ser tomada como uma concepção filosófica, visto como uma doutrina moral liberal, mas sim em sua especificidade política, partindo não mais da posição original, mas da perspectiva da cultura política pública, ambiente em que o consenso sobreposto é operado diante da existência do pluralismo razoável em uma sociedade democrática (OLIVEIRA, 2003, p. 23).

A sociedade bem ordenada de Rawls é composta por indivíduos que tiveram a formação moral com base no desenvolvimento de um senso de justiça e a conservação constante deste senso faz bem para a sociedade, o que, conseqüentemente, ajuda para a estabilidade social.

Este modelo de formação de um composto social com indivíduos dotados de senso de justiça e do que faz bem para a sociedade em que vive, assim como a ideia cooperadora criam vetores racionais nas pessoas capazes de serem úteis a toda comunidade, porque tais seres humanos poderão desempenhar qualquer atividade, desde as mais singelas quanto àquelas mais complexas, como a de educar, curar ou julgar seus semelhantes.

Conforme alhures mencionado, a justiça como equidade não permaneceu estática e passa a ser entendida como uma concepção política de justiça, mas que também é moral, todavia, em *O Liberalismo Político* se verifica que neste novo aspecto contempla três características distintas.

A primeira é que tem sua aplicabilidade direcionada para as instituições políticas, sociais e econômicas de uma estrutura básica de uma democracia constitucional moderna. Segundo Rawls *a estrutura básica é o objeto primário da justiça, porque seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo*, assim como se trata do modo que as instituições sociais mais relevantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. O autor relata que quando pretende dizer que uma concepção é moral, dentre outras coisas quer afirmar que seu conteúdo é determinado por certos ideais, princípios e critérios e que essas normas articulam certos valores que, neste caso, são políticos (RAWLS, 2011, p. 13).

A segunda característica para compreensão desta concepção relaciona-se com o modo de sua apresentação e para que seja absorvida deve ser formulada sob a premissa de que esta se sustenta por si só (*freestanding*). Rawls alega ser sedutora a ideia de que se queira justificar a teoria política com uma ou algumas doutrinas morais abrangentes (*comprehensive doctrine*) presentes na estrutura básica da sociedade (*basic structure of society*), entretanto sua ideia é distinta disso, está além, por muito mais ampla que seja uma doutrina, possui um leque de abrangência de muito maior alcance, ainda que os cidadãos prefiram ser adeptos de doutrinas

que à concepção política estejam afinadas. A concepção política existe para regular uma sociedade e pode ter inúmeros plugues nos quais a doutrinas abrangentes podem se conectar e apoiá-la, tanto que para Rawls *a concepção política é um módulo, ou uma parte constituinte essencial, que se encaixa em diferentes doutrinas abrangentes razoáveis que subsistem na sociedade* (RAWLS, 2011, p. 15).

A derradeira e terceira característica desta concepção é que seu teor se revela por meio de ideias fundamentais que parecem constar implicitamente em culturas de uma sociedade democrática. A cultura é abarcada por textos, documentos históricos, as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação, aí inseridas as que são realizadas pelo Poder Judiciário. Todas as formas de doutrinas abrangentes constituem a *cultura de fundo* da sociedade civil, a cultura do social, não do político. É a *cultura da vida cotidiana* de uma sociedade democrática, onde há *uma tradição do pensamento democrático, cuja substância é pelo menos familiar e inteligível ao senso comum educado dos cidadãos em geral* (RAWLS, 2011, p. 16).

Neste terceiro ponto que se verifica com maior clareza a transição do pensar rawlsiano e que agora tende a enaltecer a ideia da razoabilidade, situando sua teoria em modo de compatibilidade com o pluralismo razoável existente e intransponível em razão do livre pensar humano, buscando substrato de sua concepção política de justiça em uma imersão na cultura da vida cotidiana e nas já existentes tradições sociais de um Estado democrático.

Rawls quer se contrapor ao utilitarismo e alega que este se trata de uma doutrina de concepção geral, tanto que seu princípio da utilidade vale para tudo, desde ações individuais a de nações, mas que nenhuma concepção moral geral pode fornecer base publicamente reconhecida para uma concepção de justiça em um Estado democrático moderno (RAWLS, 1992, p. 27), Estado este com indivíduos livres e iguais, possuidores de uma cultura política e vinculados a inúmeras doutrinas abrangentes incompatíveis, mas que são razoáveis, o que Rawls denomina de pluralismo razoável.

O que se pretende é a existência de uma sociedade bem ordenada que tenha um sistema equitativo de cooperação social (*society as fair system of cooperation*), e, para tanto, lança mão de um modelo contratualista em que os cidadãos concordam com o estabelecimento de termos justos e com base em seus juízos ponderados escolhem os princípios mais razoáveis que os demais.

Rawls tem como meta primordial a formulação de uma concepção de justiça política que sirva a um sistema democrático constitucional com a chancela de todas as doutrinas razoáveis que existam neste regime. A chancela dos indivíduos racionais e que são vinculados

às doutrinas se dá por meio de um acordo que Rawls denomina de consenso sobreposto, que na palavra de Rawls significa:

Que numa sociedade bem ordenada, a concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso sobreposto razoável. Entendemos por isso que a concepção política está alicerçada em doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis embora opostas, que ganham um corpo significativo de adeptos e perduram ao longo do tempo de uma geração para outra. Esta é, creio eu, a base mais razoável de unidade política e social disponível para os cidadãos de uma sociedade democrática (RAWLS, 2003, p. 45).

O que norteia, doravante, a vocação decisória dos cidadãos, dotados de senso de justiça, são princípios da justiça escolhidos para a estrutura básica da sociedade em um mecanismo que Rawls denomina de posição original, onde há efetivamente a origem da justiça equitativa que se materializa por meio de um contrato em que os contratantes são postos em uma situação de desconhecimento do mundo externo, sobretudo questões afeitas à posição social, cultural, financeira, racial, estado de saúde, eventuais dons particulares e de interação social, cenário este que Rawls denomina de véu da ignorância. Este é responsável por viabilizar situações que favoreçam uma participação desprovida de interesses pessoais com ênfase na ideia de um comportamento de imparcialidade para que os indivíduos possam, então, definirem os mais adequados princípios de justiça.

A racionalidade deve nortear as decisões na posição original, tanto que as escolhas são racionais e produzidas por indivíduos que desconhecem suas preferências, de modo que os frutos – os princípios de justiça – são concebidos desprovidos de apelos intuitivos, interesses particulares, confusões ou de alguma manifestação egóica.

Eventuais divergências ou controvérsias políticas são dirimidas em uma cooperação política entre os indivíduos que se baseiam em um respeito mútuo, sendo que se aquelas não são ou não precisam ser eliminadas, ao menos tenta-se que sejam mitigadas.

Para a concepção dos princípios, John Rawls demonstra um sistema complexo de criação e de aplicação daqueles e, para tanto, diz haver quatro estágios a serem percorridos, os quais vão desde o nascedouro até a aplicabilidade executiva deles.

O primeiro estágio seria aquele em que se criam os princípios na posição original. O segundo diz respeito ao que estabelece um sistema de governo e de produção de direitos e garantias. O terceiro estágio seria o de produção legislativa e análise desta e das políticas públicas. O quarto e último estágio trata-se do momento em que já há aplicabilidade das normas por administradores e julgadores, assim como aqui se verifica a observância do sistema legal pelos cidadãos.

Visualizada a sistemática procedimental da sequência da teoria, imperioso é o regresso à ideia da posição original para entendimento quanto à necessidade de justificação dos princípios escolhidos no cenário hipotético então proposto e conferir se estes estão coerentes com os juízos morais dos cidadãos, sendo que o processo justificador é denominado por Rawls de equilíbrio reflexivo.

Este método tem como premissa viabilizar reflexões sobre os princípios e os julgamentos para que possam estar em conformidade e, ao fim, se coincidam, se equilibrem.

Após um breve explanar acerca dos componentes sequenciais que, encadeados, materializam a justiça como equidade e lhe dão logicidade, torna-se necessário discorrer de maneira expositiva cada elemento deste encadeamento sistêmico para melhor compreensão de como o processo justificador do equilíbrio reflexivo é capaz de ser transportado para um modelo de justiça procedimental mais coerente e justo.

2.2 A POSIÇÃO ORIGINAL

Em sua abordagem quanto ao uso de concepções abstratas, Rawls esclarece que em verdade se trata de uma família de concepções que proporcionaram a formulação do liberalismo político e que se tornaram, em razão de sua fragmentação, em um facilitador de sua compreensão.

Enumera algumas concepções e pormenoriza a própria ideia de justiça política, a qual é seguida por outras três ideias fundamentais: a concepção de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo e as duas ideias a ela vinculadas, quais sejam, a primeira seria a concepção de pessoa como ser livre e igual e a segunda a concepção de uma sociedade bem ordenada. Rawls lança mão da abstração em duas outras oportunidades para apresentar a justiça como equidade, uma quando idealiza a estrutura básica da sociedade¹² e a outra quando formula a posição original, ambas são fundamentais para Rawls que esclarece que possuem um propósito de expor de forma clara e sistêmica a sua justiça, porque entende não se tratarem de ideias afetas ao senso comum educado dos indivíduos (RAWLS, 2011, p. 16). Para demonstrar a factibilidade da sociedade bem ordenada, adiciona os conceitos de consenso sobreposto e de doutrina abrangente razoável, sendo que a multiplicidade desta é possível graças a outro conceito cunhado por Rawls, o de pluralismo razoável.

¹² De acordo com Nythamar de Oliveira a estrutura básica da sociedade se traduz no modo pelo qual as instituições sociais, econômicas e políticas (constituição política, economia, sistema jurídico, formas de propriedade) se estruturam sistemicamente para atribuir direitos e deveres aos cidadãos, determinando suas possíveis formas de vida (projetos e metas individuais, ideias do bem, senso de justiça) (OLIVIEIRA, 2003, P. 14).

O exercício da abstração não é por acaso, pois possibilita um modo de reflexão capaz até mesmo de esclarecer questões antagônicas ou complexas. Para Rawls, *nenhuma concepção de justiça poderia ter peso para nós se não nos ajudasse a colocar ordem em nossos juízos ponderados de justiça em todos os níveis de generalidade, do mais geral ao mais particular* (RAWLS, 2011, p. 51-55). Um dos papéis da posição original é proporcionar ao indivíduo a capacidade de realizar, portanto, um arranjo organizado de seus juízos ponderados.

Dentre as concepções abstratas imaginadas por Rawls, a primeira a ser detalhada neste trabalho é a posição original, sobretudo por seu relevo na proposta desta pesquisa, uma vez que viabiliza o trato de uma das questões primordiais na teoria rawlsiana que é a escolha dos princípios de justiça em uma sociedade democrática.

Não obstante a evolução de ideias de John Rawls, inclusive quanto à posição original que foi concebida e em estudos tardios reafirmada e aprimorada, para o escopo deste trabalho o foco é seu formato, seu aspecto procedimental e objetivo-argumentativo, os quais revelam ser ela parte primordial da estrutura da teoria rawlsiana, todavia, despiendo é abarcar seu campo de ingerência para além da sociedade bem ordenada inicial e atingir esferas maiores, porque este recorte se mostra suficiente para a compreensão da proposta desta pesquisa, pois não desnatura o conceito.

Em suas considerações em relação às escolhas desempenhadas na posição original, Jon Mandle afirma que ao desenvolver sua teoria, desde a fase embrionária da concepção da posição original, antes mesmo de *Teoria*, Rawls parecia idealizar um mecanismo psicológico que permitisse que indivíduos razoáveis colaborassem na construção de princípios para servir a uma sociedade. Que o mecanismo permitiria que estes indivíduos estivessem em circunstâncias favoráveis para exercitar reflexão e crítica, fazendo julgamentos, os quais pudessem ser revistos. Mandle assevera que julgamentos de pessoas diferentes podem divergir, sobretudo quando forem parciais e para que não haja questionamento quanto a eventual parcialidade as pessoas devem estar despidas de raiva, vingança, ciúme, medo e coisas do gênero, ou seja, não podem haver interesses próprios, devendo, neste sentido, haver razoabilidade nas escolhas (MANDLE, 2014, p. 130).

É na posição original que indivíduos que representam os demais componentes do bloco social realizam o processo de construção, porque escolhem e aperfeiçoam ou modelam, dois princípios que nortearão a vida em comunidade. Se trata de um exercício hipotético de definições em que os que se encontram nesta incumbência desconhecem inúmeras situações de diversas naturezas, com o fim de manter uma linha de pessoas em estágio equiparado e que possam pensar despidas de qualquer interesse e possam, desta forma, decidir o que é mais justo

para o bem de todos¹³. Para Rawls *a posição original é o status quo inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos* (RAWLS, 2002a, p. 19).

A posição original representa o que pode ser considerado um artifício ou um estado de coisas dotado de condições equitativas em que os representantes de cidadãos livres e iguais podem especificar termos de cooperação social a serem aplicados na estrutura básica da sociedade, podendo ser vista como a base inicial do processo de edificação da concepção de justiça social.

O processo de escolha, como acima delineado, é desenvolvido na posição original por cidadãos livres e iguais e sem conhecimento de suas particularidades, pois o oriente que se busca é o da imparcialidade para que não haja privilégios, tanto que disse Rawls a respeito da liberdade e da igualdade na posição original:

Nesta posição, assume-se que há uma falta de informação; em particular, assume-se que as partes não conhecem sua posição social, nem seus talentos peculiares e habilidades - ou seja, seus ativos nativos. Resumidamente, eles não sabem como se saíram na loteria da natureza. No entanto, na posição original, conhecendo a possibilidade (ou permitindo isso) de diferentes dotações nativas, é racional que reconheçam os dois princípios da justiça (RAWLS, 1999b, p. 113).

Quando Ronald Dworkin aborda a teoria rawlsiana e discorre sobre a posição original, faz breve paralelo entre as teorias contratualistas clássicas e a de Rawls, afirmando haver distinção na descrição das partes que aqui homens e mulheres com gostos, talentos, ambições e convicções os tem temporariamente suprimidos para concordar com um contrato antes que sua autoconsciência retorne, entretanto comenta que por ser hipotético entende não ser possível se tratar de um contrato em absoluto.

Concorda, Dworkin, que a posição original é um dos principais produtos da teoria de Rawls e que consiste em uma representação esquemática mental diferente, embora compreenda ser possível a elaboração dos princípios e sua justificação na sociedade sem a imprescindibilidade da passagem pela posição original. De acordo com Ronald Dworkin:

Certamente não faz parte de nossas tradições políticas estabelecidas ou do entendimento moral comum de que princípios são aceitáveis apenas se forem escolhidos pelos homens na situação particular da posição original. (...) A posição original é, portanto, uma representação esquemática de um processo mental específico de pelo menos alguns, e talvez a maioria, de seres humanos, assim como a gramática profunda, é uma apresentação esquemática de uma capacidade mental diferente (DWORKIN, 1989, p. 23-25).

¹³ Estar despido de qualquer interesse é como estar com os olhos vendados em um ambiente de decisões que será mais aprofundado no próximo tópico e é o que John Rawls nomina de Véu da Ignorância.

A despeito de opiniões adversas, o que é natural em razão da grandeza e impacto da teoria de John Rawls, nesta busca-se que a posição original seja utilizada tanto para uso da representação da igualdade e da liberdade dos representados, quanto às eventuais restrições às razões apresentadas, sejam elas a favor ou contra as concepções de justiça em análise, mas que, ao final, favoreça um estado de equilíbrio global de razões para o encontro da melhor concepção.

Por se tratar de um artifício de representação, ela deve servir para que os indivíduos possam refletir e obter um autoesclarecimento capaz de deixar em evidência o que de mais coerente a justiça requer para funcionar em uma sociedade vista como um empreendimento de cooperação entre cidadãos livres e iguais e que este sirva não somente a atual geração, mas também às gerações futuras. A posição original é o mecanismo criado por Rawls para o estabelecimento dos termos equitativos de cooperação social, que visam definir o que é justo sob a ótica dos cidadãos para a convivência social.

De acordo com Coitinho, na posição original *o objetivo é encontrar um ponto de vista recíproco com base no qual se possa estabelecer um acordo equitativo entre as pessoas livres e iguais mediante o distanciamento das circunstâncias particulares da estrutura básica existente* (COITINHO, 2009a, p. 141).

Desde a edição original de *A Teoria da Justiça* que Rawls enfatiza a justiça social e o respeito aos direitos individuais como primado de seu pensar, tanto que diz *lhe parecer razoável e geralmente aceitável que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha dos princípios* (RAWLS, 2002a, p. 20), e, por este motivo os indivíduos responsáveis pela definição de escolha, neste procedimento de representação, porque exercitado por indivíduos racionais representantes dos cidadãos que realmente compõem a sociedade, devem fazê-lo de forma isenta, apresentando propostas e suas justificativas, sempre em benefício da igualdade de todos e com condutas pautadas na ética e no senso de justiça. Rawls diz que *não se pretende que a concepção da posição original explique a conduta humana, exceto na medida em que ajuda a explicar o fato de termos um senso de justiça* (RAWLS, 2002a, p. 130).

Os responsáveis pela escolha são mutuamente desinteressados um dos outros sem que, contudo, isso se traduza em qualquer interesse egóico. Frise-se, ainda, que encontram-se sob o véu da ignorância, distantes, pois, de elementos componentes da estrutura básica da

sociedade, com autonomia decisória restrita, portanto, e, porque o foco deliberativo está na conquista de bens primários¹⁴ para todos em igualdade de condições.

Sobre estarem as partes mutuamente desinteressadas, afirma Nagel significar que:

As partes não são nem altruístas e nem invejosas. Sobre seus próprios desejos, eles sabem apenas o que é verdadeiro para todos. Que possuem algum plano de vida. Sabem da existência de outros indivíduos, sabem que existem interesses por empregos, bens primários, sabem algo sobre economia, política e sociologia. Tem noção de que existe justiça e que há interesses conflitantes entre os cidadãos. As partes responsáveis pela escolha conhecem a psicologia moral de forma suficiente para compreender as tensões do compromisso da escolha e da aplicabilidade futura, bem como acreditam possuir um senso de justiça capaz de potencializar a melhor seleção e adesão aos princípios definidos (NAGEL, 1989, p. 7).

Merece registro o fato de que ações do cotidiano certamente serão as mais éticas e cooperativas possíveis em razão da escolha racional desenvolvida na posição original, todavia, questões mais particulares como justiça de salários ou eventuais arbitrariedades ocorrentes devem ser corrigidas ajustando as circunstâncias da situação contratual inicial, porque *a teoria de John Rawls se refere à estrutura básica da sociedade e à forma como ela distribui direitos e deveres, renda e fortuna, poder e oportunidades* (SANDEL, 2018, p. 189-190).

O resto dos talentos, posição social ou até mesmo o estágio de desenvolvimento da sociedade em que vive, como acima descrito, estão cobertos pelo véu da ignorância. Entretanto, ainda que sob o véu, todos têm interesses nos bens primários que, segundo Rawls, *são caracterizados como aquilo de que as pessoas necessitam em sua condição de cidadãos livres e iguais, e de membros normais e totalmente cooperativos da sociedade durante toda uma vida* (RAWLS, 2002a, p. XV). Em que pese as partes desconhecerem o quanto sabem sobre suas situações particulares, há um sentimento inato em todo ser humano que de forma automática desperta desejos por mais direitos, liberdades, mais renda e tudo o que possa favorecer a autoestima, pois são bens básicos para um plano de vida de qualquer indivíduo, independentemente de qual doutrina abrangente que este esteja vinculado. Verifica-se a importância da escolha dos princípios sob o véu de ignorância, pois é por meio deles que posteriormente deve haver a orientação para uma distribuição equitativa de bens primários.

Rawls afirma que os bens primários *são coisas que todo homem racional presumidamente quer* e se todos desejam o gozo de bens primários, a justiça a ser feita é que haja, portanto, uma distribuição equânime, sendo possível a excepcionalidade a esta regra somente, por exemplo, e casos de desigualdades econômicas e sociais, se ordenadas pelo

¹⁴ Os principais bens primários, segundo Rawls, são a autoestima, os direitos, as liberdades, as oportunidades, a renda e a riqueza, que são bens primários sociais. Há também os bens primários naturais que são a saúde, o vigor, a inteligência e a imaginação (RAWLS, 2002a, p. 66).

princípio da diferença de tal modo que tragam, ao mesmo tempo, *o maior benefício possível para os menos favorecidos* e que *sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades* (RAWLS, 2002a, p. 66 e 333).

A ideia básica defendida por Rawls é que em razão da ignorância de suas posições sociais e de suas crenças morais abrangentes é que a escolha recai em princípios os mais justos e razoáveis para todos, porque os indivíduos responsáveis pela escolha o fazem lançando mão apenas de sua racionalidade.

O acordo obtido na posição original é o mais equitativo possível, pois entabulado entre indivíduos morais que realizam um balanço contingencial entre as propostas disponíveis, sendo certo que o processo de escolha é baseado em um esquema deliberativo que indica que a justiça como equidade utiliza a ideia da justiça puramente procedimental desde seu nascedouro.

Há três tipos de justiça procedimental, a perfeita, a imperfeita e a pura, esta a forma utilizada por John Rawls. Na teoria rawlsiana a estrutura básica é o objeto primeiro da justiça, sendo que na justiça como equidade a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. Os princípios definidos no acordo são reguladores das instituições da estrutura básica, as quais são responsáveis pela distribuição dos bens primários de forma justa, porque existe um consenso geral sobre o justo, tanto que os princípios são aceitos como justos, em razão da situação da escolha sob o véu da ignorância, um mecanismo de regulação de conhecimentos que mitiga conflitos e facilita acordos sólidos e abrangentes, o que possibilita *usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria* (RAWLS, 2002a, p. 147).

Rawls diz que para se ter uma melhor compreensão da justiça procedimental pura é melhor conhecer a justiça procedimental perfeita, a qual é rara, e a justiça procedimental imperfeita. A perfeita é a forma mais simples de uma divisão justa, tanto que Rawls a exemplifica com a divisão de um bolo por alguns indivíduos, alegando que o procedimento a ser seguido é que quem for o responsável pela divisão deverá obter seu pedaço por último, o que fará com que se empenhe em ser o mais justo possível, para que possa ser favorecido ao fim de sua tarefa. Com o exemplo duas características ficam claras, a primeira é que *há um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes de o processo acontecer*. A segunda é que *é possível criar um procedimento com certeza que trará o resultado desejado*. Verifica-se que há um padrão independente para decidir qual resultado é justo e um procedimento que com certeza conduzirá a ele (RAWLS, 2002a, p. 90-91).

Para entender a justiça procedimental imperfeita o exemplo é o processo criminal. Existe um procedimento de julgamento que é estruturado para que a verdade seja encontrada e

o réu seja condenado pelo crime que praticou, entretanto Rawls diz ser impossível determinar regras gerais para que o resultado almejado seja sempre o correto. O autor ressalta a incoerência de julgados por ordenamentos diferentes, tanto que situações análogas possuem desideratos distintos, ainda que a lei seja cuidadosamente obedecida e os processos conduzidos de forma justa e adequada, é possível chegar a um julgamento errado. É o erro do judiciário, quando uma combinação fortuita de circunstâncias frustra a finalidade das normas. A característica da justiça procedimental imperfeita é que ainda que haja um critério independente para produzir um resultado correto, é possível que este não seja alcançado. Portanto, o julgamento é um exemplo de justiça procedimental imperfeita (RAWLS, 2002a, p. 91-92).

A justiça procedimental pura ocorre quando não existe um critério independente para se alcançar o resultado correto, mas há um procedimento correto ou justo de maneira que o resultado será sempre correto ou justo, qualquer que seja ele, desde que o procedimento tenha sido adequadamente aplicado. Para exemplificar esta modalidade de justiça procedimental Rawls usa um jogo em que apostadores fazem apostas justas com expectativas zero de ganho e de forma voluntária, de modo que as circunstâncias contextuais definem um procedimento justo. Aqui a distribuição do dinheiro ao final será igual à quantia inicial que todos os apostadores possuíam. Uma característica da justiça procedimental pura é que o processo para a determinação do resultado justo deve ser realmente levado a cabo, pois nesses casos não há critério independente em referência ao qual se pode demonstrar que um resultado definitivo é justo (RAWLS, 2002a, p. 92). Para Rawls, *para que a noção de justiça procedimental pura tenha sucesso, é necessário estruturar e administrar imparcialmente um sistema justo de instituições de apoio. A confiança na justiça procedimental pura pressupõe que a estrutura básica satisfaz os dois princípios* (RAWLS, 2002a, p. 335).

O que acontece na posição original trata-se de um modelo procedimental baseado em um formato deliberativo por reflexão equilibrada, oriundo de nossos sentimentos morais em ponderação com nossos juízos mediatos. Tem-se como um modelo, pois este é realizado em uma situação que não é criada, mas sim modelada, em consonância com o que idealizou Rawls, para que sejam concebidos os princípios da justiça em um acordo a-histórico e hipotético entabulado entre cidadãos racionais e morais. Hipotético porque as partes partem de um início sem saber o que será acordado e a-histórico porque jamais fora realizado. Para Rawls, a posição original é:

(...) um artifício procedimental de construção que é simplesmente modelada, pois parte-se da ideia fundamental de uma sociedade bem ordenada entendida como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos razoáveis e racionais, considerados livres e iguais. Continua afirmando ter modelado, então, um procedimento que apresente condições razoáveis às partes, as quais,

como representantes racionais, devem selecionar os princípios públicos de justiça para a estrutura básica da sociedade, assim concebida (RAWLS, 2011, p. 122).

Verifica-se que não se trata de um processo simples de escolha, pois há representantes para a realização da tarefa de definição dos princípios de justiça que orientarão um contrato de convivência de pessoas racionais. Os representantes devem estar em um ambiente plenamente restrito e distante das circunstâncias da estrutura básica existente para a definição do mais justo. Como indica Coitinho, a posição original *é um modelo de nossas convicções sobre as condições equitativas de consenso entre cidadãos livres e iguais e sobre as restrições apropriadas à razão* e serve para justificar os princípios de justiça e *tem o papel de dar oportunidade ao status quo inicial que garante a equidade dos consensos básicos* (COITINHO, 2009a, p. 141-142).

Findo o processo de escolha dos termos, é possível conferir se efetivamente o produto auferido no processo de definição é capaz de fazer funcionar o mecanismo estrutural que se busca, e, Rawls concebe um método para justificar os princípios e o nomina, como alhures asseverado, de equilíbrio reflexivo. Percebe-se, pois, que há um vínculo entre a posição original e o equilíbrio reflexivo, como se fosse um ciclo sequencial e complementar, até porque ambos são concepções de justificação, onde naquela inicia-se o processo de escolha isenta e coerente para a formatação dos princípios de justiça com base nas crenças compartilhadas dos indivíduos racionais e morais com posterior justificação do produto encontrado e sua aplicabilidade prática na estrutura básica da sociedade de maneira estável. Para Freeman:

As partes, na posição original, após a formalização dos princípios por pessoas razoáveis e com senso de justiça indica que a sociedade bem ordenada possa geralmente os aceitar e endossar com base na justificação pública (FREEMAN, 2007, p. 4).

Verifica-se, pois, que em Teoria a justificação se trata de um ato complexo em que há a escolha, ou deliberação, e a aceitação do produto concebido, ou seja, a estabilidade.

Em suma, a posição original é o *status quo* inicial em que impera a isenção para formalização de acordos fundamentais, justos e equitativos por representantes da sociedade, estes pessoas morais, racionais, livres e iguais, que em um experimento mental elaborarão hipóteses argumentativas e escolherão, de maneira legítima, em razão das condições que se encontram, os dois princípios de justiça que regularão a sociedade bem ordenada.

2.3 O VÉU DA IGNORÂNCIA

O modelo sistêmico concebido por Rawls para demonstrar sua Teoria da Justiça como a mais apropriada para uma sociedade democrática, desde a ideia da posição original até

o produto final e funcional caracterizado por uma sociedade bem ordenada passa por uma construção complexa, contendo elementos partes, sendo que para a justificação do presente trabalho o equilíbrio reflexivo será o elo da corrente do pensamento rawlsiano que servirá de contributo para uma produção racional e coerente de decisões judiciais.

Entretanto a sequencial construção da Teoria passa por sua compreensão e o véu da ignorância é agora tratado por ser o segundo elo, um elemento adjacente à posição original, pois é nesta que ele se desenvolve de maneira paradoxal, porque ainda que se trate de um véu a obnubilar indivíduos para mantê-los alheios a condições que os tornem parciais, é sob ele que se enxerga o que de mais justo pode se conceber em prol de uma sociedade democrática.

John Rawls enxergou a sociedade de sua época formada por pessoas em situações distintas e interesses conflitantes, porquanto formada por fortes e fracos, ricos e pobres, com divergências religiosas, com orientações sexuais e políticas em direções opostas, de modo que encontrar uma situação de justiça que fosse equânime, para ele, esta precisava ser norteada por princípios definidos pelos próprios cidadãos em um ambiente de igualdade – a posição original sob o véu da ignorância.

Conforme delineado anteriormente a posição original se assemelha ao que os contratualistas tradicionais denominaram de estado de natureza, um ambiente onde eram entabulados os contratos sociais. Entretanto, Rawls melhora a referida situação de escolha e nela cria um filtro para que as seleções sejam justas e nomina este filtro de véu de ignorância. O papel do véu da ignorância, para Rawls, é que:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais (RAWLS, 2002a, P. 146-147).

Rawls cria uma variante importante em relação ao que até então era proposto, porque aqui os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, isto é, entre cidadãos livres e iguais nascidos em uma sociedade na qual passam suas vidas, portanto, pelo formato de modelagem do ajuste não há permissão para que alguém possua poder superior de barganha, de ameaça, de coerção, de engodo ou de fraude.

Como alhures mencionado, Rawls teoriza uma concepção política de justiça que possa funcionar em uma *sociedade democrática entendida como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais que, em sua condição de autonomia política aceitam,*

de modo voluntário os princípios de justiça publicamente reconhecidos que especificam os termos de cooperação (RAWLS, 2011, p. 29).

As pessoas devem endossar livremente a concepção política de justiça, mesmo que vinculadas a doutrinas abrangentes que ainda que sejam razoáveis, pode haver conflito entre elas, o que enseja o pluralismo razoável, que se estabiliza por meio de uma multiplicidade de tolerância e possibilita o consenso sobreposto.

O processo de escolha dos princípios de justiça pelos representantes¹⁵ dos cidadãos ocorre na posição original, onde não é permitido às partes o conhecimento da posição social daqueles que representam ou a doutrina abrangente de cada um. O mesmo ocorre em relação ao conhecimento de raça e grupo étnico, gênero e diferentes talentos naturais como força física e inteligência, fraquezas de toda sorte. Estão, ainda, sob outros vetores do desconhecimento, como a concepção do bem, a geração a que pertencem, seus objetivos e vínculos particulares, ou ainda as capacidades realizadas, valores ou as propensões psicológicas das pessoas que representam (RAWLS, 2011, p. 28 e 361). Esta modelagem do processo eletivo em um panorama equitativo de condições concebe um produto mais igual e justo, trazendo luz para o significado do termo *justiça com equidade* definido por Rawls. O próprio filósofo estadunidense afirmou:

Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem. (RAWLS, 2002a, p. 147).

O estabelecimento da ambiência para a escolha dos princípios com a supressão de elementos capazes de inviabilizar um procedimento parcial para os indivíduos que desconhecem suas contingências naturais e sociais é registrado por Rawls quando diz que *fica excluído o conhecimento dessas contingências que criam disparidades entre os homens e permitem que eles se orientem pelos seus preconceitos* (RAWLS, 2002a, p. 21). O objetivo de Rawls é evitar a parcialidade na escolha, o que, para ele, seria algo injusto.

¹⁵ Representantes são simplesmente partes na posição original, apenas criaturas artificiais que habitam nosso dispositivo de representação, os quais devem ser entendidos como representantes racionais que especificam os termos equitativos da cooperação social ao alcançar um acordo sobre os princípios de justiça (RAWLS, 2011, p. 33).

Com esta estratégia isenta que se verifica na posição original há o processo de escolha dos princípios, dentre os disponíveis, para que sirvam de critérios morais que devem estar coerentes com os valores ponderados dos envolvidos na eleição que, inclusive, devem assumir tais valores para que possa haver o reconhecimento mútuo na decisão para que se configure a justificação. O procedimento de justificação é exposto de forma clara por Denis Coitinho quando diz que a justificação é formada por cinco elementos:

(i) uma reconciliação a partir de razões, (ii) deve-se tomar os valores comuns dos envolvidos como ponto de partida e (iii) validar esses valores por consenso, acordo e, assim (iv) os princípios escolhidos devem ser coerentes com os juízos ponderados dos envolvidos, (v) uma vez que a justificação é dada não por prova, mas por mútuo reconhecimento (COITINHO, 2014a, p. 26).

Pretende-se um acordo hipotético a ser realizado na posição original, que é um artifício de representação, em benefício de cidadãos livres e iguais, sendo que este modo obnubilado, denominado véu de ignorância, *é que garante a equanimidade do poder e do conhecimento que a posição original requer*. Sandel, ao comentar acerca visão obscura e de ser hipoteticamente edificado o contrato, diz que *a ironia é que um acordo hipotético realizado sob um “véu de ignorância” não é uma forma pálida de contrato real e, portanto, moralmente mais fraca; ao contrário, é uma forma pura de contrato real, portanto moralmente mais forte* (SANDEL, 2018, p. 188).

O experimento mental que se desenvolve na posição original com o uso do véu da ignorância é conceder às partes envolvidas no processo seletivo dos princípios a oportunidade de raciocinar com rigor e negociar com clareza acerca do que é ou não justo para os cidadãos e que possa transbordar para a efetivação da justiça social.

Para Mandel, as partes concordam após dedicadas reflexões e encerram as definições de boa-fé, tanto que após o desanuviamiento mantém e honram os compromissos e *o véu da ignorância é o que força que a escolha das partes seja imparcial e, portanto, justa. Essa estrutura motivacional simplificada é exatamente o que dá à posição original seu poder para nos ajudar a alcançar o equilíbrio reflexivo* (MANDLE, 2014, p. 135).

Pela engenharia mental emanada de Rawls é possível perceber sua busca para encontrar um método que possibilitasse mitigar as desigualdades passíveis de virem à tona durante o processo de escolha, as quais seriam fatores de sedução para discriminações, e, que em sua ótica deveria ser o mais justo e imparcial que pudesse florescer da mente humana. Neste estágio e sob estas condições a busca por benefício próprio ou de um pequeno grupo social, o que é natural e todo ser humano está sujeito, seria inexistente.

Na posição original e sob o véu da ignorância é possível ver o que viu Rawls quando quis demonstrar a atuação de indivíduos em uma situação igual e de isenção com objetivo de escolherem princípios norteadores da sociedade em que vivem e que servirão a atual e as futuras gerações.

Uma possibilidade de entender a funcionalidade do sistema é se colocar no lugar do outro, este entendido de maneira ampla, de forma que toma-se como exemplo, portanto, um negro que também é homossexual, o qual faz parte de um grupo social que comumente há notícias de discriminação, tendo que escolher a perspectiva da sua existência, sendo que com esta simulação fica claro o desejo de liberdade e respeito igual aos demais membros da sociedade em situação distinta, de modo que nesta hipótese é preciso extrair o máximo do mínimo e respeitando as desigualdades, e é sob o véu que se pode conceber as melhores escolhas.

Esclarece, Denis Coitinho, qual é o papel da posição original e como ocorre o processo de escolha dos princípios sob o véu da ignorância.

A posição original apresenta-se como um procedimento de representação (device of representation) que formaliza as convicções ponderadas (ou juízos morais ponderados ou refletidos) de pessoas razoáveis com base na descrição das partes como situadas de uma forma simétrica (equitativa) e devendo deliberar baseadas nas restrições apropriadas às razões para estabelecer os princípios de justiça (COITINHO, 2009a, p. 141).

A teoria rawlsiana estabelece que a escolha de princípios sob influência de contingências externas ou circunstâncias conhecidas, haveria impacto no processo, o que configuraria um véu de ignorância transparente, *fino (thin)*, que culmina com escolha eivada de imparcialidade refletida do *status quo*, e, mesmo que possua um certo grau de imparcialidade, não é suficiente para eliminar eventuais discriminações ou discrepâncias em relação a indivíduos ou minorias. A abstração do *status quo* que ocorre na posição original, segundo Freeman ocorre porque:

A identificação empática com os desejos de outros não é possível porque o véu de ignorância espesso (*thick*) evita que as partes conheçam estes e outros fatos particulares acerca das pessoas, porque esses fatos incluindo os desejos das pessoas, que tendem a distorcer o tipo de juízo que se necessita na posição original (FREEMAN, 2016, p. 154).

Freeman assevera que as partes não são completamente ignorantes dos fatos, porque possuem conhecimento geral acerca de pessoas e sociedades, inclusive sobre leis científicas e questões incontroversas afetas às leis naturais e sociais, sobre economia, psicologia, ciência política, biologia, tendo conhecimento, ainda, sobre o comportamento humano, neuropsicologia, evolução biológica, sobre como funcionam os mercados econômicos e até

mesmo sobre a teoria dos preços neoclássicos da oferta e da demanda. Possuem conhecimento a respeito das circunstâncias da justiça e da conveniência dos bens sociais primários e o valor destes para se viver uma vida boa e poderem desenvolver seus poderes morais e outras capacidades (FREEMAN, 2008, p. 6-8; 2016, p. 154).

Diz ainda, Freeman, que o que se desconhece pelas partes na posição original sob o véu da ignorância são quaisquer *atos particulares que possam ter as pessoas tanto sobre si mesmas como de qualquer outro na sociedade, e inclusive conhecimento de circunstâncias históricas e culturais da mesma sociedade (seus recursos, níveis de riqueza, sua população etc.)*, porque Rawls entende que *nada deste conhecimento é relevante para um acordo sobre os princípios da justiça e para a estrutura básica da sociedade*, bem como são *moralmente irrelevantes* para o acordo sobre os princípios (FREEMAN, 2016, p. 153-154).

O véu de ignorância tem por função dar condições para que o contrato social seja um acordo equitativo e estritamente imparcial.

Na situação descrita não há inclinação para o exercício de obtenção de vantagem qualquer, pois não há espaço para troca ou barganha, mas, como visto, estabelece-se um acordo que é entabulado sob a opacidade densa do véu da ignorância para a definição dos princípios de organização e regulamentação de sociedades democráticas hodiernas.

2.4 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

Verificou-se em tópicos antecedentes o ambiente em que os princípios com destinação complexa e rígida são eleitos racionalmente por pessoas mediante exercício da racionalidade deliberativa e John Rawls é claro em afirmar que *uma das principais tarefas da justiça como equidade é a de determinar que princípios da justiça seriam escolhidos na posição original* sob o véu da ignorância. Esses princípios são os que servirão de norte para regular a estrutura básica da sociedade e ainda *devem regular todos os acordos subsequentes, especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer* (RAWLS, 2002, p. 12 e 15).

A posição original é puramente hipotética e também a-histórica, sendo que os princípios nela definidos são aceitos consensualmente em uma situação de igualdade e por este motivo se justificam, sobretudo, em razão da aceitação das premissas estabelecidas para a situação de escolha por cidadãos livres e iguais, quando há restrição de conhecimentos e também imposição proposital de desconhecimentos por meio do véu da ignorância que possam ser suscetíveis para influenciar na escolha dos princípios de justiça. Rawls diz em relação a

estas premissas que *se não aceitamos, talvez possamos convencer-nos a fazê-lo mediante o raciocínio filosófico* (RAWLS, 2002a, p. 24), sendo que em relação a este aspecto formal da escolha há críticas em relação ao procedimento, quando se questiona se efetivamente há uma interpretação cognitiva, um mero reconhecimento de algo já existente ou que as partes sejam determinadas a reconhecer os princípios (SANDEL, 2005, p. 177).

O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, que são as principais instituições políticas, econômicas e sociais, como a Constituição, propriedade e família, e em Rawls a justiça como equidade é moldada para uma sociedade que é democrática, esta composta por instituições que são reguladas por dois princípios de justiça, os quais são escolhidos pelas partes que devem estar situadas harmonicamente em posição equitativa, a partir de opções na posição original, a qual se trata de um procedimento de representação modelado para atingir o fim proposto para ela.

A escolha deve recair sobre princípios apropriados para determinar direitos e liberdades básicas e para regular as desigualdades sociais e econômicas das perspectivas de vida dos cidadãos, bem como devem ser adequados para uma sociedade democrática com um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais e devem destinar-se, também, para suas instituições, sendo certo que considerando que as próprias partes responsáveis pela escolha lançam propostas a serem deliberadas, resta claro que não possuem incentivo para sugerir princípios inúteis ou arbitrários.

Imperioso destacar, contudo, que os princípios de justiça política selecionados no procedimento que se desenvolve na posição original são destinados às instituições que norteiam os sistemas social, político e econômico que funcionam na sociedade bem ordenada composta por indivíduos que cooperam entre si, sendo que o próprio Rawls esclarece que estes princípios *podem não funcionar para regras e práticas de associações privadas ou para aquelas de grupos sociais menos abrangentes. Podem ser irrelevantes para os diversos usos informalmente consagrados e comportamentos do dia-a-dia* (RAWLS, 2002a, p. 9).

Como os princípios são resultado de um procedimento complexo de construção que se desenvolve na posição original em condições razoáveis por pessoas racionais, ou seus representantes, eles são adotados para regular a estrutura básica da sociedade, portanto, os julgamentos da sociedade a serem realizados com base nestes princípios também serão razoáveis.

A ideia de liberalismo político de John Rawls emerge de dois fatos, sendo o primeiro o fato do pluralismo razoável que acontece nas sociedades democráticas em razão da existência da diversidade de doutrinas abrangentes razoáveis e, o segundo fato, porque em um

regime democrático o poder emana de cidadãos livres e iguais constituídos em um corpo coletivo.

Neste modelo de sociedade democrática a concepção de justiça deve ser política, a permitir que o poder político seja legítimo se de acordo com uma constituição, escrita ou não, a qual é endossada por indivíduos considerados racionais e razoáveis, à luz da razão humana comum (RAWLS, 2003, p. 57).

Após suas revisitações em Teoria, Rawls a atualiza e a revisa em diversos pontos e, em razão da concepção política, o faz também em relação aos princípios, esperando que a eleição recaia em um padrão que determine direitos e liberdades básicos e que sejam *princípios apropriados para a estrutura básica com suas desigualdades econômicas e sociais nas perspectivas de vida dos cidadãos*, bem como que devem ser apropriados para uma sociedade democrática com um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais e devem destinar-se, também, para suas instituições. Para tanto, não obstante tenha afirmado que o significado e o conteúdo dos dois princípios de justiça permanecem essencialmente os mesmos, exceto no quadro de ideias do qual fazem parte, passa a expor os princípios como sendo:

Primeiro princípio: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.

Segundo princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade (princípio da diferença) (RAWLS, 2011, XLVI, 5-6).

Pelo que foi delineado anteriormente, é possível verificar a posição original particionada em dois momentos, sendo o primeiro o processo de escolha dos princípios, devendo estes estar em compasso entre juízos ponderados e as crenças gerais e, o segundo, quando é possível verificar se os princípios são estáveis a ponto de eficientemente regularem a sociedade espontaneamente sem que seja preciso revisão ou o cumprimento impositivo de suas exigências. Neste sentido aponta Denis Coitinho: *se os princípios são coerentes com os juízos ponderados e com as crenças gerais que estão na teoria moral e possibilitam a estabilidade social, então eles estão justificados* (COITINHO, 2014a, p. 13).

Para Rawls *a justiça como equidade é uma teoria de nossos sentimentos morais, que se manifestam por nossos juízos ponderados, em estado de equilíbrio refletido* (RAWLS, 2002a, p. 130). Assim como entende que:

(...) uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema da corroboração mútua de muitas considerações, do ajuste de todas as partes numa única visão coerente (RAWLS, 2002a, p. 23).

Os princípios de justiça política, portanto, vêm de um processo de escolha realizada na posição original com a característica do véu de ignorância, mediante a abstração das contingências do mundo social para que haja supressão de barganhas possivelmente oriundas de instituições sociais acumuladas ao longo do tempo passado e que de alguma maneira podem influenciar no acordo sobre os princípios que deverão regular as instituições da estrutura básica do presente para o futuro.

As reflexões de Kymlicka sobre os princípios de justiça da teoria rawlsiana parte da ideia central de que todos os bens primários sociais como liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e os fundamentos sociais da própria estima do indivíduo, necessitam ser distribuídos de modo igual a todos, com possível exceção para o fato de eventual distribuição desigual para um determinado bem ou de todos possa resultar em vantagem para os menos favorecidos¹⁶, o que, para Rawls, é fazer justiça (KYMLICKA, 1995, p. 65-66).

Nesta forma de pensar verifica-se que os indivíduos são tratados como iguais, mediante a eliminação de toda forma de desigualdades ou somente aquelas que possam prejudicar alguém, porque pela Teoria há possibilidade da existência de desigualdade, desde que sua permissibilidade tenha como consequência o benefício de todos, com destaque aos menos privilegiados, porque é possível que favoreça aptidões humanas e desempenhos socialmente úteis. Segundo Rawls,

(...) a estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, e essas desigualdades devem ser compatíveis com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2002b, p. 33; 2011, p. 334).

Na Teoria de Rawls este deixa claro que os dois princípios de justiça devem obedecer uma ordem lexical, porque o filósofo estadunidense entende que um princípio do tipo do primeiro, que trata dos direitos e das liberdades fundamentais, denominado de *igual liberdade (equal liberty principle)* precede o segundo que trata da satisfação e das necessidades básicas dos cidadãos. O primeiro princípio é ligado aos interesses de natureza fundamental

¹⁶ Para John Rawls os menos privilegiados, ou menos favorecidos, são aqueles indivíduos que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas, ainda que vivam em uma sociedade bem ordenada em que todos os direitos e liberdades básicos e iguais dos cidadãos e suas oportunidades equitativas estão garantidos. Rawls ainda destaca que os menos favorecidos nunca são identificados como homens ou mulheres, ou como brancos ou negros, como hindus ou ingleses. Não são indivíduos identificados por características naturais ou outro tipo (raça, gênero, nacionalidade etc.) que nos permitam comparar sua situação sob os vários esquemas de cooperação social passíveis de serem considerados (RAWLS, 2003, p. 83-84).

básica, inclusive do poder do povo em constituir a forma de governo, o que é um poder superior. Já o segundo deve ser aplicado no contexto das instituições de fundo, as quais devem satisfazer as exigências relacionadas ao primeiro princípio.

Da mesma forma há um sistema de precedência dentro do segundo princípio, o qual é dividido em dois elementos, sendo que o primeiro, que é denominado *princípio da igualdade equitativa de oportunidades (fair equality of opportunities)*¹⁷, tem prioridade sobre a segunda parte, qual seja, o *princípio da diferença (difference principle)*. A prioridade definida por Rawls se traduz em um dos ideais de sua Teoria, que é a primazia do justo sobre o bem.

Rawls entende que sua definição da ordem de precedência define que quando da sua aplicação o princípio anterior ou os princípios anteriores já foram plenamente satisfeitos (RAWLS, 2003, p. 60-61) e ainda, supõe-se a existência de condições razoavelmente favoráveis proporcionadas por circunstâncias históricas, econômicas e sociais que, havendo vontade política, possibilitem a criação de instituições políticas eficientes que proveja ambiência para o exercício das liberdades, demonstrando ser a liberdade algo inviolável na concepção rawlsiana, sobrepondo-se a qualquer outro interesse dos indivíduos em sociedade.

Ainda sobre esta priorização, Arnsperger e Van Parijs asseveram que:

(...) a prioridade estrita do primeiro princípio sobre os outros dois supõe que é inadmissível querer justificar uma restrição ou uma repartição desigual das liberdades fundamentais em nome quer da igualização das oportunidades de acesso às posições sociais, quer de uma melhora da situação material dos mais desfavorecidos (ARNSPERGER e PARIJS, 2003, p. 74).

Para aclarar ainda mais a distinção que existe entre os princípios Rawls defende que o primeiro *abarca os elementos constitucionais essenciais e o segundo princípio exige igualdade equitativa de oportunidades e que as desigualdades sociais e econômicas sejam governadas pelo princípio da diferença*. Para Rawls os dois princípios expressam valores políticos que se aplicam à estrutura básica da sociedade, sendo que esta possui duas funções coordenadas e o primeiro princípio é aplicado nesta primeira função que *determina e garante as liberdades básicas iguais dos cidadãos, dentre as quais o valor equitativo das liberdades políticas, e estabelece um regime constitucional justo*. O segundo princípio é aplicado à outra função da estrutura básica, que é de *prover as instituições de fundo da justiça social e econômica na forma mais apropriada a cidadãos considerados livres e iguais* (RAWLS, 2003, p. 66-67).

¹⁷ Igualdade equitativa de oportunidades, segundo Rawls, exige que não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles. É uma igualdade liberal (RAWLS, 2003, p. 61-62).

A revisão realizada por Rawls no primeiro princípio, o garante das liberdades fundamentais aos cidadãos, tem como fundamento a ideia de utilizar o termo *um sistema plenamente adequado* em substituição à expressão *o sistema total mais extenso*, utilizado em Teoria (RAWLS, 2011, 345), bem como tem como ideia a de vincular o termo *liberdade básica* em consonância com os distintos tipos de liberdade, de modo que todas as liberdades não tenham nenhuma prioridade uma sobre a outra e o filósofo as elenca como liberdade de pensamento e de consciência; liberdades políticas, como o direito de votar e participar da política; liberdade de associação, assim como os direitos e liberdades especificados pela liberdade e integridade física e psicológica da pessoa e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito, sendo esse ajuste feito para adequar a justiça como equidade em consonância com o pensamento democrático no tocante a direitos e liberdades na visão de preceitos constitucionais definidos em várias cartas de direitos e declarações dos direitos do homem.

O segundo princípio tem como fundamento a garantia da justiça distributiva de benefícios econômicos e sociais, devendo, contudo, observar que a ordem social deve ter como escopo a mitigação das desigualdades existentes, justificando apenas a elevação de condições de uns, caso isso possa trazer vantagens aos menos privilegiados nesta distribuição. A distribuição de rendas, riquezas, oportunidades de trabalho e de formação educacional deve ser ajustada pelas instituições que compõem a estrutura básica da sociedade. De acordo com Oliveira, inova Rawls *em fazer das desigualdades um subcaso das igualdades: se há desigualdades, estas se inserem na esfera maior das igualdades, sendo, portanto, aceitáveis* (OLIVEIRA, 2003, p. 19-20).

Ainda sobre o segundo princípio, em relação à questão da justiça social, em caso de incerteza quanto à distribuição diante de um resultado insatisfatório, a alternativa que Rawls apresenta como solução é a regra de *maximin*, que estabelece que a opção a ser classificada é a que seja considerada dentre os piores resultados possíveis, o que seja superior aos piores resultados das outras possibilidades (RAWLS, 2011, p. 165).

No que pertine ao princípio da diferença, este tem como objetivo ajustar as desigualdades eventualmente existentes por meio de políticas públicas importantes e publicadas, portanto justificadas para todos, mediante ajustes contínuos que visam o equilíbrio entre os que ganham mais, que devem cooperar para este fim, com os que ganham menos, em um processo social equitativo que produz resultado ao longo do tempo.

De todo o exposto, tem-se que os princípios de justiça são concebidos por indivíduos morais, livres e iguais, situados equitativamente, restringidos pelo véu de ignorância

na posição original, onde conjecturam acerca das opções e definem, portanto, o modelo de justiça que deverá adequar-se à estrutura básica da sociedade tornando-a bem ordenada e mais justa e equitativa, devendo, ainda, os princípios normatizar os sistemas de cooperação social e estruturar os sistemas político e econômico, para que possam ser capazes de proteger os direitos dos cidadãos e estes próprios, assim como funcionar em instituições que possam garantir a justiça social.

Salta aos olhos que há um desafio paradoxal para as partes, porque ainda que estas possuam as características que lhes são correlatas e que sejam dotadas de um senso de justiça e, portanto, sabedoras de como decidir da melhor forma que lhes convém, devem almejar escolhas para o gozo de uma vida o melhor possível, incluindo escolha das melhores relações e as mais relevantes atividades que possam compor projetos racionais de vida, sem que, contudo, percam de vista a primazia da liberdade e da igualdade que deve prevalecer em uma sociedade democrática moderna. Neste sentido, apontam Arnsperger e Van Parijs:

No centro da posição liberal-igualitária da justiça, encontra-se o desafio de poder articular, de maneira coerente, a adesão simultânea aos ideais de liberdade e igualdade. Mais especificamente, essa concepção da justiça pretende combinar, de um lado, igual respeito a todas as concepções ‘racionais’ da vida boa que andam lado a lado em nossas sociedades pluralistas e, de outro lado, a preocupação imparcial de garantir a cada cidadão, tanto quanto possível, o que lhe é necessário para procurar obter a realização de sua concepção de vida boa (ARNSPERGER & VAN PARIJS, 2003, p. 68).

É perceptível o desassossego de Rawls em idealizar uma sociedade com instituições básicas que sejam regidas por normas que possam produzir ações institucionais que respeitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, e, que os sistemas político e econômico propiciem justiça social para o desenvolvimento dos indivíduos que mutuamente cooperam em benefício do todo. O ideal de Rawls, neste aspecto, é evidente, pois para ele *as instituições devem organizar a cooperação social de modo que favoreça os esforços construtivos* (RAWLS, 2002b, 35-36).

As instituições da estrutura básica regidas pelos princípios, incluindo aí o Poder Judiciário, devem ter condutas pautadas na ideia normativa principiológica anteriormente deliberada, tornando possível a estabilidade social, sobretudo porque os cidadãos crêem que suas instituições são justas, uma vez que edificadas com observância na cidadania igualitária, sendo seus direitos e liberdades tomados como estabelecidos¹⁸, o que desperta nos indivíduos as virtudes da cooperação e a reciprocidade de respeito.

¹⁸ De acordo com a teoria de Rawls, direitos e liberdades devem ser estabelecidos, tando que prescreve que *numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais* (RAWLS, 2002a, p. 4).

O teste para que se possa verificar a adequação da escolha dos princípios que servirão de termos reguladores da estrutura básica da sociedade baseada na ideia de uma cidadania igual¹⁹ é o método do equilíbrio reflexivo, o qual será objeto do tópico que segue.

2.5 EQUILÍBRIO REFLEXIVO²⁰

Pessoas morais, racionais, livres e iguais, como delineado em linhas anteriores, de acordo com a justiça como equidade, em uma situação simétrica na posição original, sob um véu da ignorância espesso, este um estado de abstração de situações contingentes em que as partes desconhecem critérios gerais ou condições particulares que podem macular o processo que deve ser imparcial e justo, representam os membros da sociedade para a definição dos princípios de justiça, frutos de um consenso ou ajuste equitativo. Nestas circunstâncias, as partes conhecem apenas as bases elementares da organização social e da psicologia humana e, assim, elegem princípios que asseguram a igual liberdade, igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, os quais servem de base para a estrutura básica da sociedade (COITINHO, 2010, p. 117).

O método do equilíbrio reflexivo consiste em cotejar os julgamentos morais dos indivíduos ou suas intuições, comumente utilizados para definir casos particulares, contra as crenças gerais morais, como princípios e teorias. O método tem como premissa instaurar coerência entre julgamentos particulares com os princípios gerais e universais, viabilizado por revisões e reflexões sobre eventuais inconsistências e contradições.

Este procedimento de reflexões e revisões pode revelar que há necessidade de adequação em nível individual e particular, ou seja, quando há necessidade de adequação com um princípio geral ou, ao revés, pode chegar-se à conclusão que um princípio ou uma teoria moral está em desacordo com crenças particulares sedimentadas.

A busca do equilíbrio se dá em um estado de coisas pelo exercício da capacidade deliberativa por grande tempo destinado à reflexão, tempo necessário para acessar inúmeras

¹⁹ Para Rawls, a cidadania igual é o fundamento que legitima a sociedade democrática da estrutura básica, em que os próprios cidadãos, livres e iguais, edificam os termos políticos e econômicos reguladores do sistema cooperativo, que são definidos, neste aspecto, pelos direitos e liberdades exigidos pelo princípio de liberdade igual e pelo princípio da igualdade equitativa de oportunidades, porque quando estes dois princípios são satisfeitos, todos são cidadãos iguais (RAWLS, 2002a, p. 102).

²⁰ Neste tópico mister é esclarecer que haverá uma explanação acerca do método do equilíbrio reflexivo como componente da corrente lógica até então apresentada sem, contudo, aprofundar no tema, pois este é o elo substancial da teoria rawlsiana que servirá de harmonização de juízos morais com o ordenamento jurídico existente para que juízes possam produzir decisões coerentes, de modo que o aprofundamento ocorrerá no Capítulo 4 deste trabalho.

crenças particulares e também princípios ou regras morais, sendo possível nestas “idas e vindas” na estrada que nos conduz à coerência ir revisando conceitos e regras ou deixando-os na beira do caminho, sobretudo quando descortinada sua edificação em base emotiva. Este “ir e vir” é a ponderação de julgamentos que devem ser realizados com a finalidade de selecionar o que há de melhor para motivar uma decisão.

Rawls diz que este estado de coisas em que se dá o equilíbrio reflexivo se trata de um *equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam* (RAWLS, 2002a, p. 23).

Denis Coitinho entende que a posição original não pode ser compreendida se estiver afastada do procedimento do equilíbrio reflexivo, pois ela não se trata apenas de um critério formal de representação, mas também lança mão dos juízos ponderados dos indivíduos para a justificação dos princípios (COITINHO, 2014a, p. 130).

Ainda de acordo com Coitinho, deve ser notado que o equilíbrio reflexivo é um *procedimento coerentista que visa a justificação com base nessa correspondência entre os juízos e os princípios morais no interior da posição original* (COITINHO, 2014a, p. 133).

Por meio de um processo cognitivo e comprobatório dos juízos morais ponderados dos indivíduos e também em um aspecto de generalidade, coerência entre julgamentos particulares com princípios gerais, busca-se o estado de equilíbrio. O processo que se desenvolve para se estabelecer o equilíbrio é o que Rawls denomina “roteiro hipotético de reflexão” (RAWLS, 2002a, p. 23) e que, findo este curso seguido, chega-se ao equilíbrio reflexivo.

Os juízos ponderados são fruto de uma reflexão realizada em uma ambiência propícia ao exercício do senso de justiça, em condições favoráveis, portanto, com observância aos princípios, sem que haja interferência de circunstâncias como nervosismo, medo, dúvida, que podem canalizar para um erro. Esse senso de justiça deve ser visto como uma capacidade mental que exercita o pensamento e possibilita a deliberação de inúmeros juízos morais nas mais diversas situações. Para Rawls:

(...) os juízos ponderados se apresentam como aqueles juízos nos quais as nossas qualidades morais têm o mais alto grau de probabilidade de se mostrarem sem distorção. Assim, ao decidir quais dentre os nossos juízos devemos levar em conta, podemos com bom senso selecionar uns e excluir outros. Por exemplo, podemos descartar aqueles juízos feitos com hesitação ou nos quais não depositamos muita confiança (RAWLS, 2002a, p. 51).

Por esta razão que há julgamentos que são feitos intuitivamente e de plano rechaçam eventual intolerância ou preconceito, porque o senso de justiça indica a situação como sendo

injusta, como por exemplo o caso da escravidão que qualquer indivíduo intuitivamente e de forma inata tem como algo moralmente condenável, ou, a discriminação racial e a intolerância religiosa que são tidas como injustificáveis. Neste aspecto, para Rawls, nenhuma consideração possível de ser defendida pode, *por mais irreal que seja, justificar a escravatura ou a servidão hereditária* (RAWLS, 2002a, p. 272).

Para Coitinho, *o objetivo é pensar a teoria da justiça como equidade enquanto uma descrição de nosso senso de justiça, de forma que os princípios escolhidos na posição original correspondam aos juízos ponderados*. Continua seu comentário afirmando que o método do equilíbrio reflexivo é para Rawls *o núcleo central de sua concepção política de justiça, de forma que se estabeleça uma teoria normativa da escolha pública (política), harmonizando assim os juízos morais particulares com os princípios de justiça* (COITINHO, 2014a, p. 139-140).

A avaliação da justiça como equidade ou qualquer outra concepção política deve ser realizada para que se conheça se efetivamente ela é razoável, sendo que Rawls testa sua teoria da justiça por meio do método do equilíbrio reflexivo. Entende, o filósofo, que:

(...) trata-se de saber em que medida a visão como um todo articula nossas convicções ponderadas mais firmes acerca da justiça política, em todos os níveis de generalidade, depois de cuidadosa ponderação e depois de feitos todos os ajustes e revisões que se mostraram necessários (RAWLS, 2011, p. 33).

Imperioso afirmar que não há juízo ponderado ou convicção geral de uma pessoa que estejam imunes à revisão, sendo que a busca pelo equilíbrio reside em trazer a coincidência daqueles com o esquema de princípios anteriormente moldados, devendo aqueles ser revisados e corrigidos de forma contínua e indefinida. Rawls diz que *o equilíbrio reflexivo requer apenas que o agente faça essas revisões com convicção e confiança, e continua a afirmar esses princípios quando se trata de aceitar suas consequências na prática* (RAWLS, 1975, p. 8).

A compreensão do procedimento do equilíbrio reflexivo é favorecida quando há uma diferenciação entre o equilíbrio reflexivo restrito ou estreito (*narrow reflective equilibrium*) e equilíbrio reflexivo amplo (*wide reflective equilibrium*).

O equilíbrio reflexivo estreito se dá quando uma concepção política de justiça é facilmente aceitável por um indivíduo mediante o estabelecimento de coerência entre os juízos morais ponderados e os princípios de justiça, sendo apenas necessário que haja uma revisão de seus juízos particulares, um autoesclarecimento, com o desprezo das diferentes concepções de justiça para a concretude do fim colimado.

Aqui no equilíbrio reflexivo estreito o indivíduo adepto de uma concepção abrangente *considera apenas argumentos que permitem sustentar sua teoria diante de outras, que não exija revisões de seus juízos fundamentais* (ROUANET, 2009, p. 248-249).

Por outro lado, o equilíbrio reflexivo amplo ocorre quando outras concepções de justiças são consideradas, assim como as bases de suas edificações, de forma que além das convicções gerais, os princípios fundamentais e os juízos particulares necessitam concordarem. Para Denis Coitinho,

(...) o método do equilíbrio reflexivo amplo estabelece uma coerência entre o conjunto de crenças de uma pessoa em três níveis, a saber, entre os juízos morais, os princípios morais e as teorias de fundo. (...) as teorias de fundo devem mostrar que os princípios morais são mais razoáveis que outros princípios alternativos, de forma independente dos juízos morais (COITINHO, 2014a, p. 144-145).

Para Rouanet o equilíbrio reflexivo amplo *leva em conta os juízos refletidos de outras pessoas, seus argumentos e, à luz de suas concepções de bem e de justiça, busca o consenso por sobreposição* (ROUANET, 2009, p. 248-249).

A característica relevante do equilíbrio reflexivo é que inclui nossos juízos ponderados em todos os níveis de generalidade, sem priorização de nenhum deles no início do procedimento, pois nesta fase todos possuem credibilidade. O indivíduo que está no processo de reflexão tem a obrigação de, caso não se encontre a coerência, revisar o processo e estabelecer a relação de coerência para que o senso de justiça também esteja em estado de coerência.

Norman Daniels esclarece como se dá o equilíbrio reflexivo amplo:

É uma tentativa de produzir coerência em um triplo ordenado de conjunto de crenças mantidas por uma pessoa em particular, a saber, (a) um conjunto de julgamentos morais considerados, (b) um conjunto de princípios morais e (c) um conjunto de teorias relevantes antecedentes. Inicia-se com a coleta dos julgamentos morais iniciais da pessoa e os filtra para incluir apenas aqueles nos quais é relativamente confiante e que foram feitos sob condições propícias para evitar erros de julgamento. (...) São propostos conjuntos alternativos de princípios morais que variam de graus de ajuste com os julgamentos morais. Se simplesmente não há concordância para o melhor ajuste de princípios com julgamentos, têm-se apenas o equilíbrio reflexivo estreito. Em vez disso, avança-se para argumentos filosóficos destinados a revelar os pontos fortes e fracos dos conjuntos alternativos de princípios (ou concepções morais concorrentes). Esses argumentos podem ser interpretados como inferências de algum conjunto de teorias de fundo relevantes. (...) O agente trabalhando para frente e para trás, fazendo ajustes nos julgamentos, seus princípios morais e suas teorias de base, chega-se ao ponto de equilíbrio que consiste em uma ordem tripla (a), (b) e (c) (DANIELS, 1979, p. 258-259).

No equilíbrio reflexivo amplo a coerência não se almeja apenas em um indivíduo levando-se em conta princípios e seus juízos ponderados, mas deve haver uma coerência

intersubjetiva que abranja todos os membros da sociedade e adicionar a isso considerações acerca de outras teorias concorrentes e de todas as naturezas, assim como as doutrinas abrangentes que existam na sociedade, e que são razoáveis, em razão do pluralismo razoável, alcançando, assim, o consenso sobreposto.

O refletir humano, o pensar, conduzem o indivíduo às melhores escolhas, pois desprovidas de emoções e influências capazes de macular a escolha. Rawls modula o pensar humano ao criar um procedimento analítico-interpretativo consubstanciado em reflexões, ponderações, debate, seleções, com o fim de melhor decidir e justificar uma escolha. Tal método pode ser visto como modular e possível de ser utilizado em qualquer área da ciência humana como um contributo para o aperfeiçoamento de atividades laborais que, não raras vezes, possuem equívocos, inconsistências, arbitrariedades, imoralidades e até injustiças.

O escopo deste trabalho é demonstrar que o equilíbrio reflexivo rawlsiano pode ser utilizado como um método do raciocínio jurídico e, conseqüentemente, proporcionar a produção de decisões judiciais coerentes, sendo que, para tanto, de acordo com Rawls há necessidade de haver juízes morais competentes (RAWLS, 1951, p. 180), com capacidade de maior reflexão sobre como extrair mais de seu senso de justiça.

As fases e o processo em que se desenvolve o equilíbrio reflexivo serão objeto de explanação no Capítulo 4, quando o tema será retomado para que a ideia de aplicação do método rawlsiano por juízes se consubstancie em um método racional de investigação que proporcione o aperfeiçoamento do raciocínio jurídico e possibilite a produção de decisões judiciais mais justas e coerentes.

2.6 A SEQUÊNCIA DOS QUATRO ESTÁGIOS

Para a concepção dos princípios, John Rawls demonstra um sistema complexo de criação e de aplicação destes e, para tanto, diz haver quatro estágios a serem percorridos, os quais vão desde o nascedouro até a aplicabilidade executiva deles nas instituições básicas. São eles: posição original, convenção constituinte, legislativo e aplicação tanto no poder executivo quanto no judiciário. Rawls nomina este procedimento de *sequência de quatro estágios*.

Este sequenciamento encadeado se trata de um esquema que é uma parte da teoria da justiça como equidade e *é essencial ter em mente que a sequência dos quatro estágios é um recurso para a aplicação dos princípios da justiça* (RAWLS, 2002a, p. 217).

O primeiro estágio seria aquele em que se criam os princípios na posição original. O segundo diz respeito ao que estabelece um sistema de governo e de produção de direitos e

garantias. O terceiro estágio seria o de produção legislativa ordinária e análise desta e das políticas públicas. O quarto e último estágio trata-se do momento em que já há aplicabilidade das normas por administradores e julgadores, assim como se verifica a observância do sistema legal pelos cidadãos. Para Rawls:

Os princípios da justiça são adotados e aplicados numa sequência de quatro estágios. No primeiro estágio, as partes adotam os princípios de justiça por trás de um véu de ignorância. As limitações quanto ao conhecimento disponível para as partes vão sendo progressivamente relaxadas nos três estágios seguintes: o estágio da convenção constituinte, o estágio legislativo (...) e o estágio final em que as normas são aplicadas por governantes e a constituição e leis são interpretadas por membros do judiciário (RAWLS, 2003, p. 68).

Conforme Rawls, os princípios de justiça são adotados e aplicados conforme a sequência de quatro estágios que ele indica, sendo que no primeiro estágio as partes elegem os princípios de justiça sob os efeitos da obscuridade causada pelo véu de ignorância, o qual vai desanuviando no decorrer do curso dos próximos três estágios e as restrições de conhecimento vão gradativamente sendo desobstruídas (RAWLS, 2003, p. 67-68).

Uma vez escolhidos os princípios na posição original, no segundo estágio as partes necessitam formar uma convenção constituinte para decidir acerca da justiça de formas políticas e definir uma constituição justa e eficaz e que satisfaça os princípios da justiça, bem como devem propor um sistema para os poderes constitucionais de governo e os direitos básicos dos cidadãos, incluindo as liberdades de cidadania igual. Neste estágio a concepção de justiça adequada é realizada de maneira consensual e todos possuem compreensão sobre princípios da teoria social e conhecem fatos relevantes da sociedade, embora ainda não conheçam suas posições sociais, de modo que os efeitos do véu já se foi parcialmente (RAWLS, 2002a, p. 213).

No terceiro estágio, denominado de estágio legislativo, são definidas as leis que devem estar em consonância com os princípios de justiça e também com a constituição. Segundo Rawls, aqui também é utilizado o método de avanços e recuos entre os estágios da legislatura e da convenção constituinte, para que possam descobrir a melhor constituição (RAWLS, 2002a, p. 215). Neste estágio, o segundo princípio atua, sendo que o princípio da diferença é amplamente aplicado para que se possa mitigar o máximo de injustiças na estrutura pública das instituições.

No quarto estágio temos uma constituição em vigor, um ordenamento jurídico e um Poder Judiciário e os demais administradores, os quais aplicam as regras já definidas a casos particulares e os cidadãos comuns as cumprem.

Neste último estágio não há mais motivo algum a justificar a existência do véu da ignorância e todos os cidadãos possuem acesso irrestrito a fatos genéricos da sociedade e não há mais limites ao conhecimento (RAWLS, 2002a, p. 217; 2003, p. 68).

Conhecendo a teoria rawlsiana verifica-se sua preocupação em desenvolver uma corrente conceitual com fortes elos que juntos formam uma concepção alternativa de justiça para uma sociedade democrática e que possa dispor, como consequência, de um sistema jurídico que seja capaz de produzir decisões judiciais justas por excelência e de abrangência, e, não apenas dotadas de justeza e coerência quando funcionando em casos comuns, mas que também seja capaz de produzir decisões assim para casos de todos os níveis de complexidade. Importante ressaltar que é neste quarto estágio que se opera o equilíbrio reflexivo e onde está situado o magistrado que, lamentavelmente, produz decisões não raras vezes imbuídas de interesses, preconceitos, ativismos, decisionismos ou eivadas de divergências e até equívocos, em razão da inata falibilidade humana, o que os torna suscetíveis de gerar erros também por influências externas, inclusive emocionais, não obstante deles se esperar uma racionalidade sempre ilimitadamente justa e coerente.

O objetivo deste trabalho é investigar o método do equilíbrio reflexivo de Rawls, sobretudo para o campo jurídico e em uma perspectiva em que ele sirva de orientação para produção de decisões judiciais, mas não apenas como um método de justificação, mas que possa ser um aparato procedimental de inferências indutivas e dedutivas capazes de corrigir e ajustar situações fáticas, legais, principiológicas e de crenças dos julgadores, revelando-se um elemento de contribuição da teoria de Rawls na aplicabilidade prática jurisdicional em casos concretos analisados pelo poder judiciário, com enaltecimento da análise crítica e da mitigação da discricionariedade desviante e arbitrária, com clara qualificação da interpretação e consequente potencialização de produção de decisões judiciais mais justas e coerentes.

O capítulo a seguir trata do Constitucionalismo de John Rawls, o qual prevê a existência de uma constituição que se propõe a ser mais efetiva legitimamente e mais estável, por ser aceita de forma abrangente porquanto originada de princípios que os próprios cidadãos destinatários da constituição definiram, portanto, em fundamentos libertários, democráticos e justos.

CAPÍTULO 3

O CONSTITUCIONALISMO EM RAWLS: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE SEU PENSAMENTO

John Rawls formula sua teoria da justiça como equidade como uma alternativa razoavelmente sistemática às doutrinas até então dominantes, sobretudo o Utilitarismo, por entender que elas eram frágeis enquanto fundamento para as instituições de uma democracia constitucional. Segundo Rawls, *pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar* (RAWLS, 2002a, p. 16). Para ele a ideia utilitarista não seria adequada para as democracias constitucionais.

Para melhor compreensão do pensamento rawlsiano é necessário ao seu leitor se ater aos inúmeros conceitos criados pelo autor, essencialmente aos principais, sob pena de haver comprometimento da compreensão do todo que, ao final, revela-se um sistema. Imperioso destacar que no presente trabalho os conceitos cruciais foram tratados no Capítulo 2, e, agora no Capítulo 3, conceitos outros serão abordados porque diretamente ligados à ideia que sustenta o pensamento constitucional de Rawls, a saber, constitucionalismo, razoabilidade, consenso sobreposto, razão pública e Estado de direito.

A teoria de John Rawls se trata de uma teoria constitucional porque nela é perceptível a preocupação com elementos afetos a este modelo de teoria, como a ideia de uma constituição escrita, a ideia de validade e eficácia das normas reguladoras de uma sociedade participativa, a preocupação com as atividades institucionais e de seus agentes, inclusive no tocante às interpretações do ordenamento jurídico, assim como pode ser verificada uma atenção para os direitos fundamentais, em especial os direitos de liberdade, assim como a ideia de organização e limitação do poder político, elementos estes que podem garantir a estabilidade de uma sociedade bem ordenada formada por indivíduos vivendo em uma cidadania livre e igual.

A justiça como equidade de Rawls, portanto, tem a constituição como a espinha dorsal de seu pensar que procura sempre direitos iguais aos indivíduos, tanto que o próprio autor asseverou que *o essencial é que a constituição estabeleça direitos equitativos de participação nos negócios públicos e que sejam tomadas medidas para preservar o valor equitativo dessas liberdades* (RAWLS, 2002a, p. 248-249).

Após severas críticas endereçadas à sua teoria, Rawls percebe o que nomina de *ambiguidade* (RAWLS, 2011, p. XVI) e opta por *transformar a doutrina abrangente da justiça como equidade na concepção política da justiça como equidade* (RAWLS, 2011, p. XLVIII)

para ser aplicada à estrutura básica da sociedade²¹, porque entende que a questão da estabilidade no modelo proposto em *Teoria* para a configuração de uma sociedade bem-ordenada seria pouco realista, porquanto marcada pela existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, de maneira a carecer de reajustamentos fundamentais.

Ao reconhecer a existência do pluralismo razoável e ajustar suas ideias, favorece a estabilidade do sistema cooperativo ao viabilizar, por meio do consenso sobreposto, a convivência entre pessoas que se orientam por diferentes crenças religiosas e convicções filosóficas.

Esta sociedade bem ordenada definida por Rawls é composta por indivíduos dotados de um desenvolvimento moral suficiente para possuírem uma concepção de bem e um senso de justiça, de maneira que livremente aceitam os princípios de justiça escolhidos na posição original e que regulam as instituições sociais e econômicas, e, porque são pessoas razoáveis, livres e iguais que coadunam com a concepção de justiça posta. Nesta sociedade, os membros, porque possuem racionalidade e por serem capazes de compreenderem a vida social baseada em uma concepção de bem, elaboram seus planos de vida orientados pelos princípios da escolha racional, os quais favorecem a concretização do anteriormente planejado.

Instituições básicas justas proporcionam ao grupo social uma credibilidade e uma lealdade razoável, porque as pessoas possuem um senso de justiça que as impede de se seduzirem por qualquer tipo de prática injusta. *Os cidadãos agem voluntariamente no sentido de serem justos um com os outros ao longo do tempo. A estabilidade é assegurada pela motivação suficiente do tipo apropriado adquirido em instituições justas* (RAWLS, 2003, p. 264).

O estado de direito, segundo Rawls, se consubstancia quando a concepção formal da justiça, a administração regular e imparcial das normas comuns, se aplicam ao sistema jurídico. Para Rawls esse modo de atuar se chama *justiça como regularidade*. O sistema normativo é destinado a *pessoas racionais com o propósito de regular sua conduta e prover a estrutura da cooperação social* (RAWLS, 2000a, p. 257). Em havendo uma estrutura básica dotada de justiça, o estado de direito garante a justiça social.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO EM RAWLS

²¹ O que se entende por estrutura básica são as principais instituições políticas, constitucionais, sociais e econômicas da sociedade e o modo como se ajustam para constituir um sistema unificado de cooperação ao longo do tempo (RAWLS, 2011, p. XLVI).

Ao ler Rawls é possível identificar uma evolução em seu modo de pensar sua *Teoria*, podendo perceber que em 1971 o autor identifica direitos constitucionais com a ideia de liberdades básicas, enquanto que em 1993 relaciona dentre os direitos constitucionais os direitos sociais, nominando este novo conteúdo mais abrangente de elementos constitucionais essenciais. A mudança é perceptível pela leitura de sua teoria de cunho filosófico constante em *Uma Teoria da Justiça* e pela leitura do que passou a chamar de teoria política da justiça verificada em *O Liberalismo Político*.

Estudando *Teoria*, percebe-se que Rawls não se dedica ao termo *democracia*, assim como não aborda assuntos inerentes à democracia contemporânea. Vê-se em sua obra apenas o trato com o governo da maioria e outras abordagens acerca de decisões legislativas. Como diz Joshua Cohen, o autor *não diz muito sobre a política de uma sociedade justa*, porque não fala *sobre o processo de argumentação pública, mobilização política, competição eleitoral, movimentos organizados, tomada de decisão legislativa ou administração compreendida dentro da política de uma democracia moderna* (COHEN, 2003, p. 86), entretanto, nota-se que Rawls possui preocupação com o assunto, tanto que ao abordar o tema do contratualismo e sua relação com o que pensa em sua Teoria, Rawls diz claramente no prefácio de sua obra que sua teoria *constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática* (RAWLS, 2002a, p. XXIII). Ainda que em *O Liberalismo Político* o autor aplica algumas mudanças na reformulação da justiça como equidade, inserindo novos elementos de justificação, os quais serão adiante abordados, em verdade tratam-se de um mesmo projeto de pensamento político de uma concepção normativa para uma sociedade democrática.

Pelas leituras de suas principais obras, verificam-se nítidas referências ao constitucionalismo e a proposta constitucionalista de John Rawls tem por fundamento princípios que garantam um modelo de justiça social que propicie o mais extensivo sistema de liberdades básicas individuais e a igualdade equitativa de oportunidades dos cidadãos e, como diz Cohen, *embora justiça como equidade não seja uma teoria da democracia e diga pouco sobre o processo político democrático, é uma contribuição para o pensamento democrático* (COHEN, 2003, p. 87).

John Rawls inicia sua construção teórica em um momento que precede o do contrato social, na posição original, um ambiente hipotético em que partes da sociedade edificam subsídios para sustentar um ordenamento composto por regras justas e imparciais. O ordenamento surge com base em um consenso e que o Estado o aplica, podendo, os cidadãos, reverem tais regras, sendo, pois, um modelo que funciona em uma democracia constitucional

dualista²² (GARGARELLA, 2005, p. 3). O próprio Rawls afirma ser dualista a democracia constitucional quando assevera ser ela *dualista: ela distingue o poder constituinte do poder ordinário, bem como a lei mais alta do povo da lei ordinária aprovada por instituições legislativas* (RAWLS, 2011, p. 275).

Por meio do mecanismo da posição original há a escolha dos princípios de justiça que serão aplicados nas instituições jurídico-políticas que funcionam na estrutura básica da sociedade. É o momento em que partes, sob o véu da ignorância, realizam a eleição imparcial dos princípios da justiça. Entretanto, é por meio da sequência dos quatro estágios que se observa o desenrolar sistêmico pensado por John Rawls e a que medida os princípios oriundos do acordo entabulado são compatíveis com as leis e a constituição, considerando-se a aplicabilidade e funcionamento deles nas instituições, o que favorece a realização de ajustes, observação de críticas ou a justificação dos princípios. As quatro etapas revelam a ligação existente entre os princípios da justiça e as instituições justas, demonstrando como é o modelo constitucionalista de Rawls.

No primeiro estágio, Rawls estabelece que os princípios da justiça sejam escolhidos na posição original, sob o véu da ignorância, ou seja, indivíduos escolhem tendo como base apenas o senso de justiça que é inato em cada um. *A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual qualquer consenso atingido é justo* (RAWLS, 2002a, p. 129).

Por serem as partes seres racionais e dotadas de senso moral, a escolha sempre recairia em princípios justos, porque oriundos de convicções intuitivas inerentes à justiça, a qual é a virtude primeira das instituições da estrutura básica de uma sociedade que, então, será bem ordenada. Rawls idealiza *uma concepção de justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada* (RAWLS, 2002a, p. 5).

No segundo estágio, já com conhecimento de fatos gerais acerca da sociedade, realiza-se uma convenção constituinte para deliberarem sobre a justiça das formas políticas, são estabelecidos direitos e liberdades fundamentais e, assim, concebem uma constituição política capaz de orientar a elaboração de uma legislação eficaz e justa em um regime democrático e constitucional. Para que a constituição seja justa, entende Rawls que nela:

²² Sobre as democracias constitucionais Bruce Ackerman apresenta três modelos, a saber: a) o dualismo democrático, que distingue as decisões políticas entre as decisões tomadas pelo povo das que são tomadas pelos governos, sendo que ao alto escalão do judiciário cabe a garantia de preservação da vontade popular na forma estabelecida em momentos especiais, denominado de momentos constitucionais; b) o monismo constitucional, cujo modelo se assenta na ideia de que a democracia requer o governo de indivíduos eleitos livremente pelo povo e que os governantes possuem pleno poder de ditar as leis; c) o fundamentalismo constitucional, que se caracteriza pelo compromisso com a democracia, todavia, seu maior comprometimento é com a proteção dos direitos fundamentais e com a força da constituição que se revela a maior garantia de direitos (ACKERMAN; ROSENKRANTZ, 1991, p. 14-31).

As liberdades de cidadania igual devem estar incorporadas na constituição e protegidas por ela. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade dos direitos políticos. O sistema político, que suponho ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incorporasse essas liberdades (RAWLS, 2002a, p. 213-214).

No terceiro estágio, com conhecimento ainda mais ampliado, são criadas as leis justas que irão nortear a conjuntura econômica e social da sociedade, sendo que a legislação deve ser abrangente a ponto de regular por tempo indeterminado a atual geração e as futuras.

No quarto e último estágio, já em situação de completo acesso aos fatos e com o véu totalmente descortinado, verificam-se as aplicações das regras aos casos particulares pelo executivo e pelo judiciário. Finda a sequência dos quatro estágios, abre-se a oportunidade de avaliar as *práticas e aplicações dos princípios da justiça, bem como da justiça de uma Constituição e de uma legislatura, dentro da concepção da justiça como equidade* (VOLPATO DUTRA; ROHLING, 2011, p. 70).

Ao tratar do princípio da participação dos indivíduos no cenário político e na distribuição de propriedades e riquezas em sua teoria, Rawls entende que a constituição deve assegurar direitos equitativos para que haja a prevalência de uma cidadania igual e esta mesma constituição, enquanto fundamento da estrutura social, tratando-se do mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições, também deve garantir que todos tenham acesso da mesma maneira nos negócios políticos que ela estabelece, ocasionando justiça e estabilidade nas atividades institucionais, e, dentre estas instituições, está o Direito (RAWLS, 2002a, p. 248).

Pela ideia de Rawls, percebe-se que ele não quer conceituar a justiça, mas sim encontrar uma sociedade justa, bem ordenada, buscando um modelo constitucional baseado em princípios de justiça apoiados pelo grupo social e um ordenamento que justifiquem uma sociedade democrática e, ao mesmo tempo, que essa justiça oriente as instituições desta sociedade.

Ao enfrentar críticas e aprimorar sua teoria, John Rawls, ao perscrutar sobre o constitucionalismo, ele propõe cinco princípios básicos. Vejamos a seguir.

O primeiro distingue o poder de decisão do povo e do governo, os poderes constituintes e os poderes constituídos. Segundo Rawls:

O primeiro princípio é a distinção entre o poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário das autoridades públicas e do eleitorado, exercido na política cotidiana. O poder constituinte do povo institui uma estrutura para regular o poder ordinário e somente entra em cena quando o regime existente se dissolveu (RAWLS, 2011, p. 273).

O segundo princípio relaciona-se com o anterior e trata da distinção entre a lei superior, a qual é derivada do poder constituinte do povo, das leis ordinárias ou inferiores, as quais são manifestações dos eleitores por meio de seus representantes do congresso e que por aqueles foram democraticamente eleitos. Com relação a este princípio, asseverou Rawls:

A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e é investida da autoridade mais elevada da vontade de “nós, o povo”, ao passo que a legislação ordinária se reveste da autoridade e constitui a expressão do poder ordinário do Parlamento e do eleitorado. A lei mais alta obriga e guia este poder (RAWLS, 2011, p. 273).

Como um terceiro princípio do constitucionalismo verifica-se a referência ao ideal político de autogoverno pelo povo, sendo que para Rawls *uma Constituição democrática é uma expressão fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo de se autogovernar* (RAWLS, 2011, p. 273).

O quarto princípio guarda relação com o estabelecimento, pela comunidade política, de garantia perene de certos conteúdos constitucionais essenciais insertos na própria Constituição e na sua carta de direitos. Disse Rawls:

Mediante uma Constituição democraticamente ratificada e que conte com uma Carta de Direitos, o corpo de cidadãos fixa de uma vez por todas certos elementos constitucionais essenciais, por exemplo: os direitos e as liberdades civis e políticos iguais, as liberdades de expressão e de associação, bem como os direitos e liberdades que asseguram a segurança e a independência dos cidadãos, tais como as liberdades de movimento e de escolha da ocupação e as garantias do Estado de direito. Isso garante que as leis ordinárias sejam promulgadas de certa maneira pelos cidadãos, em sua qualidade de pessoas livres e independentes. É por meio desses procedimentos que o povo pode expressar, mesmo que não o faça, sua vontade democrática refletida, e certamente essa vontade não tem como existir sem esses procedimentos (RAWLS, 2011, p. 274).

O quinto e último princípio diz que o poder máximo de um governo constitucional não reside em um órgão específico como um tribunal ou uma legislatura, mas sim nos três ramos de governo de Estado. Para Rawls:

O poder supremo não pode ser depositado nas mãos de uma legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o intérprete judicial de última instância da Constituição. O poder supremo pertence aos três poderes, em uma relação adequadamente especificada entre si, em que cada um deles é responsável perante o povo (RAWLS, 2011, p. 274-275).

Para que a concepção política seja completa, segundo John Rawls, deve conter uma classe de questões fundamentais e que os valores políticos desta concepção respondem a elas, sendo que ele próprio sugere que esta categoria deva ser composta pelo que chama de elementos constitucionais essenciais e também pelas questões de justiça básica. Os elementos constitucionais essenciais são de dois tipos, sendo o primeiro os do item (a) que especificam a

estrutura geral do Estado e do processo político, e, o segundo os do item (b) que especificam os direitos e as liberdades fundamentais e iguais dos cidadãos:

- a) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;
- b) os direitos e as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de direito (RAWLS, 2011, p. 269).

Não obstante a clareza do que sejam os dois tipos de elementos constitucionais essenciais, imperioso ilustrar o modelo do primeiro tipo, cujo exemplo é o estabelecimento de um sistema de governo, se presidencialista ou parlamentarista, sendo que uma vez definida a estrutura do poder político somente deve ser alterada se a experiência mostrar que se trata de uma exigência da justiça política ou do bem comum, sob pena de se criar turbulências ou de minar o governo constitucional por motivos estranhos aos interesses de estabilidade do Estado.

No que diz respeito aos elementos constitucionais do segundo tipo, estes abarcam o primeiro princípio da justiça e parte do segundo, uma vez que apenas alguns conteúdos de justiça distributiva podem se enquadrar no conceito de elementos constitucionais essenciais, como é o caso do mínimo social, ou seja, *o indispensável para cobrir as necessidades básicas da pessoa, o qual é separado do princípio da diferença e dos bens primários de renda e de riqueza, bem como da base social de respeito próprio* (ARANGO, 2005, p. 152). Eles correspondem às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos. De acordo com Rawls, embora ambos os tipos de princípios expressem valores políticos, é perceptível a distinção entre as classes dos elementos, porque há:

Os princípios que determinam os direitos e as liberdades fundamentais e iguais e os princípios que regulam questões básicas de justiça distributiva, tais como a liberdade de escolha de ocupação e a igualdade de oportunidades, as desigualdades socioeconômicas e as bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2011, p. 269).

Segundo Rodolfo Arango (ARANGO, 2005, p. 152), Rawls considera quatro motivos para ilustrar esta constatação da distinção de classes:

- a. Os dois tipos de princípios especificam papéis diferentes para a estrutura básica.
- b. É mais urgente estabelecer os elementos essenciais que têm por objetivo as liberdades fundamentais.
- c. É muito mais fácil determinar se esses elementos essenciais estão sendo realizados.
- d. É muito mais fácil chegar a um acordo sobre quais direitos e liberdades devem ser fundamentais, mas nos aspectos mais importantes.

Ainda, de acordo com Arango, *a distinção de Rawls entre o mínimo social especificado pelas necessidades básicas, por um lado, e o conteúdo do princípio da diferença, de outro, é de central importância para a conceituação dos direitos constitucionais* (ARANGO, 2005, p. 152).

Pelo teor do que se apresenta acima em relação ao pensamento de Rawls, percebe-se claramente que a teoria da constituição se faz latente em seu raciocínio, pois sua teoria trata de ambos os aspectos inerentes à teoria constitucional, quais sejam, a organização do Estado e a garantia dos direitos fundamentais, que, em um primeiro momento destaca-se pela garantia de liberdades, com inclusão de direitos sociais em um segundo momento, demonstrando que a concretude de seu pensar reside em uma Constituição que cumpre com seus desígnios substanciais.

Porque a teoria de Rawls possui os dois elementos básicos de uma teoria da constituição – a consagração de direitos individuais fundamentais e a organização do estado com a limitação de poder político –, é que pode ser considerada uma teoria deste jaez. O poder somente pode ser considerado legítimo e justo se não é abusivo, daí a necessidade de sua limitação, sendo certo que esta limitação fortalece os dois preceitos principiológicos de Rawls. Ao tratar desta questão acerca do ganho com a limitação de poder político e o reflexo nos direitos fundamentais dos indivíduos, destaca María Pilar Altable:

A vida política, as instituições políticas, estão dentro do pensamento rawlsiano a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos e têm como objetivo garantir um marco constitucional que possibilite a cada indivíduo ou grupo de indivíduos ir constituindo o que ele considera como ideal de vida boa (ALTABLE, 1995, p. 125).

Verifica-se que Rawls busca inserir na constituição os princípios da justiça para que possam guiar os direitos básicos dos cidadãos e o sistema de escolha de governantes e dos poderes destes, sendo que porque sustentada em uma concepção de justiça seria, conseqüentemente, estável e duradoura.

John Rawls muito refletiu e propôs a base de um modelo constitucional em que os destinatários da Constituição, ou seja, os indivíduos que compõem a sociedade e que são dotados de atributos racionais e morais, aceitassem, de modo coeso, os princípios de sua teoria que seriam responsáveis pelos arranjos sociais e de tornar a sociedade um empreendimento bem ordenado.

Merece destaque o fato de que ao se reportar à teoria da justiça de Rawls, o também norte americano Ronald Dworkin assevera que *nenhum jurista constitucional poderá ignorar esta obra* (DWORKIN, 2017, p. 234).

Ao apresentar os fundamentos de sua teoria política de justiça, John Rawls pretende evoluir sua justiça como equidade para que seja compatível com uma ordem constitucional democrática estável, de maneira que conceitos como os elementos constitucionais essenciais, razoabilidade, consenso sobreposto, razão pública e estado de direito passam a ter substancial importância nesta nova esteira de pensar.

3.2 RAZOABILIDADE

Por meio da leitura das principais obras de Rawls, *Uma Teoria da Justiça* e o *Liberalismo Político*, percebe-se que houve uma mudança paradigmática entre a obra de 1971 e a de 1993, quando procurou estabelecer em sua teoria uma notória distinção entre uma doutrina abrangente e uma concepção puramente política.

Foram as críticas a Rawls endereçadas que o motivaram a constantemente refletir e aperfeiçoar sua teoria, visitando e revisitando textos, conferências, analisando fundamentos a possibilitar a cooperação e virtudes de humanos livres e iguais, como a tolerância, a favorecer o pluralismo razoável e proporcionar estabilidade a uma sociedade democrática contemporânea²³.

Ver-se-á, neste tópico, a ideia de *razoabilidade* na teoria de John Rawls²⁴. O autor opta por realizar a distinção entre as duas faculdades da personalidade moral do indivíduo – o razoável e o racional, quando assevera reportando-se à concepção política de justiça:

Para os propósitos de uma concepção política de justiça, atribuo ao razoável um sentido mais restrito e a ele associo, primeiro, a disposição de propor e sujeitar-se a termos equitativos de cooperação e, segundo, a disposição de reconhecer os limites da capacidade de juízo e aceitar suas consequências. (...)

²³ Sobre a mudança do pensamento teórico rawlsiano, vide o tópico 2.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS, no Capítulo 2, deste trabalho.

²⁴ Não obstante este tópico tratar da ideia de razoabilidade no contexto teórico de John Rawls, mister se faz expor a conceituação da razoabilidade em âmbito geral e jurídico, mormente diante do fato de que o presente trabalho delibera acerca das decisões judiciais. Na seara jurídica a ideia de razoabilidade já é pressuposta na sistemática de diversos estados democráticos de direito, embora possa ser também positivada.

A razoabilidade é, de acordo com o Dicio – Dicionário Eletrônico da língua portuguesa (<https://www.dicio.com.br>): *Uma qualidade do razoável e que se conceitua como sendo o que está em conformidade com a razão; racional. Aceitável pela lógica; racionável. Que demonstra bom senso; que se comporta de maneira racional; sensato. Sem excesso; moderado ou comedido.*

Nas diversas ocorrências jurídicas a razoabilidade está presente na Constituição Federal, na elaboração de leis e nas próprias leis, na edição de atos da administração, assim como nas interpretações e nas aplicações do Direito, destacando-se como relevante instrumento de proteção do interesse público, com ênfase para os direitos fundamentais, bem como para servir de elemento regulador da discricionariedade dos atos da administração pública. Podem ser citados, como exemplos, diplomas normativos que contemplam a razoabilidade, sendo que na Constituição Federal, enquanto princípio, é verificado no inciso LXXVIII, do art. 5º. A Lei n. 13.105/2015. No Código de Processo Civil, em seu art. 8º. Na Lei n. 9.784/99, em seu art. 2º, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Ao saber que as pessoas são racionais, não sabemos que fins procurarão realizar, sabemos somente que procurarão realizá-los de forma inteligente (RAWLS, 2011, p. 57-58).

Com esta opção, Rawls especifica os dois aspectos fundamentais do razoável, os quais devem ser entendidos como sendo o primeiro adstrito ao fato de que a pessoa tem disposição de propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e cumpri-los, desde que os demais também o façam, e, o segundo seria a disposição da pessoa em reconhecer os pesos dos julgamentos e aceitar suas consequências para o uso da razão pública no direcionamento do legítimo exercício do poder político de um regime constitucional.

Ser razoável é, pois, um comprometimento com a cooperação justa, com a reciprocidade.

Na definição de Richard Dagger:

A pessoa razoável e o cidadão de Rawls são um e o mesmo. Este cidadão não é alguém que se dedica total e abnegadamente ao bem dos outros ou ao bem geral da sociedade; mas também não é alguém que vai explorar os esforços cooperativos de outros sempre que ele puder defender seus próprios interesses ao fazê-lo. Em vez disso, o cidadão de Rawls é alguém que está disposto a fazer sua parte na sociedade política, entendida como um sistema justo de cooperação com o tempo, mesmo quando fizer sua parte envolverá um sacrifício significativo (DAGGER, 2014, p. 302).

Em *Teoria* existe a ideia de uma sociedade como um sistema de cooperação equitativa amparada em ajustes principiológicos e em critérios que constituem os termos equitativos da cooperação, os quais permitem a aceitação voluntária de cidadãos em razão de a população ser constituída por iguais.

Para Rawls, estas são pessoas razoáveis, porque mesmo sendo livres e iguais almejam um mundo social favorecido pelo bem comum, em que indivíduos, de forma recíproca, são beneficiados pelas ações de outros, porque buscam uma cooperação que favoreça a existência de uma sociedade melhor. De acordo com o autor, *o razoável é um componente da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e é parte da ideia de reciprocidade a suposição de que esses termos equitativos devem ser aqueles que é razoável que todos aceitem* (RAWLS, 2011, p. 58-59).

A pessoa razoável na teoria rawlsiana é aquela com disposição para agir moralmente de modo recíproco e que *se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles* (RAWLS, 2011, p. 58). O razoável vincula-se à aptidão das pessoas em ter um senso de justiça, de maneira que o mundo social em que vivem de modo recíproco é o

bastante para haver motivação para a busca por suas aspirações de vida. Acerca da disposição da pessoa razoável, Denis Coitinho explana:

Por ser uma disposição, a ação razoável ou a razoabilidade está sendo tomada como uma virtude necessária ao agente moral para sua deliberação, pois exigirá do agente uma disposição moral de agir a partir do critério de reciprocidade e uma disposição intelectual de reconhecimento da limitação racional (COITINHO, 2014a, p. 105).

Ainda para Denis Coitinho, o sujeito que age moralmente na teoria de Rawls – o sujeito moral, deve ter:

Disposição de propor e cumprir os termos equitativos de cooperação e, também, uma disposição para reconhecer os limites da razão em justificar arquimedeanamente os juízos morais proferidos pelos indivíduos, isto é, ela exigirá o reconhecimento da sobrecarga da razão, o que é outra forma de dizer que ela exigirá que o sujeito moral seja razoável (COITINHO, 2014c).

Em outra oportunidade, Coitinho diz que o valor da razoabilidade *podia ser compreendido como a condição de possibilidade da própria convivência harmônica entre diferentes pessoas* (COITINHO, 2018, p. 97).

Para Nythamar de Oliveira, *ser razoável implica duas coisas: 1. Cooperar quando os termos do acordo são equitativos e, 2. Reconhecer os limites de nossa capacidade de fazer julgamentos razoáveis e válidos* (OLIVEIRA, 2009, p. 567).

A geração de benefícios mútuos de modo amplo torna razoável a opção voluntária de aceitabilidade do modelo de convívio harmônico. A cooperação e a reciprocidade são elementos relevantes para que pessoas razoáveis constatem ser este modelo caracterizado por um comportamento razoável o que concede vantagem para todo o grupo social. Sobre esta ideia, destacou Amartya Sen:

A perspectiva baseada na vantagem é realmente importante para as regras sociais e o comportamento, uma vez que existem muitas situações em que os interesses comuns de um grupo de pessoas são muito mais bem servidos quando todos seguem regras de comportamento que impedem cada pessoa de tentar ganhar um pouco mais ao custo de tornar as coisas piores para os outros (SEN, 2011, p. 237).

Há também pessoas racionais, as quais são capazes de *adotar os meios mais eficientes para determinados fins* (RAWLS, 2002a, p. 15). Vincula-se à capacidade do indivíduo a ter uma concepção de bem, enquanto a pessoa razoável orienta-se por sua capacidade de possuir um senso efetivo de justiça. Estas virtudes das pessoas se complementam, tornando os indivíduos mais aptos a atuarem em uma sociedade democrática. O razoável e o racional são entendidos, de acordo com a teoria de Rawls, como duas ideias fundamentais distintas e independentes, porque uma não deriva da outra. Da perspectiva da ideia de cooperação equitativa, o razoável e o racional são noções complementares. Para John Rawls:

Agentes que fossem somente razoáveis não teriam fins próprios que desejassem realizar por meio da cooperação equitativa; e agentes que são somente racionais carecem de um senso de justiça e não conseguem reconhecer a validade independente das demandas de outros (RAWLS, 2011, p. 62).

Há, neste pensamento de Rawls, clara primazia do razoável em relação ao racional quando se observam ambos os temas enquanto virtudes pessoais, tanto que Amartya Sen observa que *as exigências da razoabilidade, assim como caracterizada por Rawls, tendem a ser mais rigorosas do que as exigências da racionalidade* (SEN, 2011, p. 229-230).

Para Dagger, a virtude na visão de Rawls é cívica e

É em grande parte uma questão de ser razoável e ser razoável é em grande parte uma questão de estar disposto a assumir uma parte dos encargos sociais de cooperação. Ser razoável também tem seu segundo aspecto, no entanto, segundo o qual é uma questão de raciocinar da maneira adequada sobre assuntos públicos (DAGGER, 2014, p. 302-303).

Ao dispor sobre o valor da virtude da razoabilidade para Rawls em sua teoria, Coitinho assenta que:

A razoabilidade seria uma virtude moral, em primeiro lugar, pois é uma disposição da pessoa em cumprir os termos do contrato, isto é, seguir os dois princípios de justiça que defendem a liberdade, a igualdade e o bem comum, podendo ser entendida como um senso de justiça. Em segundo lugar, ela seria uma virtude intelectual, na medida em que é uma disposição para reconhecer que a razão é limitada ao estabelecimento da verdade sobre crenças e princípios morais e, dessa maneira, a melhor condução, no âmbito público, seria a de tolerância com as crenças divergentes (COITINHO, 2018, p. 98).

Quanto à sensibilidade das pessoas, Nythamar de Oliveira diz que:

Enquanto os agentes racionais não têm uma forma particular de sensibilidade moral presente na cooperação, que é possível poder esperar uns dos outros pelo agir razoável. As pessoas razoáveis não identificam o razoável com o bem comum, mas esperam que pessoas livres e iguais possam cooperar entre si (OLIVEIRA, 2009, p. 571).

Denis Coitinho entende haver dois sentidos essenciais que merecem destaque para a palavra razoável: *ela é usada geralmente para caracterizar coisas ou situações logicamente plausíveis ou racionais, aceitáveis pela razão, como equivalente ao bom-senso, mas também é usada para se referir ao que não é excessivo, isto é, que estaria entre quantidades moderadas* (COITINHO, 2018, p. 96-97).

Quanto à multiplicidade de doutrinas existentes, resta claro e evidente que as pessoas, ainda que razoáveis, não as professam ou sustentam de modo unânime, porque nem todos afirmam a integralidade das variantes como verdadeiras, uma vez que indivíduos divergem, entretanto não impugnam a razoabilidade das doutrinas com as quais não comungam. A esta divergência, Rawls atribui o nome de *desacordo razoável* e, evidentemente, porque as pessoas são livres possuem fontes e causas individuais para a discordância e a essas fontes o

autor atribui o nome de *limites da capacidade do juízo*, uma consequência evidente porque *peças razoáveis não professam todas elas a mesma doutrina abrangente* (RAWLS, 2011, p. 66 e 71). Os limites do juízo estabelecem um campo menos vasto para os julgamentos das pessoas, dado o fato do pluralismo razoável.

No liberalismo político de Rawls, não há um critério rigoroso que indique qual a doutrina mais adequada ou que possua mais valor que outra, porque considera razoáveis muitas das doutrinas conhecidas e tradicionais. Embora entenda, Rawls, que *não há dúvida de que as próprias doutrinas abrangentes, quando apresentam suas razões na cultura de fundo, necessitam de critérios muito mais rigorosos de razoabilidade e de verdade* (RAWLS, 2011, p. 71).

O fato de um indivíduo possuir a *ideia do razoável* não significa que ele deva professar uma determinada doutrina, até mesmo porque uma pessoa ao perceber que determinada doutrina possua uma razoabilidade maior que a aparente e esta mesma pessoa se filie a ela, não significa que aos olhos de outrem esta pessoa se tornou não razoável. Inúmeras são as doutrinas e todas podem ser razoáveis porque, de acordo com Rawls, *uma doutrina razoável é aquela que se pode afirmar de forma razoável* (RAWLS, 2011, p. 72).

Assim, a razoabilidade é motivada por um desejo do indivíduo em uma adesão puramente livre e voluntária dos princípios de justiça, sem opressão, porque sabem que todos cumprirão o acordo ainda que haja doutrinas de grande abrangência, mas que sejam razoáveis, pois a sociedade é vista como um sistema de cooperação equitativo, cujos termos que a regem são razoáveis à aceitação de todos. Neste sentido disse Rawls:

Há um desejo fundamental de ser capaz de justificar as próprias ações a outros por razões que eles não poderiam razoavelmente rejeitar, isto é, dado o desejo de encontrar princípios que outros, motivadamente de modo similar, não poderiam razoavelmente rejeitar (RAWLS, 2011, p. 58).

Essa motivação, de acordo com Rawls, é moral e possui bases constitutivas que se consubstanciam em elementos fundamentais dos cidadãos racionais e razoáveis. Estes elementos seriam as duas faculdades morais, que são a faculdade de ter senso de justiça e uma concepção de bem. Outros elementos seriam as faculdades intelectuais de constituir juízos, pensamentos e inferências. Rawls supõe, ainda, que em qualquer momento dado o indivíduo tem uma concepção específica do bem interpretada à luz de uma doutrina abrangente razoável. Estes mesmos indivíduos possuem capacidades e qualificações necessárias para serem membros normais e cooperativos na sociedade que vivem por toda a vida (RAWLS, 2011, p. 97). Estas faculdades dos membros da sociedade se alinham com a ideia de cooperação social.

Destaca, Rawls, as duas faculdades morais dos cidadãos – as capacidades de ter um senso de justiça e de constituir uma concepção de bem – esclarecendo que:

A primeira é a capacidade de ter um senso de justiça, o que lhes possibilita entender, aplicar e agir de acordo com os princípios razoáveis de justiça que especificam termos equitativos de cooperação social. A segunda faculdade moral é a capacidade de ter uma concepção de bem, uma concepção dos fins e objetivos que são merecedores do nosso empenho devotado, junto com uma ordenação desses elementos que deve nos servir de guia ao longo de toda a vida (RAWLS, 2011, p. 123).

Bertrand Guillaume assevera que para Rawls:

Em uma sociedade bem ordenada é racional ser razoável e isto implica argumentar que as pessoas que possuem um senso de justiça são reguladas por uma motivação moral que é compatível com uma concepção de bem, o que comprova a compatibilidade entre justo e bem, no momento em que a justiça se constitui, também, como um bem intrínseco (GUILLARME apud COITINHO, 2014a, p. 251).

Quanto ao aspecto de ser capaz, o indivíduo, de possuir um senso de justiça, entende, Rawls, que *algumas pessoas têm maior capacidade de senso de justiça do que outras e que tais pessoas podem ser devidamente colocadas em posições em que as virtudes judiciais sejam especialmente adequadas* (RAWLS, 1963, p. 304), sendo que para o escopo do presente trabalho cabe mirar a atividade de juízes, os quais possuem o dever de julgar seus semelhantes do modo mais justo quanto possível. Para esta classe de profissionais a razoabilidade deve expargir para além do modo comum para que haja uma interpretação efetiva para o melhor exercício decisório quanto aos conflitos que lhe são endereçados. Necessita de ser dotado, pois, de uma razoabilidade jurídica. Para Roberto Nogueira *a razoabilidade jurídica conduz, em tese, à boa interpretação legal, como sendo a atividade do espírito que se dirige à concretização do Direito em relação às diversas hipóteses por ele disciplinadas* (NOGUEIRA, 2006, p. 208-209).

Entretanto, não há somente os elementos fundamentais que norteiam os indivíduos da sociedade, mas há, também, quatro características que lhes são inerentes:

a) existe uma disposição de propor termos equitativos de acordo que é razoável supor que outros aceitem, assim como uma disposição de se sujeitar a esses termos, desde que se possa confiar em que os demais cidadãos farão o mesmo, assim como uma disposição de se sujeitar a esses termos, desde que se possa confiar que os demais farão o mesmo; b) reconhecem os limites da capacidade do juízo como limitações àquilo que poder ser justificado a outros e somente professam doutrinas abrangentes razoáveis; c) os cidadãos não apenas são membros normais e plenamente cooperativos da sociedade, como também desejam sê-lo e querem ser reconhecidos como tais; d) os cidadãos possuem uma psicologia moral razoável (RAWLS, 2011, p. 97-98).

A união destes vetores que tornam o cidadão dotado de razoabilidade converge para que todos possuam um próprio desejo de que tudo dê certo, culminando com uma boa vontade

de engajamento coletivo para a consecução de um bem maior. Isso os torna plenamente cooperativos na sociedade e eles *desejam ser membros com essa índole e ser reconhecidos como tais* (RAWLS, 2011, p. 101), porque possuem o ideal de cidadãos.

As três primeiras características reportadas acima aliadas ao desejo de serem cidadãos plenos, são a base para que possam ser dotados de uma psicologia moral razoável que, para Rawls, *não se trata de uma psicologia que tenha origem na ciência da natureza, e sim de um esquema de conceitos e princípios que expressa certa concepção política de pessoa e um ideal de cidadania* (RAWLS, 2011, p. 103).

Quanto às pessoas e seus respectivos atos comportamentais, Denis Coitinho pontua que *o argumento central da justiça como equidade não requer que os agentes sejam de fato razoáveis, mas que possam ser razoáveis. (...) que a exigência da razoabilidade recai sobre essa capacidade moral e não sobre a real ação dos agentes. Tudo o que a teoria de Rawls necessita é que os indivíduos possam agir razoavelmente, que possam escolher a partir do que seria uma razoabilidade, mas não precisa contar com a ação real dos sujeitos* (COITINHO, 2014a, p. 122-123).

Verifica-se, portanto, que na teoria de Rawls a razoabilidade das pessoas deve proporcionar o reconhecimento das limitações racionais de todo o mundo social, entretanto, mesmo assim é necessária uma busca pelo melhor em comum e pelo convívio mais favorável de todos. Para tanto, devem reconhecer que existe uma diversidade moral razoável, porque indivíduos possuem distintas concepções de bem e mesmo desse modo devem construir uma atitude reflexiva baseada na tolerância e na reciprocidade para conviver de modo consensualmente pacífico.

3.3 CONSENSO SOBREPOSTO

Anteriormente ficou assentado que o intuito de Rawls em sua teoria foi primordialmente idealizar uma situação em que pessoas em posição simétrica escolheriam princípios de justiça em uma posição original, em modo correspondente ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato, e, que este ajuste pudesse ser transmudado para um consenso original realizado por pessoas iguais e que cooperam para o bem de todos, e, que referidos princípios normatizariam a estrutura básica e regulariam as subseqüentes críticas e reformas das instituições da sociedade em que vivem.

Ocorre que Rawls percebe uma necessidade de aperfeiçoamento de sua teoria, sobretudo após inúmeras críticas direcionadas ao pensar do filósofo norte-americano, em razão

do que se verifica em sociedades modernas, quando se observa a presença de um pluralismo razoável de concepções de bem, de maneira que pensa, com o *Liberalismo Político*, que mesmo com este cenário seria possível edificar uma concepção de justiça compartilhada e que pudesse funcionar, possibilitando a cooperação de humanos livres e iguais e favorecer o pluralismo razoável, proporcionando a estabilidade de uma sociedade democrática contemporânea. Rawls opta, portanto, em *transformar a doutrina abrangente da justiça como equidade na concepção política da justiça como equidade* (RAWLS, 2011, p. XLVIII) para ser aplicada à estrutura básica da sociedade²⁵, porque entende que a questão da estabilidade no modelo proposto em *Teoria* para a configuração de uma sociedade bem-ordenada seria pouco realista, porquanto marcada pela existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, de maneira a carecer de reajustamentos fundamentais.

Com o reconhecimento da existência do pluralismo razoável e ajustar suas ideias, favorece a estabilidade do sistema cooperativo ao viabilizar, por meio do consenso sobreposto (*overlapping consensus*), a convivência entre pessoas que se orientam por diferentes crenças religiosas e convicções filosóficas. Com suas observações, Rawls se depara com um problema a ser dirimido e o revela ao desenvolver seu pensamento quanto ao liberalismo político. Para Rawls:

O problema do liberalismo político, então, é o seguinte: como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis? (RAWLS, 2011, p. XXVII).

De acordo com Denis Coitinho, o consenso sobreposto sobre doutrinas abrangentes razoáveis tem o papel de garantir estabilidade social e legitimidade política de uma forma coerente com o fato do pluralismo razoável (COITINHO, 2014a, p. 28).

Ao apresentar sua teoria como uma concepção política de justiça, não abandona, John Rawls, a ideia de ser uma concepção moral, mas o foco passa a ser dirigido para a estrutura básica da sociedade de modo mais específico, qual seja, para as instituições políticas, sociais e econômicas.

Essa orientação de uma concepção política de justiça é caracterizada pela pretensão de se transformar no foco de um acordo social, sendo que duas outras características se destacam, a de ser capaz de manter-se por si só e que seu conteúdo deva ser expresso em termos que sejam familiares aos cidadãos, porque a base deste conteúdo seria fundamentada de maneira

²⁵ O que se entende por estrutura básica são as principais instituições políticas, constitucionais, sociais e econômicas da sociedade e o modo como se ajustam para constituir um sistema unificado de cooperação ao longo do tempo (RAWLS, 2011, p. XLVI).

implícita na cultura política de uma sociedade democrática (GARGARELLA, 2008a, p. 230-231).

Para Gargarella, o que constitui, em verdade, a maior inovação de Rawls para garantir a estabilidade de sua teoria é o consenso sobreposto entabulado por pessoas razoáveis que possam aderir a uma concepção pública da justiça em um contexto pluralista. O consenso sobreposto, de acordo com o autor argentino, possui um propósito:

A tornar possível que concepções abrangentes razoáveis e opostas convirjam em certos acordos básicos – convergência essa que a “teoria da justiça” impedia, ao estar baseada em uma concepção compreensiva particular (GARGARELLA, 2008a, p. 231).

De acordo com o pensamento rawlsiano, a questão da estabilidade tem por fundamento duas premissas, sendo que a primeira diz respeito ao fato de que pessoas que crescem e se socializam sob instituições justas, consoante a concepção política as define, adquirem o senso de justiça, que influencia no direcionamento das pessoas para cumprirem as exigências institucionais. A segunda premissa, de acordo com Rawls, é que em razão da natural facticidade que caracteriza a cultura pública política de uma sociedade democrática, em especial o fato do pluralismo, a concepção política pode ser o foco do consenso sobreposto. O próprio Rawls faz uma suposição a este respeito:

Minha suposição é que esse consenso deve consistir das doutrinas abrangentes razoáveis que provavelmente perdurarão e conquistarão adeptos ao longo do tempo sob uma estrutura básica justa (tal qual a concepção política a define) (RAWLS, 2011, p. 166).

Quanto à estabilidade de uma concepção política verifica-se no pensamento de John Rawls é que ele compreende que se uma concepção não pode ser estável, ela é inútil (RAWLS, 2011, p. 167), portanto ela deve, ainda que minimamente, parecer ser válida e razoável para os indivíduos e possuir mecanismos capazes de fazer com que pessoas que a rejeitam possam aceitá-la ou, ao menos, agirem de acordo com ela, podendo, para este desiderato, ser tentado o modo persuasivo ou até mesmo haver exigência coercitiva para sua observância.

No que pertine à inutilidade de uma concepção, conforme destacou Rawls, por não ser estável, tal assertiva também encontra guarida no fato por ele constatado de ser utópica a ideia de que todos os indivíduos adeririam, em uma sociedade bem ordenada, a mesma doutrina abrangente, dado o fato do pluralismo razoável, somente havendo possibilidade, contudo, de rechaçar tal falha de uma concepção política quando viabilizado o consenso sobreposto.

Em uma sociedade bem ordenada estabelecida em um sistema democrático, o consenso sobreposto tem como norte encontrar um fundamento comum de aceitabilidade do que pode ser considerado razoável em dito sistema. A razoabilidade que se espera está umbilicalmente ligada à noção dos juízos políticos e morais de indivíduos que estejam dispostos

a apoiar de modo refletido e tolerante outras doutrinas ou teorias divergentes das suas, porque sabe que ainda que todos possuam liberdade de pensamento e escolha, também possuem uma limitação de seus juízos, o que, em consequência, favorece um acordo amplo – o consenso sobreposto. Esse *consenso é considerado sobreposto por ser formado por várias teorias e, ao mesmo tempo, independente delas* (PILON, 2002, p. 91).

O apoio dos indivíduos reais à concepção de justiça, segundo Josué Moller, se dá por meio de reflexão que culmina com a validação de sua proposta e, conseqüentemente, no consenso. Para ele:

O consenso sobreposto surge como um artifício de representação que simboliza a aprovação de uma concepção de justiça idealmente modelada e à disposição de indivíduos reais em acatar as disposições nela contidas. Representa, dessa forma, o momento em que cidadãos não fictícios, através de uma operação mental, identificam a equivalência do conteúdo dos princípios de justiça com o conteúdo do senso de justiça que possuem, e, reconhecendo a sua validade, expressam o seu apoio refletido à concepção de justiça formulada (MOLLER, 2006, p. 87).

Para Rawls, o liberalismo político possui uma meta a ser dirimida:

Que consiste em elaborar uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis – que sempre constitui uma característica da cultura de um regime democrático livre – possa subscrever (RAWLS, 2011, p. XIX).

Não obstante a clareza com que Rawls apresenta um elemento central do segundo momento de sua teoria, o consenso sobreposto, precaveu-se em esclarecer possíveis objeções contra sua ideia de unidade social baseada no consenso sobreposto relacionado a uma concepção política de justiça. E Rawls enumera as quatro críticas ao consenso sobreposto: a primeira é de que este seja um mero *modus vivendi*; a segunda que seria uma visão cética acreditar que uma concepção de justiça fosse certa; a terceira corresponde em afirmar que o consenso implica em uma visão abrangente e, em quarto, seria a de afirmar que a ideia do consenso seria utópica.

Ao refutar a primeira objeção, Rawls entende que acordos estabelecidos no consenso são acordos morais, pois possuem um espectro fortificado por razões morais e na estabilidade, já os baseados em um *modus vivendi* são firmados por indivíduos ou grupos descomprometidos com o destino de outrem. Denis Coitinho, ao analisar esta objeção, diz que:

A resposta à objeção ressalta que a esperança da comunidade política deve ser abandonada se essa comunidade política é entendida como tendo uma doutrina abrangente; o fato do pluralismo razoável exclui essa possibilidade. Um consenso sobreposto não pode ser confundido com um *modus vivendi*, pois são radicalmente opostos em função de seus pressupostos diferenciados (COITINHO, 2014a, p. 161).

Rawls assevera acerca do *modus vivendi* que:

O termo *modus vivendi* é comumente utilizado para caracterizar um tratado entre dois Estados cujos objetivos e interesses nacionais os colocam em conflito. (...) A unidade social é só aparente, pois sua estabilidade depende de as circunstâncias não se alterarem de modo que perturbem a convergência afortunada de interesses (RAWLS, 2011, p. 173).

E continua, o autor estadunidense, ao se reportar ao consenso sobreposto em contraposição ao *modus vivendi*, bem como em demonstrar dois aspectos distintivos dos institutos em tela:

Distinguimos um consenso sobreposto de um *modus vivendi* e observamos que, no primeiro, a concepção política é endossada como uma concepção moral e os cidadãos se dispõem a agir de acordo com ela, com base em razões morais (RAWLS, 2011, p. 199). (...) Primeiro, o objeto do consenso sobreposto, a concepção política de justiça, é em si mesmo uma concepção moral; segundo, ele se afirma com base em razões morais, isto é, inclui concepções de sociedade e dos cidadãos como pessoas, bem como princípios de justiça e uma interpretação das virtudes políticas segundo a qual esses princípios se cultivam no caráter humano e se expressam na vida pública (RAWLS, 2011, p. 174).

Além destes dois aspectos diferenciadores relatados por Rawls – objeto moral e razões morais – está um terceiro no qual os dois outros estão interligados, que é o da estabilidade. Isto significa que os indivíduos que professam as diversas doutrinas existentes que sustentam a concepção política não deixarão de apoiá-la ainda que a força relativa da doutrina que seguem se altere para maior na sociedade e tornem-se dominante.

Continuando as distinções, Rawls salienta que o consenso sobreposto possui uma maior profundidade e maior amplitude que o *modus vivendi*, sendo profundo porque *chega até as ideias fundamentais a partir das quais a justiça como equidade é desenvolvida* (RAWLS, 2011, p. 176). Gargarella diz que é suficientemente amplo para estender-se sobre todas aquelas questões vinculadas à estrutura básica da sociedade (GARGARELLA, 2008a, p. 233). Ao comentar o pensamento de Rawls sobre a profundidade e amplitude do consenso sobreposto por ele reconhecidas, Denis Coitinho diz que:

Possui uma profundidade maior, pois chega até as ideias fundamentais, nas quais a justiça como equidade é desenvolvida e, também, possui uma extensão que é determinada no momento em que o consenso abarca os princípios e valores de uma concepção política e apoia-se na estrutura básica da sociedade, servindo para a criação de uma base pública de justificação (*public basis of justification*) e garantindo, assim, uma base mais razoável para a unidade e estabilidade social marcada pelo pluralismo razoável (COITINHO, 2014a, p. 161-162).

A segunda objeção é contra a ideia do consenso sobreposto acerca de uma concepção política de justiça, porque evitar doutrinas gerais e abrangentes seria uma visão *cética* ou *indiferente*, porque não poderia indicar se uma concepção política de justiça pode ser verdadeira, em oposição a ser razoável, no sentido construtivista (RAWLS, 2011, p. 177). Isso

corresponde ao fato de o consenso sobreposto se referir a uma miríade de doutrinas abrangentes, mas que não significa que deva depender de qualquer uma delas.

O que é relevante não é enaltecer ou desqualificar qualquer doutrina, uma vez que cada cidadão se filia a uma doutrina abrangente e por ela deve se basear para aceitar a concepção política como razoável, de maneira que o importante é que a doutrina seja suficiente para o atingimento do objetivo fundamental do consenso sobreposto em uma concepção política de justiça como equidade que é encontrar uma base comum para o que é considerado razoável em um sistema democrático de uma sociedade bem ordenada. Quanto a este campo restrito, mas suficiente, diz Denis Coitinho:

Essa restrição tem por objetivo respeitar os limites da razão pública e, assim, é possível alcançar um consenso sobreposto a respeito de uma concepção política de justiça. O horizonte do consenso sobreposto é a tentativa de completar e ampliar, em termos de justiça política, o movimento iluminista (do esclarecimento) que propôs: o princípio da tolerância, o Estado não-confessional e a liberdade de consciência, circunscrevendo sua atuação na escolha de princípios de justiça política para a aplicação na estrutura básica da sociedade (COITINHO, 2014a, p. 162-163).

A terceira objeção consiste em afirmar que uma concepção de justiça deva ser *abrangente*, posto que conflitos de justiça somente são passíveis de resolução quando houver chancela religiosa, filosófica ou moral. É inútil, diz Rawls, reportando-se a esta objeção, *tentar formular uma concepção de justiça somente para a estrutura básica e à parte de qualquer outra doutrina abrangente* (RAWLS, 2011, p. 182).

Ocorre que para dirimir conflitos possíveis entre distintas concepções de bem ou seria por meio de uma imposição com uso da força com vista a garantir a estabilidade de uma determinada doutrina, ou, por intermédio de um *ethos* que desse sustentação às existências social e individual dos indivíduos em uma determinada sociedade. Como nenhuma destas possibilidades são úteis a um sistema democrático, seja por insuficiência, seja por ser uma opção antidemocrática, Rawls indica o consenso sobreposto como o caminho viável para a garantia de subsistência de inúmeras doutrinas razoáveis, ainda que conflitantes, garantindo a liberdade das pessoas quanto às suas escolhas de vida, sobretudo porque dá crédito a valores cravados na história das culturas de sociedades democráticas da modernidade.

Indivíduos de uma sociedade democrática, ainda que professem doutrinas distintas, possuem virtudes de cooperação política que tornam um regime constitucional possível, como a tolerância, a disposição em aceitar compromissos assumidos, a razoabilidade e o senso de justiça, de modo que diante do fato do pluralismo razoável liberal remove da agenda política questões que ocasionam discordâncias mais intratáveis, favorecendo a cooperação social. Para

Rawls a concepção política mais razoável para um regime democrático deverá ser, em termos amplos, liberal (RAWLS, 2011, p. 185).

O consenso sobreposto proporciona condições de afirmar valores fulcrados em um critério de reciprocidade favorecendo uma convivência tolerável que garanta liberdade de pensamento e assegure direitos fundamentais e também oportunidades dos cidadãos.

De acordo com Denis Coitinho:

O essencial em uma concepção de justiça que busca o consenso sobreposto de doutrinas abrangentes é elaborar a estrutura básica da sociedade de maneira que se evitem os conflitos insolúveis, além de operar com princípios claros e simples que sejam publicamente entendidos (COITINHO, 2014a, p. 163).

A quarta e última objeção seria de que o consenso sobreposto seria utópico, em razão de não haver forças políticas, sociais ou psicológicas suficientes nem para criá-lo e nem para estabilizá-lo, entretanto existe a possibilidade de sua criação e garantir sua estabilidade, sendo que essa edificação consiste no desenvolvimento de dois estágios. O primeiro estágio, ao ser concluído, culminaria com um consenso constitucional e, o segundo, com o consenso sobreposto.

O consenso constitucional é restrito em sua abrangência, tanto que não abrange a estrutura básica da sociedade, seu alcance envolve apenas os procedimentos políticos do governo democrático. Por este motivo ele não é profundo e nem amplo, porque nele os princípios não se fundam em uma concepção política compartilhada e nem em ideias de sociedade e pessoas morais de uma cultura política pública.

É alcançado o consenso constitucional por meio de contingências históricas que marcam a incorporação de certos princípios liberais de justiça em instituições políticas existentes, passando a serem aceitos como um *modus vivendi*. Os princípios liberais são aderidos por instituições políticas que garantem a todos os cidadãos os valores políticos incluídos no conteúdo mínimo do direito natural e nos princípios liberais de justiça.

Para que haja a estabilidade de um consenso constitucional é necessário o preenchimento de três requisitos, os quais Denis Coitinho se reporta e enumera:

(1) as instituições políticas básicas (que incorporam os princípios liberais) devem fixar o conteúdo de certas liberdades e direitos fundamentais; (2) os princípios liberais devem ser aplicados de acordo com a razão pública, isto é, de acordo com as diretrizes correntes da indagação pública e as normas de verificação de evidências e (3) as instituições políticas básicas devem encorajar as virtudes cooperativas da vida política (razoabilidade, senso de justiça, espírito de conciliação, disposição a concessões mútuas, vontade de cooperação política) (COITINHO, 2014a, p. 165).

Verifica-se que no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, antes recepcionados como um *modus vivendi*, passam a ser aceitos como

princípios constitucionais, porque insertos na Constituição, e conseguem modificar as doutrinas abrangentes dos cidadãos. Os princípios garantem direitos e liberdades, estabelecem procedimentos democráticos capazes de moderar disputas políticas e solucionar questões de política pública. Neste cenário, as visões abrangentes dos cidadãos se tornam razoáveis, de maneira que o simples pluralismo se transforma em um pluralismo razoável, alcançando-se, enfim, o consenso constitucional (RAWLS, 2011, p. 193).

Pelo segundo estágio é alcançado o consenso sobreposto, o qual é mais profundo que o consenso constitucional. Ao explicar sobre a passagem de um estágio para outro, Denis Coitinho esclarece que existem espaços nas doutrinas abrangentes que favorecem a adesão a um consenso a respeito da concepção política em uma sociedade democrática. Para ele:

A profundidade de um consenso sobreposto determina que seus princípios e ideais políticos tenham por base uma concepção política de justiça que faça uso das ideias fundamentais de sociedade e pessoa da forma ilustrada pela justiça como equidade (COITINHO, 2014a, p. 166).

O que antes se revelava demasiadamente estreito passa agora para uma extensão maior, porque princípios meramente políticos seriam suficientes apenas em uma democracia coesa e unificada, portanto há necessidade de que a legislação fundamental abarque elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Esta legislação deve garantir a participação de todos na vida política e social, de modo a estabelecer certos direitos substantivos como a liberdade de consciência e pensamento, liberdade de associação e de movimento, a igualdade equitativa de oportunidades e que contemple princípios que atendam às necessidades básicas dos cidadãos (RAWLS, 2011, p. 196).

As forças motrizes que impulsionam o consenso constitucional em direção ao sobreposto guardam relação com a profundidade e a extensão, sendo que a primeira tem relevo porque provoca grupos políticos a participarem do fórum de discussão pública e a se abrirem para interlocuções com grupos que professam distintas das suas doutrinas abrangentes. A segunda força, a extensão, diz respeito ao fato de que ao atingir o consenso sobreposto fica clara a insuficiência do consenso constitucional que, por ser demasiadamente estreito, puramente político e procedimental, não garante a coesão popular democrática necessária que fosse forte o suficiente para elaborar uma legislação capaz de atender às questões básicas de justiça e aos fundamentos constitucionais (RAWLS, 2011, p. 195-196).

Segundo Samuel Freeman, em suma, o consenso sobreposto *significa que as pessoas em uma sociedade bem ordenada normalmente agirão de acordo com leis razoavelmente justas e subscreverão uma concepção liberal de justiça pelas muitas razões*

diferentes que surgem de suas concepções do bem, incluindo suas concepções morais abrangentes (FREEMAN, 2016, p. 330).

O próprio Rawls narra o caminho a ser percorrido nos estágios que conduzem ao consenso sobreposto:

Esbocei o modo pelo qual uma aquiescência inicial a uma concepção liberal de justiça como um simples *modus vivendi* poderia transformar-se, ao longo do tempo, primeiro em um consenso constitucional, depois em um consenso sobreposto. Nesse processo, supus que as doutrinas abrangentes da maioria das pessoas não são plenamente abrangentes, o que abre espaço para o desenvolvimento de uma adesão independente à concepção política que ajuda a forjar um consenso. Essa adesão independente, por sua vez, leva as pessoas a agirem com uma intenção manifesta, em conformidade com os arranjos constitucionais, desde que tenham uma garantia razoável (baseada na experiência passada) de que os demais agirão da mesma forma. Gradualmente, conforme vai se aprofundando o êxito da cooperação política, os cidadãos adquirem confiança cada vez maior uns nos outros. Isso é tudo o que precisamos dizer em resposta à objeção de que a ideia de um consenso sobreposto é utópica (RAWLS, 2011, p. 199).

Verifica-se que no constitucionalismo de Rawls essa ideia fundamental do consenso sobreposto estável entre doutrinas abrangentes e razoáveis – um consenso transcultural, em uma sociedade democrática que tem como característica o fato do pluralismo razoável, é possível.

Pelo acima abordado, percebe-se que no *Liberalismo Político*, Rawls, com o consenso sobreposto sobre doutrinas abrangentes razoáveis que tem o papel de garantir estabilidade social e legitimidade política de uma forma coerente com o fato do pluralismo razoável, esclarece a questão da estabilidade e a relaciona com a estrutura de uma sociedade bem ordenada, sendo que para ele:

A estrutura de tal sociedade é efetivamente regulada por uma concepção política de justiça, concepção esta que é objeto de um consenso sobreposto que pelo menos englobe as doutrinas abrangentes razoáveis professadas por seus cidadãos. Isso permite que a concepção política compartilhada sirva de base à razão pública nos debates sobre questões políticas, quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo (RAWLS, 2011, p. 56).

Outro forte componente do constitucionalismo de John Rawls é a ideia de razão pública, que permite compreender a capacidade dos cidadãos de decidirem de maneira razoável a ponto de haver compreensão das decisões individuais pelos demais membros do corpo social. É na ideia de razão pública, também, que há possibilidade de verificar o papel do Poder Judiciário e sua atuação enquanto elemento condutor da vontade popular expressa na Constituição. Este componente é objeto de estudo do próximo tópico deste trabalho.

3.4 RAZÃO PÚBLICA

Como delineado no fechamento do tópico anterior, a ideia de razão pública é um forte componente da teoria rawlsiana, merecendo ressaltar que esta categoria conceitual do filósofo é responsável por permitir que a concepção política de justiça advogada por Rawls tenha uma ambiência que favoreça a harmonização entre as mais diversas doutrinas abrangentes, quando razoáveis.

Pelo pensamento de Rawls verifica-se que a razão pública serve de norte para a atuação de uma sociedade política quando esta se organiza para as tomadas de decisões e estabelece a priorização das finalidades sociais em uma ordem que melhor atenda as necessidades desta mesma sociedade composta por um povo democrático. Para Rawls, *a razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do status da cidadania igual* (RAWLS, 2011, p. 250-251). Neste cenário, os indivíduos são razoáveis e raciocinam de maneira adequada sobre assuntos públicos, não fazem imposição de seus próprios pontos de vista, ao revés, trata-se de um agir, conforme o que destaca Gargarella, quando os indivíduos põem seus ideais pessoais entre parênteses cada vez que discutem sobre questões relacionadas com a justiça básica ou com os elementos constitucionais essenciais. Em tais casos, devem se guiar pelas razões públicas e não por meras razões privadas (GARGARELLA, 2008b, p. 287).

Nesse mesmo sentido, Denis Coitinho aponta duas características da razão pública:

Uma primeira característica da razão pública e seu objeto específico é a razão de cidadãos que são iguais, que formam um corpo coletivo, exercendo um poder político de uns sobre os outros. Os limites impostos à razão pública circunscrevem as questões políticas aos elementos constitucionais essenciais, quer dizer, somente os valores políticos devem resolver as questões fundamentais, como, por exemplo, estabelecer quem tem direito ao voto, ou que religiões devem ser toleradas, ou, ainda, quem deve garantir a igualdade equitativa de oportunidades. Essas questões fundamentais especificam claramente o objeto próprio da razão pública. Uma outra característica fundamental da razão pública é que seus limites não se aplicam às deliberações e reflexões individuais sobre as questões políticas, isto caracterizando a cultura de fundo de uma sociedade, aplicando-se especificamente aos cidadãos, quando atuam em uma argumentação política em um fórum público (COITINHO, 2014a, p. 175-176).

Rawls assevera que *em uma sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, como um corpo coletivo, exercem poder político supremo e coercitivo uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição* (RAWLS, 2011, p. 252). Isso garante que o fato de haver uma razão de natureza pública na cultura de uma sociedade democrática, não obstante o poder político existente, implica em uma delimitação racional no funcionamento das instituições e nas tomadas de decisões.

A aplicação da razão pública à questões políticas afeitas às questões da justiça básica ou dos elementos constitucionais essenciais demonstra que há limites impostos pela razão pública, significando que se deve recorrer exclusivamente aos valores políticos para tratar de questões fundamentais como, por exemplo, o direito ao voto, à tolerância religiosa, à garantia de igualdade equitativa de oportunidades ou o direito de possuir propriedades, delimitando, portanto, o que se trata de objeto da razão pública. A limitação se revela importante porque há questões políticas que não são questões fundamentais, como grande parte da legislação tributária, leis que regulam a propriedade, leis de proteção do meio ambiente, leis que regulam a destinação de fundos para a arte e cultura, leis de proteção de fauna e flora.

Imperioso destacar que nem todas as razões são públicas, porque existem razões não públicas em igrejas, universidades e várias outras associações da sociedade civil, as quais possuem decisões inerentes aos seus respectivos contextos de atuação, de modo que para Rawls *o objeto da razão dos cidadãos é o bem público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade* (RAWLS, 2011, p. 251).

Sobre a limitação da razão pública, o próprio Rawls busca esclarecer porque os cidadãos acatam estes limites, ou seja, porque recorrem apenas à concepção política de justiça quando o debate se circunscreve às questões fundamentais, deixando de lado questões abrangentes sobre a verdade, por exemplo. Pode parecer se tratar de uma dificuldade em compreender a ideia de razão pública, o que parece ser paradoxal para muitos. Denis Coitinho indica o caminho para esclarecer esta aparente situação paradoxal, ao comentar o pensamento de Rawls neste aspecto:

Esse aparente paradoxo é resolvido com a utilização de um princípio de legitimidade liberal (principle of liberal legitimacy) que possui duas características fundamentais, a saber, está circunscrito à relação entre pessoas no interior da estrutura básica da sociedade e concebe o poder político como o poder do público, quer dizer, considera o poder dos cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo (COITINHO, 2014a, p. 176).

O princípio de legitimidade liberal possui duas características especiais da relação política entre cidadãos democráticos, sendo a primeira o fato de haver uma relação entre pessoas no interior da estrutura básica da sociedade e, a segunda, o fato de conceber o poder político como o poder do público, considerando o poder dos cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo (RAWLS, 2011, p. 255).

No pensamento de John Rawls, não se trata de uma contingência histórica a existência de inúmeras doutrinas religiosas, filosóficas e morais, mas sim de uma característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática, de modo que o poder político dos cidadãos é exercido com fundamento nos princípios e ideias públicas de justiça, o que

caracteriza o princípio de legitimidade. Para Coitinho, *desaparece, assim, o paradoxo da utilização da razão pública para os cidadãos ao deliberarem sobre questões políticas fundamentais, em função de a concepção política estar sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis* (COITINHO, 2014a, p. 177). Esclarece, Rawls, que os cidadãos subscrevem o ideal da razão pública não em virtude de um compromisso político, como em um *modus vivendi*, mas da perspectiva interna de suas doutrinas razoáveis. (...) *Quando a concepção política se apoia em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis, o paradoxo da razão pública desaparece* (RAWLS, 2011, p. 257).

No tópico anterior e agora com os esclarecimentos acerca da razão pública, verifica-se que com o consenso sobreposto há possibilidade de conduzir um dever de civilidade aos cidadãos no que pertine aos seus valores políticos, o que é capaz de proporcionar a existência de uma sociedade em que seus cidadãos governam a si mesmos e que possuam um ideal de aceitabilidade da razoabilidade de diversas doutrinas abrangentes, porque as pessoas que as aceitam são razoáveis. Isso não está a significar uma renúncia geral e deliberada das liberdades dos indivíduos, mas sim porque comungam de um ideal de razão pública que os credencia a conviver em um mundo social de divergências, todavia, fundamentado em um consenso sobreposto edificado a partir da cultura de fundo da sociedade que fazem parte.

Ao sepultar a equivocada ideia de existência do paradoxo, Coitinho direciona o foco da atenção para o que efetivamente deve ser considerado quando diz que *o que é imperativo é pensar o âmbito da razão pública como o espaço de questões fundamentais que visa ao bem comum no interior da comunidade política* (COITINHO, 2014a, p. 177).

John Rawls indica o que entende ser o conteúdo da razão pública e diz que ele é fornecido pela concepção política de justiça, de caráter liberal, significando que tal concepção especifica determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; que confere prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, mormente quando trata das exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; bem como endossa ações que visem a efetivação do gozo de liberdades e oportunidades básicas (RAWLS, 2011, p. 263).

Rawls assevera que os dois princípios da justiça – princípio da igual liberdade e princípios da igualdade de oportunidades e da diferença – são conteúdos da razão pública e indica diretrizes de indagação para aplicação destes princípios. Acerca desta reflexão de Rawls, sobre os princípios, Denis Coitinho diz que o fato de eles aparecerem como conteúdo da razão pública *explica o significado de uma concepção política de justiça que: (I) se aplica exclusivamente à estrutura básica da sociedade, (II) apresenta uma visão independente de qualquer doutrina abrangente e (III) é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais.*

E quanto às diretrizes de indagação para a aplicação dos princípios Denis indica que esta concepção política liberal deve conter duas partes: *(a) princípios substantivos de justiça para a estrutura básica; (b) diretrizes de indagação: princípios de argumentação e regras de evidência à luz dos quais os cidadãos devem julgar se os princípios substantivos aplicam-se de forma apropriada e identificar as leis políticas que melhor os satisfaçam* (COITINHO, 2014a, p. 179-179).

Na mesma esteira de pensar, Rawls diz que os valores políticos também são de dois tipos, indicando que o primeiro – valores da justiça política – estão sob a rubrica dos princípios para a estrutura básica e, o segundo – valores da razão pública – pertencem à categoria das diretrizes da indagação pública que possibilitam que ela seja livre e pública (RAWLS, 2011, p. 264).

Disso decorre que a estrutura básica da sociedade e suas políticas públicas devem ser justificáveis a todos os cidadãos, em atenção ao que preceitua o princípio da legitimidade política. Como ressalta Coitinho, ao realizar as justificações em atenção ao princípio da legitimidade, *deve-se apelar para as crenças em geral e formas de argumentação presente no senso comum e para os métodos e conclusões científicas, não apelando para as doutrinas abrangentes que operam com a verdade toda* (COITINHO, 2014a, p. 180).

Em seu pensamento, Rawls entende que na justiça como equidade, assim como em várias concepções liberais, as diretrizes de indagação da razão pública, bem como seu princípio de legitimidade, têm a mesma base que os princípios substantivos de justiça, o que se traduz no fato de que as partes, quando na posição original, adotam os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, devem adotar, também, as diretrizes e critérios da razão pública para a aplicação destes princípios, demonstrando tratar-se de partes que se complementam em um acordo único. Não obstante isso, ressalta, Rawls, que a aceitação da ideia da razão pública e seu princípio de legitimidade de maneira nenhuma significa aceitar determinada concepção liberal de justiça em sua completude em relação aos princípios que definem seu conteúdo (RAWLS, 2011, p. 266).

Para Rawls,

O que importa, no ideal de razão pública, é que os cidadãos devem conduzir suas discussões fundamentais nos marcos daquilo que cada um considera uma concepção política de justiça fundada em valores que se pode razoavelmente supor que outros subscrevam e cada qual se dispõe, de boa fé, a defender tal concepção. Isso significa que cada um de nós deve ter um critério, e se dispor a explicá-lo, acerca de quais princípios e diretrizes acredita que se pode razoavelmente esperar que outros cidadãos (que também são livres e iguais) subscrevam junto (RAWLS, 2011, p. 267).

Verifica-se que, de acordo com o pensamento de Rawls, há um critério justificacional e deliberativo que os indivíduos devam ter e isso deve acontecer de modo muito mais intenso com os juízes, porque estes devem ter destreza ímpar e destacada motivação institucional para ter capacidade de recorrer aos argumentos mais apropriados para raciocinar e decidir acerca de situações que lhes são postas a julgar. Rawls indica a corte superior de um país em que há um regime constitucional e que haja um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis como exemplo de razão pública e para ele *a razão pública é a razão de seu tribunal supremo* (RAWLS, 2011, p. 272).

E para justificar esta assertiva, Rawls expõe dois argumentos, sendo o primeiro de que *a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal, ao exercer seu papel de intérprete judicial último, mas não o de intérprete último da lei mais alta*. O segundo argumento de Rawls é que *a suprema corte é o ramo do poder do Estado que serve de caso exemplar da razão pública* (RAWLS, 2011, p. 273), ou seja, o que mais expressa a razão pública.

Quanto a este aspecto Ronald Dworkin destaca que *a doutrina de Rawls da razão pública dedica-se justamente a definir os tipos de argumentos que são permissíveis às autoridades públicas em uma comunidade politicamente liberal, e ele insiste que a doutrina se aplica de um modo especial aos juízes* (DWORKIN, 2016, p. 356).

Esses argumentos são estabelecidos, segundo Rawls, a partir de cinco princípios do constitucionalismo, os quais Denis Coitinho sintetiza e os elenca da seguinte maneira:

(I) distinção entre o poder constituinte do povo de estabelecer um novo regime e o poder comum das autoridades do governo exercido cotidianamente; (II) distinção entre a lei comum e a lei mais alta, em que a lei mais alta (lei constituinte) restringe e orienta o poder ordinário; (III) a constituição é exemplo da lei mais alta; (IV) através de uma constituição democrática, os cidadãos estabelecem elementos constitucionais essenciais, como direitos e liberdades fundamentais, liberdade de expressão e de associação, liberdade de movimento, de escolha de ocupação e garantia do império da lei; (V) o poder supremo de um governo constitucional deve pertencer aos três poderes em uma relação específica de uns com os outros, sendo todos responsáveis perante o povo (COITINHO, 2014a, p. 182-183).

Não destoa desta percepção o registro de Dworkin:

Mas Rawls desenvolveu uma doutrina, a qual ele chamou de doutrina da Razão Pública, sobre os argumentos que autoridades públicas podem usar para justificar sua decisão, e disse enfaticamente que a doutrina da razão pública aplica-se de forma incisiva aos juízes (DWORKIN, 2004, p. 1388).

Para Rawls, a democracia é dualista, uma vez que há uma distinção entre o poder constituinte e o poder ordinário, assim como a lei mais alta do povo das leis ordinariamente aprovadas por instituições legislativas. O papel dos julgadores passa a ter destaque na

conjuntura governamental, pois possuem o múnus de expressar as melhores interpretações da constituição sem, contudo, lançar mão de suas crenças pessoais, podendo se valer apenas dos valores políticos inerentes à concepção política de justiça. Coitinho destaca que *um papel essencial do tribunal como instituição exemplar da razão pública é dar força e vitalidade à razão pública em um fórum que também é público, interpretando de forma efetiva a constituição de maneira razoável* (COITINHO, 2014a, p. 183).

De acordo com Rawls, não somente juízes, mas membros do poder legislativo, chefes do executivo, candidatos a cargos públicos e também os cidadãos, devem possuir o que denomina de *dever de civilidade*, ou seja, devem agir com base na ideia da razão pública e devem ter capacidade de explicar aos outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais, recorrendo à concepção política de justiça que consideram a mais razoável (RAWLS, 2011, p. 527).

Os cidadãos possuem grande força em um estado democrático constitucional e, ainda que a suprema corte seja a intérprete última da constituição, assevera, Rawls, que *a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meios dos outros poderes, por fim permitirá à corte dizer o que é* (RAWLS, 2011, p. 281). Imperioso destacar que são os valores políticos da razão pública que são a base de interpretação da corte.

Na ideia de razão pública de Rawls, o cidadão possui a virtude cívica de ser razoável a ponto de assumir um dever de cooperação na sociedade em que vive, bem como tem a característica de raciocinar de modo conveniente acerca dos assuntos de natureza pública. A razão pública exige de todos o equilíbrio dos valores públicos que devam ser considerados em casos concretos.

Para Coitinho, esta interpretação da razão pública se trata de um destacado avanço, pois ressalta *o papel do dever de civilidade como um ideal de democracia e considera como conteúdo da razão pública apenas os valores políticos e as diretrizes de uma concepção política de justiça, não tendo relação com uma concepção moral abrangente* (COITINHO, 2014a, p. 188).

Este papel exercido pelo povo em uma democracia se revela o modelo de governo mais viável em uma sociedade contemporânea, que se pretende mais justa. Nythamar de Oliveira destaca que *na medida que a razão pública é compartilhada por todos, publicamente, pode-se falar de uma democracia deliberativa, que se mostra como a melhor forma de governo do povo, pelo povo e para o povo* (OLIVEIRA, 2003, p. 33-34).

De acordo com John Rawls, quando juízes prolatam suas decisões não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. Da mesma maneira, não podem invocar suas doutrinas religiosas ou filosóficas, nem as de outros. Tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Mais precisamente, devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores nos quais acreditam de boa-fé, como o exige o dever de civilidade, que se pode razoavelmente esperar de todos os cidadãos, como pessoas razoáveis e racionais, subscrevam (RAWLS, 2011, p. 279).

Espera-se que os juízes, mais do que outras pessoas, tenham uma compreensão mais profunda da concepção da justiça política da sociedade e maior facilidade para aplicar seus princípios e chegar a decisões razoáveis, sobretudo nos casos mais difíceis. Pessoas que possuem essas capacidades, Rawls diz que possuem virtudes judiciais, sendo que esta característica aliada a saberes especiais tornam tais indivíduos seres mais qualificados que outros para ocupar posições de responsabilidade judicial (RAWLS, 2011, p. 95-96).

O que se conclui em relação ao que Rawls pretende com sua ideia de razão pública é que todos os cidadãos, os quais exercem quaisquer tipos de atividades, e, que professem uma miríade de doutrinas abrangentes e tenham visões divergentes acerca dos valores políticos, possam, em um fórum público, justificar suas decisões a ponto de que seja possível alcançar a estabilidade em uma sociedade moralmente plural, satisfazendo seu dever de civilidade mútua perante os demais cidadãos. Para Rawls,

O que a razão pública requer é que os cidadãos sejam capazes de explicar seu voto uns aos outros com base em um equilíbrio razoável de valores políticos públicos e que todos compreendam que, evidentemente, a pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis que os cidadãos professam pode ser considerada por eles mesmos como um fundamento que proporciona apoio adicional e muitas vezes transcendente a esses valores políticos (RAWLS, 2011, p. 287).

Observa-se, ainda, que a aplicação da lei pelos juízes, dentro dos limites da razão pública, abarca a proteção das liberdades básicas dos cidadãos, devendo ser ressalvado que os direitos individuais devem ser objeto de proteção do estado de direito, tema este que será assunto da pesquisa do próximo tópico deste trabalho.

3.5 ESTADO DE DIREITO

Na teoria de John Rawls, o Estado de Direito possui o dever de proteção dos direitos fundamentais, sendo que há priorização para a salvaguarda das liberdades expostas no primeiro princípio da justiça, em todos seus matizes. O conteúdo do segundo princípio da justiça, no que

pertine à justiça distributiva, também é abraçado pelo estado de direito. Observa, Rawls, que *a concepção formal da justiça, a administração regular e imparcial das normas comuns, transforma-se no estado de direito* (RAWLS, 2002a, p. 257). Esclarece, Rawls, que para ele a expressão *justiça como regularidade* é mais sugestiva do que *justiça formal*, quando afirma que a administração regular e imparcial da lei, que nesse sentido é equitativa, pode ser chamada de “justiça como regularidade” (RAWLS, 2002a, p. 257).

As liberdades dos cidadãos devem estar constitucionalmente garantidas em um regime democrático constitucional, em consonância com o estado de direito. Neste sentido asseveram Volpado Dutra e Rohling:

A especificação das liberdades definidas pelos princípios de justiça, na ótica da justiça como equidade, são, desse modo, amparadas e protegidas no âmbito de um sistema jurídico, como direitos constitucionais, por meio do estado de direito, que é o resultado da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico (VOLPADO DUTRA; ROHLING, 2011, p. 71).

Estes autores, Volpado Dutra e Rohling, ressaltam a conexão existente entre o estado de direito e a regulação das liberdades consideradas no primeiro princípio da justiça, conforme declinam a seguir:

Este estado de direito, no entender de Rawls, está intimamente relacionado com a liberdade, visto que esta relação é evidenciada quando se considera a noção de sistema jurídico e de sua íntima conexão com os preceitos que definem a justiça formal, ou seja, o intento do autor é apontar para a perspectiva de que os direitos individuais, especialmente a prioridade da liberdade, são o objeto primário de proteção do estado de direito.

Notoriamente, essa concepção de estado de direito, forjada nas fileiras do kantismo, permite, pois, estabelecer a forma do direito que, grosso modo, é correspondente, preservadas as devidas particularidades, ao conceito de legalidade weberiano, isto é, ao monopólio legítimo da coação. Assim sendo, a legalidade, característica fundamental do estado de direito, que é o resultado da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico, é o que determina a forma do direito, na teoria de Rawls (VOLPADO DUTRA; ROHLING, 2011, p. 78-79).

John Rawls aborda o tema principal do presente trabalho, a decisão judicial, quando diz entender que a atividade de um juiz é injusta quando o julgador não tem capacidade suficiente de aplicar uma regra apropriada ou de interpretá-la de forma correta. Para o filósofo, ele nem pensa em levar em consideração violações flagrantes da atividade jurisdicional por conta de corrupção ou de suborno, mas sim pela inapropriada condução processual com interferência de sutis distorções na atividade levada a efeito por preconceitos e predisposições discriminantes, ou seja, por algum tipo de indução exógena em seu mister que não fosse a lei, a constituição ou precedentes judiciais, os elementos que compõem o sistema jurídico. Para Rawls,

Um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de normas públicas destinadas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover a estrutura da cooperação social. Quando essas regras são justas, elas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Constituem as bases que possibilitam que as pessoas confiem uma nas outras e reclamem, com razão, quando não vêem suas expectativas satisfeitas. Se as bases dessas reivindicações forem incertas, incertos também serão os limites das liberdades dos homens (RAWLS, 2002a, p. 258).

Na sociedade há regras que se assemelham a um sistema jurídico e que são obedecidas por pessoas racionais também em jogos ou associações privadas, desde que, supostamente, sejam equitativas e justas, o que favorece filiações de pessoas para seguir as normas e gozarem dos benefícios destas instituições. Ocorre que o sistema jurídico possui uma extensão mais abrangente, possuindo poderes reguladores em relação a outras associações que possuem modelos de coação rigorosamente limitados.

Em um estado de direito seu sistema jurídico possui características e, segundo Rawls, são:

Em primeiro lugar, as ações exigidas ou proibidas pelo estado de direito devem ser do tipo que seja razoável supor que os homens podem fazer ou evitar. Um sistema de regras dirigidas a pessoas racionais para organizar sua conduta se preocupa com o que elas podem ou não podem fazer. Não deve impor um dever de fazer o que não é possível fazer. Em segundo lugar, a noção de que dever implica poder transmite ideia de que aqueles que estabelecem as leis e dão ordens o fazem de boa-fé. (...) O estado de direito envolve também o princípio segundo o qual casos semelhantes devem receber tratamento semelhante. (...) Pois, devemos supor que os critérios de semelhança são fornecidos pelas próprias regras jurídicas e pelos princípios utilizados para interpretá-los (RAWLS, 2002a, p. 259-260).

Percebe-se que Rawls tem preocupação em sua ideia de estado de direito com a segurança jurídica almejada pelos cidadãos, tema extremamente inerente ao objeto de estudo deste trabalho, porque a utilização de princípios e regras legais para justificar as fundamentações das decisões judiciais dificulta *juízos tendenciosos*, evita *decisões arbitrárias*, e torna, por fim, *mais difícil formular os argumentos racionais para juízos discriminatórios* (RAWLS, 2002a, p. 260).

Rawls destaca, ainda, que o estado de direito deva ser orientado por princípios que definem a noção de justiça natural, porque seriam concebidos para preservar a integridade do processo jurídico. *Deve haver um esforço escrupuloso para determinar se houve uma infração e para impor a pena correta. Segundo Rawls o estado de direito exige alguma forma de processo devido; isto é, um processo razoavelmente concebido para verificar a verdade, de modo coerente com os outros objetivos do sistema jurídico, para saber se ocorreu uma violação e em quais circunstâncias* (RAWLS, 2002a, p. 262).

Os princípios da justiça natural devem assegurar que o trabalho a ser desempenhado pelos juízes ocorra em uma ambiência que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida. Ainda quanto à atuação de magistrados, Rawls diz que *os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode julgar em causa própria. Os julgamentos devem ser justos e abertos, mas não ser influenciado pelo clamor público* (RAWLS, 2002a, p. 262).

No sistema jurídico do estado de direito de Rawls, há o princípio de que ninguém pode ser punido sem que haja violação à lei e às exigências nela contidas, portanto a regulamentação dos comportamentos pelas normas públicas deve ser amplamente divulgada. Não deve haver leis vagas ou imprecisas, porque há nítida conexão do estado de direito com a liberdade e, caso sejam imprecisas as leis, o que há de garantia de liberdade quanto ao que pode ser feito também fica vago e impreciso. Os limites da liberdade ficam incertos. Para Rawls,

As leis devem ser conhecidas e expressamente promulgadas, que seu significado seja claramente definido, que os estatutos sejam genéricos tanto na forma quanto na intenção e que não sejam usados como um meio de prejudicar determinados indivíduos que podem ser expressamente nomeados (decretos confiscatórios), que pelo menos infrações mais graves sejam interpretadas estritamente, e que as leis penais não sejam retroativas em detrimento daqueles aos quais se aplicam (RAWLS, 2002a, p. 261).

A existência de decisões distintas em casos semelhantes também causa insegurança e graves consequências na sociedade que clama por confiança no sistema jurídico, podendo esse tipo de disparidade estar às barras da ilegalidade, tanto que Rawls afirma que, nestas situações, há o que nomina de *processo judicial sem a indispensável honestidade* (RAWLS, 2002a, p. 262).

O estado de direito surge, pois, quando a justiça formal é aplicada pelos juízes ao sistema jurídico, devendo, contudo, esta atividade ser desenvolvida de modo imparcial e justo, porque onde o estado de direito é respeitado, há segurança jurídica (VOLPATO DUTRA; ROHLING, 2011, p. 78).

Pela pesquisa realizada na teoria de John Rawls até o presente momento, no que diz respeito ao escopo do presente trabalho, vê-se que ele desenvolve um processo de busca por princípios de justiça para regular a sociedade e a institucionalização destes princípios se dá em quatro fases distintas, culminando com a edificação de uma constituição e do sistema jurídico, até quando se efetiva, por fim, o estado de direito, onde é possível perceber o desenvolvimento do exercício da atividade jurisdicional, do desencadeamento das funções administrativas e, também, quando é possível ver a observância das normas pelos cidadãos.

Verifica-se que Rawls se preocupa com a atividade jurisdicional e se atenta à necessidade desta função ser desempenhada para ter a confiança da população em relação ao

sistema jurídico. O autor se preocupa com o papel dos juízes e, expressamente, diz que devem atuar de modo imparcial e também diz crer na possibilidade de haver interferências externas na atividade interpretativa e racional do magistrado, quando está a fundamentar uma decisão a ser prolatada.

O próximo capítulo deste estudo trata exatamente sobre estes aspectos de raciocínio, interpretação e possível influência exógena na atividade do julgador e a que medida o método do equilíbrio reflexivo da teoria rawlsiana pode ser utilizado por juízes para que as decisões judiciais sejam semelhantes em casos iguais, que sejam fundamentadas de acordo com o sistema jurídico e que possa, deste modo, o corpo de magistrados realizar uma prestação jurisdicional dotada de segurança jurídica, característica esta muito almejada pelos cidadãos, os quais vivem em uma sociedade onde possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações.

CAPÍTULO 4

EQUILÍBRIO REFLEXIVO E RACIOCÍNIO JURÍDICO

O objetivo deste capítulo pretende não apenas traçar a história do equilíbrio reflexivo, mas também verificar a influência e aplicabilidade do equilíbrio reflexivo em distintas áreas do conhecimento e, ainda, investigar quando este é interpretado como um método para a reflexão ou investigação que o permita se tornar um padrão de orientação para a produção coerente de decisões judiciais.

A constatação verificada é que as decisões judiciais são discrepantes ainda que aplicadas em casos análogos, de modo que se torna crucial analisar em que medida pode ser possível perceber o raciocínio jurídico ser influenciado por inúmeras circunstâncias a ponto de um julgador não entregar uma decisão coerente e justa, que proporcione segurança jurídica aos jurisdicionados.

Esta discrepância nas decisões conduz à necessidade de indicação de uma proposta que possa contribuir na produção de decisões judiciais de modo a torná-las coerentes, dotadas de segurança jurídica aos olhos da sociedade e transparentes, porque edificadas com base em um procedimento fundado no respeito de divergências e em um raciocínio jurídico refletido que conduz sempre a um resultado mais justo possível.

Se o caminho metodológico percorrido pelo julgador o conduzir a um resultado provavelmente mais justo, evidentemente que sua decisão será a mais próxima possível da prolatada por um outro julgador, de modo que haveria uma estabilidade no sistema de justiça, porque as decisões judiciais seriam semelhantes em casos análogos, consubstanciando-se em um modelo de coerência generalizada na produção de decisões judiciais.

4.1 O EQUILÍBRIO REFLEXIVO

4.1.1 O EQUILÍBRIO REFLEXIVO NA HISTÓRIA

De acordo com o delineado em exposições acima, o presente estudo busca investigar o equilíbrio reflexivo de John Rawls, interpretando-o como um método para a reflexão ou investigação moral e, conseqüentemente, favorecer a atividade decisória, levando em conta uma abordagem coerentista do método, bem como há pretensão de demonstrar do que se trata esse método e indicar porque um juiz poderia adotá-lo em suas atividades jurisdicionais, transpondo-o, pois, para outra área do conhecimento, a do Direito.

Neste primeiro momento reputa-se conveniente, por preciosismo informacional, realizar uma contextualização histórica, breve, do método ora estudado.

John Rawls afirma expressamente que verifica essências procedimentais do que no futuro poderia ser entendido como o método do equilíbrio reflexivo nos escritos de Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, assim como destaca, ainda, que Sidgwick, em sua obra *Methods of Ethics* (1874) discorre sobre revisões de juízos ponderados, o que poderia ser visto como as bases históricas do método do equilíbrio reflexivo (RAWLS, 2002a, p. 54 e 663).

Foi em *Teoria* que John Rawls nominou o método de equilíbrio reflexivo, tal qual é por ele apresentado (RAWLS, 2002a, p. 23 e 659), embora o próprio autor se reporte a Nelson Goodman como o criador dessa sistemática reflexiva de ajuste mútuo dos princípios de inferência dedutiva e juízos ponderados particulares, a qual serviria para explicar em que consistia a justificação ou validade da prática indutiva dos indivíduos, indicando sua obra clássica *Fact, Fiction and Forecast*, publicada em 1955. Goodman pretendia justificar regras inferenciais em lógica estabelecendo um equilíbrio com o que poderia ser julgado como inferências aceitáveis em um determinado conjunto de casos. Neste modo de pensar, nenhuma regra inferencial seria aceitável como um princípio lógico se não fosse compatível com o que pudesse se supor como instâncias aceitáveis de raciocínio inferencial (GOODMAN, 1983, p. 64). Após estudos sobre Goodman, Denis Coitinho assevera que

Os princípios de inferência dedutiva são justificados por sua conformidade com as próprias práticas dedutivas. E estas práticas podem e devem ser revisadas à medida em que se avança e recua na tentativa de identificação dos princípios provisórios para a prática, eliminando as inconsistências que são reveladas por estudos psicológicos e nossas experiências diárias. A ideia era se contrapor ao fundacionismo, evitando a justificação dos princípios em crenças autojustificadas (COITINHO, 2022a, p. 3).

Coitinho assinala, ainda, que embora o método tenha causado controvérsia ao ser exposto por Rawls, este se tornou *o procedimento por excelência na ética normativa e aplicada, bem como na filosofia social e política, exercendo, também, alguma influência no Direito* (COITINHO, 2022a, p. 2).

Não obstante o apontamento formulado por Rawls em relação à origem da sistemática procedimental do equilíbrio reflexivo, não pode ser olvidado que o próprio Rawls estabelece um formato procedimental semelhante ao equilíbrio reflexivo que visa demonstrar como princípios morais podem ser validados ou justificados, quando publicou o artigo “Outline for a Decision Procedure for Ethics”, em 1951, de maneira que é possível verificar destacada atenção de Rawls, sobretudo se realizada a leitura sistemática e cronológica de suas obras, que este tinha com o aspecto metodológico (RAWLS, 1951, p. 177). O que é o equilíbrio reflexivo

pode ser visto no decorrer de toda a produção de Rawls, desde a noção exposta em 1951, como em obras mais atuais como *Teoria* em 1971 e também em *Justiça como Equidade* de 2001.

Após as publicações de Goodman e Rawls, o autor norte americano Norman Daniels publica dois artigos sobre o equilíbrio reflexivo em 1979 e em 1993, ambos republicados em 1996, em *Justice and Justification*, quando pretende complementar o que diz se tratar de lacunas deixadas pelos dois autores já referidos, bem como responder às críticas endereçadas à *Teoria*, defendendo que o método consiste em um modelo de justificação de crenças sobre justiça. Este modelo adotado por Daniels conduz o equilíbrio reflexivo a uma vinculação com a ideia de ser coerentista e isso é chancelado por David Brink quando este assevera que o equilíbrio reflexivo é o método coerentista aplicado à filosofia moral e diz ver a teoria rawlsiana como essencialmente coerentista (BRINK, 1989, p. 104).

Conforme observa Tiaraju Andreazza, há autores²⁶ que defendem a ideia de o equilíbrio reflexivo possuir uma abordagem fundacionista, intuicionista, contextualista e confiabilista, entretanto, não obstante estas interpretações, assim como vários autores propõem, este trabalho tem no equilíbrio reflexivo uma leitura coerentista do método (ANDREAZZA, 2014, p. 20). Deve ser levado em conta, ainda, que o próprio Rawls em *Justiça como Equidade, Uma Reformulação*, destaca que a noção de justificação conectada como equilíbrio reflexivo pleno é não fundacionista (RAWLS, 2003, p. 44).

Em “Outline”, reflete Rawls:

Existe um procedimento razoável de decisão que seja suficientemente forte, pelo menos em alguns casos, para determinar a maneira pela qual interesses competitivos deveriam ser julgados, e, nos exemplos de conflito, um interesse ter preferência sobre o outro; e, além disto, pode a existência deste procedimento, assim como sua razoabilidade, ser estabelecida por métodos racionais de investigação? (RAWLS, 1951, p. 177).

Não obstante haver a percepção de que o indutivismo tenha influência no pensamento de Rawls, este demonstra um método razoável e exemplifica a usabilidade procedimental por meio de juízes morais, os quais seriam pessoas razoáveis, dotadas de inteligência, conhecimento e virtudes. Este método seria razoável para a validação ou invalidação de leis morais. Os juízes aplicariam os princípios de forma intuitiva após a análise dos fatos, desprezando princípios éticos gerais, sendo que suas avaliações seriam aceitas porquanto explicadas por um princípio ou conjuntos de princípios justificáveis, porque provenientes de pessoas morais e competentes, as quais teriam capacidade de analisar os

²⁶ Alguns dos principais autores que propõem o equilíbrio reflexivo com uma leitura coerentista são Richard Boyd (1988), David Brink (1989), Norman Daniels (1996), Geoffrey Sayre-MaCord (1996), Folke Tersman (1993), Walter Sinnott-Armstrong (2006) e Mark Timmons (1999).

princípios, criticá-los, compará-los e discuti-los mediante confrontação com seus juízos ponderados. A testagem dos princípios seria mediante verificação de seu funcionamento em relação a opiniões conflitantes e em casos novos. Com este procedimento Rawls entende que seria possível implementar uma convergência gradual para opinião incoerente (RAWLS, 1951, p. 188).

Na ótica de Elnora Gondim:

Em Outline Rawls procurou demonstrar como é possível desenvolver um método razoável para justificar princípios de justiça, ele o faz por meio das nossas intuições lógicas, onde o senso de justiça é uma intuição moral. Assim, dada a função básica neste método atribuída para as intuições lógicas, pode-se, plausivelmente, afirmar que a origem do equilíbrio reflexivo aparece no artigo Outline of a Decision Procedure for Ethics, quando é afirmada a possibilidade de ocorrer uma convergência gradual, ou seja, pessoas, normalmente inteligentes e em circunstâncias sociais normais, desenvolvem, no curso do tempo, um senso de justiça ou virtues of moral insight. Essas pessoas, denominadas de juízes morais competentes, por meio de críticas e discussões, alcançam uma concordância (GONDIM, 2010, p. 108).

Em *Teoria*, Rawls reformula seu pensar acerca da decisão procedimental e denomina o acordo entabulado entre as pessoas que possuem intuições morais de equilíbrio reflexivo, sem, contudo, apelar para a auto-evidência dos juízos, porque o senso de justiça estaria implícito nestes juízos. A princípio os julgamentos ponderados eram direcionados a casos particulares, entretanto, posteriormente, a concepção de justiça tinha como base uma sensibilidade moral que orienta juízos cotidianos influenciados por princípios. Para Coitinho, *juízos ponderados são os que expressamos quando nossa capacidade moral é exercida sem distorções* (COITINHO, 2022a, p. 20).

Verifica-se que os juízos ponderados são edificados em uma ambiência favorável ao exercício do senso de justiça, sem hesitação ou desconfiança, podendo ser descartados os não encontrados sob estas circunstâncias. Não deve haver espaço para adoção de ações que possam desembocar em erros. Para Coitinho, *a melhor concepção de um senso de justiça de uma pessoa é o que se harmoniza com seus juízos em todos os níveis de generalidade, isto é, quando a pessoa pesou várias concepções propostas e revisou seus juízos de acordo com os princípios* (COITINHO, 2022a, p. 21).

A evolução do equilíbrio reflexivo de Rawls se consolida em 1975, quando ele publica “The Independency of Moral Theory” e explica a ideia de equilíbrio reflexivo *wide* (amplo) e *narrow* (restrito). A distinção deixa claro que o modelo restrito ou estreito possibilita um estado de equilíbrio ou estabilização de coerência entre um conjunto de crenças por meio de um processo de ajuste mútuo deliberativo entre princípios gerais e julgamentos particulares. Já o equilíbrio reflexivo amplo combina ideias conservadoras com reforma, sendo que aqui o

equilíbrio é amplo porque o que se busca é a coerência entre juízos ponderados, princípios e teorias de fundo. O equilíbrio reflexivo amplo possui uma proeminência maior e é explicado de forma abrangente por Rawls em 1993, quando o autor publica *O Liberalismo Político*.

Este é o percurso histórico do método do equilíbrio reflexivo, o qual é objeto primordial deste trabalho, que tem como proposta a usabilidade deste método como elemento incrementador de testagem ou de produção de decisões judiciais coerentes e dotadas de mais justiça, porque oriundas de um processo deliberativo eficaz e capaz de criar segurança jurídica. Neste aspecto, destaca Coitinho que

O ponto central do método é defender que a justificação moral não dependerá de um fundamento último, mas da coerência entre as crenças morais e não morais que são relevantes para um certo tema, sendo o ponto final de um processo deliberativo em que refletimos sobre e revisamos nossas crenças (COITINHO, 2022a, p. 2).

No próximo tópico há a conceituação e o desenvolvimento do método do equilíbrio reflexivo.

4.1.2 O QUE É O EQUILÍBRIO REFLEXIVO

O equilíbrio reflexivo é uma concepção metodológica acerca de como indivíduos devam guiar suas investigações e ter a clareza sobre o que crer quando se tratar de questões morais dilemáticas, ou ainda, de como poder ter a percepção avaliativa em relação à plausibilidade de juízos, teorias e princípios morais. Para Rawls, o equilíbrio reflexivo descreve um *roteiro hipotético de reflexão* (RAWLS, 2002a, p. 23) que descortina no que consiste uma *cuidadosa reflexão* (RAWLS, 2011, p. 9). O ideal é que pessoas detenham um conhecimento normativo ou ao menos possuam uma crença moral epistemicamente plausível sobre como chegar ao conhecimento de algum tema *pensando nele da maneira correta*, sendo que o equilíbrio reflexivo, de acordo com Scanlon, seria o modelo capaz de explicar como obter uma *resposta satisfatória* para se refletir de modo apropriado sobre referido assunto, quando se está em dúvida (SCANLON, 2014, p. 71).

O equilíbrio reflexivo se trata de um método holístico e antifundacionista, que procura harmonizar os juízos particulares e princípios morais entre si com objetivo de promover um ajuste mútuo²⁷. Coitinho destaca que o equilíbrio reflexivo evidencia uma fundamentação

²⁷ É holístico porque neste modelo de coerentismo *a crença se justificará por sua harmonização com um sistema coerente como um todo, sendo um sistema coerente de crenças um conjunto de crenças que possui consistência lógica*. O fundacionismo é uma tese geral em epistemologia que defende que as crenças são justificadas a partir das relações lógicas existentes entre as crenças que necessitam de justificação e as crenças que não precisam de justificação em razão de serem autojustificadas ou autoevidentes (COITINHO, 2015b, p. 562; 2014a, p. 22).

de cunho coerentista em contraste com as abordagens fundacionistas. Para ele os modelos fundacionistas:

Defendem a impossibilidade de revisão ou reamoldamento de alguns pontos fixos pertencentes às crenças básicas da sociedade. A proposta coerentista argui a possibilidade de justificação de regras de inferência a partir da lógica indutiva e dedutiva e, no âmbito da ética e da política, permite a revisão de crenças particularizadas em todos os níveis alicerçados na coesão (COITINHO, 2009, p. 148-149).

No Capítulo 2 desta pesquisa abordou-se a teoria de Rawls, sendo que no item 2.5 houve uma incursão sobre em que consiste basicamente o método, seus tipos e como se desenvolve, de modo que neste tópico a abordagem será distinta, com enfoque em visões de outros pensadores, na executividade do método e em que ele é modulado enquanto elemento justificador na construção e racionalização decisória.

No mesmo item referido no parágrafo anterior é possível distinguir entre o equilíbrio reflexivo estreito e o amplo, sendo que, em suma, no estreito o decididor estabelece um equilíbrio entre juízos morais e princípios morais, vindo a ser estabelecida uma justificação que opera pela coerência apenas entre juízos e princípios. No equilíbrio reflexivo amplo a justificação se dá pela coerência entre os juízos, os princípios e crenças de uma teoria de fundo. Merece reporte o fato de haver um equilíbrio reflexivo ainda mais abrangente, por envolver um número amplíssimo de decididores, denominado de equilíbrio reflexivo pleno ou completo (*full*), porque neste caso *os princípios são justificados quando puderem ser assumidos por todos os indivíduos independentemente de suas doutrinas abrangentes (equilíbrio reflexivo geral) e quando forem coerentes com os juízos morais ponderados dos indivíduos (equilíbrio reflexivo amplo)* (COITINHO, 2014a, p. 15).

O raciocínio de Rawls sobre a sistematização de seu método consiste em estabelecer um confronto entre os julgamentos morais do cotidiano, que são os julgamentos particulares, e princípios gerais que possam servir como seus elementos justificadores. É possível que não se atinja um equilíbrio ideal em razão de ser impossível avaliar na totalidade todas as crenças da humanidade, mas a aproximação do ideal já é um grande feito. É por este motivo que o método lança mão da capacidade deliberativa do indivíduo que necessita de longos períodos de reflexão, para que neste tempo possa revisar ou abandonar crenças iniciais, princípios ou regras morais gerais e julgamentos particulares, porque o objetivo é atingir um *estado de coisas* em que haja coerência entre eles.

John Rawls explica como enxerga o estado de coisas a que se refere:

Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-os com os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas. A esse estado de coisas eu me refiro como equilíbrio reflexivo (RAWLS, 2002a, p. 23).

Para alcançar este estado o indivíduo realiza o exercício de ponderação entre os elementos a deliberar e avança, sendo que em não havendo coerência, revisa ou descarta um ou todos os elementos e recua, incluindo novos elementos e os confronta, sempre com vistas a uma melhor tomada de decisão. Para Marco Aurélio Caetano Oliveira:

O passo metodológico de maior interesse é o estabelecimento do grupo de crenças chamado julgamentos morais ponderados. Esse conjunto de crenças resulta de um momento inicial no qual abandonamos crenças ambíguas, com baixo grau de confiança, formadas com base em emoções ou que não reflita um posicionamento crítico. Estabeleceríamos, assim, o ponto de partida para propor um pensamento que seja mais do que uma convicção bem fundamentada. (...). Embora aquele ou aquela que aplique o método não tenha outro ponto de partida, a saber, iniciar com as suas crenças, o equilíbrio só é alcançado quando ampliamos o equilíbrio para incluir crenças contrárias ao que mantemos como moralmente correto (OLIVEIRA, 2018, p. 2).

Seria um perigo a decisão edificada com base na certeza, na verdade, porque seria absoluta para o julgador, todavia, poderia não ser a mais adequada, daí a necessidade de reflexão, de busca por coerência. A coerência busca revelar que pontos de vista e convicções não são uma desordem ou uma confusão incoerente na mente humana, mas que eles se encaixam e possuem consistência lógica. Ao procurar demonstrar este ponto e esse raciocínio, o indivíduo revela algo de sua justificação, bem como mostra como eles se unem em um padrão consistente e coerente, e, conseqüentemente, não apenas coexistem em uma situação de desordem. A melhor decisão é a refletida, confiável, justificada. Uma das tarefas do equilíbrio reflexivo amplo é permitir que o indivíduo verifique quais de seus julgamentos são justificados e quais não são, e, o que se espera é exatamente isso, que nem todos sejam justificados. Neste sentido, aponta Nielsen que *a justificação, ao contrário da verdade, não é uma questão de tudo ou nada* (NIELSEN, 1991, p. 35).

Acerca deste modelo revisionista que proporciona seletividade de escolhas até o alcance de um padrão decisório consistente e coerente, argumenta Denis Coitinho:

O método do ER é um exemplo de um modelo em filosofia moral cuja característica central é a sua atitude revisionista, uma vez que nenhuma crença moral está imune à revisão e qualquer crença pode ser descartada se ela for incoerente com novas informações ou com um novo sistema de crenças morais coerentes, o que demonstra um profundo afastamento do dogmatismo e absolutismo ao defender a ideia de um agente moral como alguém que deve

sempre estar disposto a revisar suas crenças e considerar seriamente o ponto de vista das outras pessoas (COITINHO, 2022a, p. 4-5).

A possibilidade revisória fomenta o distanciamento de eventual dogmatismo e promove a ideia de um indivíduo moral que seja capaz de revisar suas crenças e considerar com especial atenção posicionamentos sobre o tema que sejam distintos dos seus, com considerável valorização do outro. Sobre esta atitude revisionista, entende Andreatza que o equilíbrio reflexivo se trata de:

Um modelo epistemológico em filosofia moral cuja grande virtude é a capacidade para acomodar o que podemos chamar de uma atitude revisionista: nenhuma crença moral é imune à revisão e qualquer crença moral está sujeita a ser descartada se se mostrar incoerente com novas informações ou com um novo sistema de crenças morais (ANDREATZA, 2015, p. 473-474).

Quando o decididor alcança um ponto de estabilidade com seus avanços e recuos após várias revisões nos julgamentos morais ponderados e nos princípios morais, não necessitando mais nenhuma revisão adicional, porque os julgamentos e a teoria estão em um estado de coerência, o que se encontra é o equilíbrio reflexivo estreito – ERE.

Para o encontro do equilíbrio reflexivo amplo – ERA, mais sólido e menos unilateral, há necessidade de busca de perspectivas contrárias e avaliá-las com seus próprios fundamentos. Para este estágio, Oliveira defende que *esse último passo metodológico, que implica em novas revisões, leva a novas revisões e é nesse momento que questões psicológicas, científicas ou semânticas servem de suporte para que o resultado se torne uma visão ampla da moralidade* (OLIVEIRA, 2018, p. 2).

Gilbert Harman, em sua ótica, descreve o equilíbrio reflexivo como o produto alcançado por um processo de ajuste mútuo de princípios e julgamentos ponderados. E este autor descreve como se opera o equilíbrio reflexivo:

Corrigimos nossas intuições consideradas sobre casos particulares tornando-as mais coerentes com nossos princípios gerais considerados e corrigimos nossos princípios gerais tornando-os mais coerentes com nossos julgamentos sobre casos particulares. Progredimos ajustando nossos pontos de vista uns aos outros, perseguindo o ideal de chegar a um conjunto de opiniões particulares e visões gerais que estão em completo acordo entre si. O método é conservador, pois começamos com nossas visões atuais e tentamos fazer a menor mudança que melhor promova a coerência de toda a nossa visão. Algumas de nossas opiniões podem ser mais firmes do que outras; podemos ter mais confiança em alguns do que em outros. Mas as definições não são mais privilegiadas do que outras visões gerais e não há pontos fixos a priori (HARMAN, 2003, p. 417).

Rawls diz que este *estado de coisas* em que se dá o equilíbrio reflexivo se trata de um *equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam* (RAWLS, 2002a, p. 23).

Para Marek Smolak o processamento do equilíbrio reflexivo é da seguinte maneira:

Consiste em primeiro lugar em identificar os chamados juízos morais individuais prudentes/razoáveis, depois em formular princípios morais que expliquem esses juízos e, finalmente, em formular teorias filosóficas e não filosóficas que validem tanto juízos morais razoáveis quanto princípios morais que fundamentam esses julgamentos. O processo de alcançar o equilíbrio consiste em eliminar as contradições entre esses julgamentos, bem como se apoiar em teorias filosóficas e não filosóficas relevantes. O resultado final de estabelecer coerência, ou seja, encaixar esses três elementos em um todo, é um equilíbrio que significa que eles dão suporte recíproco e credibilidade.

Assim, o processo de alcançar o equilíbrio reflexivo compreende três etapas: a) selecionar julgamentos morais razoáveis; b) explicar esses julgamentos recorrendo a princípios morais e alcançar um equilíbrio reflexivo estreito; c) chegar ao amplo equilíbrio reflexivo. O elemento central ou conceito de equilíbrio reflexivo é que nossas convicções se apoiam mutuamente por meio de coerência e explicação recíprocas. (...). Se baseia na suposição de que, no caso de resolver conflitos de valores ou regras no raciocínio, parte-se da formulação de julgamentos morais individuais, que são posteriormente esclarecidos e apoiados por princípios morais gerais, que por sua vez são validados pelas teorias filosóficas e não filosóficas mais abrangentes, até que o equilíbrio reflexivo seja alcançado (SMOLAK, 2015, p. 92-93).

Com clareza solar, Andreazza demonstra a operacionalização do equilíbrio reflexivo:

O equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*) é geralmente apresentado como um procedimento que opera em três passos. Em um primeiro passo, selecionam-se os juízos morais ponderados (*considered moral judgments*) que expressam o senso de justiça (*sense of justice*) de uma pessoa razoável; em seguida, procura-se por princípios que estejam subjacentes e implícitos na maior parte desses juízos ou nesse senso de justiça. Os princípios encontrados forneceriam uma descrição desse senso de justiça. É provável, e mesmo inevitável, que os juízos se mostrem conflitantes entre si, de modo que os princípios encontrados devem servir de critério para revisar ou abandonar aqueles juízos conflitantes. Desse modo, empregando os princípios encontrados, essa pessoa possui um critério para revisar o seu senso de justiça a fim de que haja uma coerência perfeita entre os próprios juízos morais e entre esses juízos e os princípios. O objetivo, até aqui, é que haja um equilíbrio reflexivo estreito (*narrow reflective equilibrium*) entre os juízos morais ponderados e os princípios de justiça. A ideia é que o equilíbrio reflexivo, nesse primeiro passo, permite um auto-esclarecimento moral para o agente, que pode utilizar-se do método para corrigir as incongruências no seu senso de justiça, maximizando a coerência e assim descobrindo a concepção de justiça que realmente professa.

Em um segundo passo, recorre-se a certas teorias de fundo com o intuito de determinar se o equilíbrio entre juízos morais ponderados e princípios é de fato justificado e possui força normativa à luz de algo externo ao ajuste entre juízo-princípio. Em caso de incoerência entre esse equilíbrio e as teorias de fundo, o agente deve ou abandonar esse equilíbrio ou revisá-lo até que haja uma coerência entre (a) os seus juízos morais ponderados, os (b) princípios e (c) as teorias de fundo. O dever do agente é fazer com que esses três elementos estejam em uma relação de coerência, de forma que o seu senso de justiça seja coerente. O resultado dessa coerência é a razoabilidade. Trata-se de um processo de avanços e recuos que possui três características fundamentais: (i) os três elementos são revisados reciprocamente e não há nada externo a eles para servir como critério de revisão; (ii) nenhum elemento está imune à

correção e até mesmo ao descarte; (iii) a justificação de qualquer um deles apenas é possível na sua relação com os demais, nenhum elemento se justifica independentemente. Quando os três elementos coerirem, o senso de justiça estará sendo asseverado em equilíbrio reflexivo amplo (*wide reflective equilibrium*). É amplo porque agora o círculo de coerência abrange as teorias em (c) (ANDREAZZA, 2011, p. 1-2).

A ideia do equilíbrio reflexivo estreito é fazer ajustes entre juízos ponderados e princípios morais, sendo que há o descarte do que efetivamente não se adequa e possa ser considerado provisório, até que o fim revelado por meio de revisões é o encontro de uma única justificativa que possa endossar ambos.

O equilíbrio reflexivo amplo se principia com os julgamentos ponderados ou fortes convicções das pessoas, os quais possuem origem nas tradições de cada indivíduo, sem vinculá-los a desejos, vontades, preferências, mas considerando os mais firmemente fixados. A partir disso é como se existisse uma peneira em que vamos deixando vazar e excluir as convicções que somente seriam consideradas caso o indivíduo estivesse com raiva, cansado, emocionalmente abalado, embriagado ou aderente a alguma ideologia. Com esta ação são mantidas apenas as crenças morais mais específicas e firmes, nas quais se têm grande confiança, então, o método busca a combinação delas com princípios morais mais gerais e consistentes com elas, sendo que esta combinação existe por conta de uma razão subjacente, podendo ser explicada, racionalizada, justificada, portanto. Na sequência o que se busca é a racionalização, a crítica a julgamentos considerados não somente em relação a princípios abstratos, mas também para teorias morais inteiras, teorias empíricas acerca da função da moralidade na sociedade, sobre a estrutura social, a base da solidariedade na sociedade, teorias de estratificação social, classe e gênero, teorias sobre ideologia, natureza humana e afins. A ideia é estabelecer as convicções ponderadas em um ajuste coerente com os princípios morais gerais e com as teorias de fundo aqui citadas.

No equilíbrio reflexivo amplo não há fundamentos ou crenças morais básicas subjacentes que devem ser aceitas como intuições autoevidentes ou crenças autojustificadas em que tudo se baseia. De acordo com Kai Nielsen, *o que existe é um tecer e desenrolar de crenças até obtermos, por um tempo, embora apenas por um tempo, o pacote mais consistente e coerente que melhor se encaixe com tudo o que acreditamos saber e com o que, em reflexão, estamos mais firmemente comprometidos*. E sobre esta passagem do equilíbrio reflexivo estreito para o amplo e sobre o produto consciente pronto, pontua Nielsen:

O que o ERA procura fazer é ir além dessa reconstrução racional de um equilíbrio reflexivo estreito para um equilíbrio reflexivo amplo que não apenas obtenha convicções consideradas específicas em equilíbrio com princípios morais abstratos, mas também obtenha um todo consistente com

teorias morais e sociais e com outras teorias científicas sobre a natureza da natureza humana (NIELSEN, 1991, p. 21-22).

Como já delineado em linhas anteriores, John Rawls abandona sua ideia de que todas as pessoas poderiam convergir no mesmo equilíbrio reflexivo amplo, porque compreende a diversidade e os limites da razão humana, sobretudo por constatar o fato do pluralismo razoável. De acordo com Coitinho

O ponto da mudança está no reconhecimento de que a complexidade, a incerteza e a variação das experiências distintas levam a razão humana, quando exercida em condições de liberdade, que é protegida pelos princípios da justiça como equidade, a um pluralismo inevitável de visões morais, religiosas e filosóficas abrangentes. Ao invés de apostar que a estabilidade seria alcançada quando os agentes defendessem os princípios de justiça em ERA, agora Rawls se contenta em considerar a estabilidade como resultado de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) ou de um ER Geral (*General*), o que significa que os cidadãos podem apoiar os dois princípios de justiça a partir do seu comprometimento com certas doutrinas abrangentes (religiosas, morais, metafísicas) diferentes, mas que podem conviver entre si, isto é, através de vários ERAs (COITINHO, 2022a, p. 24).

O equilíbrio reflexivo geral – ERG possibilita um acordo no modelo rawlsiano do consenso sobreposto viabilizado por pontos de vistas distintos que opera com respeito às condições de liberdade e os limites da razão de cada pessoa, a qual pode ter isoladamente uma perspectiva acerca de uma visão global das questões sociais.

Imperioso destacar que ainda que o equilíbrio reflexivo amplo seja alcançado, após os indivíduos considerarem cuidadosamente os influxos indispensáveis à sua concretude, mister recordar que em sociedades plurais há necessariamente descordos, sobretudo quando o que está em voga sejam questões relevantes como desacordos morais, religiosos ou ainda casos complexos como aborto, liberação de drogas, direito de animais, eutanásia etc, entretanto, por estes cidadãos estarem compondo uma sociedade bem ordenada e regulada por uma concepção política de justiça, eles estariam aptos a reconhecer e aceitar que outros integrantes da sociedade também possuem suas percepções e estabeleceram os próprios equilíbrios reflexivos amplos e esta multiplicidade em convívio consubstancia-se em um equilíbrio reflexivo geral – ERG, ou seja, em um consenso sobreposto.

Este convívio entre os indivíduos que possibilita a conexão entre o inúmeros *equilíbrios reflexivos amplos (wide)* – ERAs e o estabelecimento de um *equilíbrio reflexivo geral (general)* – ERG, é o estado em que se estabelece o *equilíbrio reflexivo pleno (full)* – ERP, porque neste estado é possível vislumbrar a discussão entre ideais, princípios e os juízos que pareçam os mais razoáveis para as pessoas, o que demonstra que a característica central deste equilíbrio reflexivo pleno é a intersubjetividade. Diz, Rawls, em sua “Resposta a Habermas” (Reply to Habermas), referindo-se ao ERP, que o equilíbrio reflexivo é *um ponto*

no infinito que jamais podemos alcançar, embora possamos nos aproximar mais dele no sentido de que, por meio de discussão, nossos ideais, princípios e julgamentos parecem-nos mais razoáveis e mais bem fundamentados do que antes (RAWLS, 1998, p. 88-89; 2011, p. 455).

O equilíbrio reflexivo, assim, possibilita que um indivíduo que necessite tomar uma decisão possa trilhar um procedimento que culmina com uma decisão em que as questões avaliadas possam estar em um status de coerência, cujo resultado seja a razoabilidade. Para que este status se materialize há um teste de convergência entre eles com um avanço em que os itens são apurados e ajustados por meio de uma reflexão que avalia se há possibilidade de convivência e combinação, sendo que quando a convergência não acontece e o conflito permanece, deve haver a revisão ou o descarte do que menos sirva para ser aplicado ou de todos e é quando se opera um recuo procedimental, agora com outro ou outros elementos até que se alcance um equilíbrio. Para Elnora Gondim e Osvaldino Marra Rodrigues,

O equilíbrio reflexivo funciona como procedimento recíproco de apoio e como revisão crítica, porque, após os princípios eleitos, podem-se fazer revisões ou modificações dos juízos ou convicções que são considerados como verdadeiros. Assim sendo, esse modelo de justificação põe à prova qualquer intuição que se encontra subjacente aos princípios, conseguindo, desta forma, uma maior legitimação para os mesmos. (...) Há uma dinâmica no equilíbrio reflexivo, caracterizando, por este motivo, o procedimento da demonstração da teoria de Rawls como um movimento demonstrativo de apoio mútuo, de ajuste e de revisão crítica dos juízos, dos princípios, das convicções e das condições da situação original (GONDIM; RODRIGUES, 2011, p. 30-31).

O equilíbrio que se pretende atingir é um ideal de coerência. A reflexividade é uma propriedade cognitiva do agente, um atributo da racionalidade do indivíduo que se propõe a agir metodologicamente para que suas decisões sejam as mais corretas possíveis.

Com a percepção desta dinâmica reflexiva é que surge a ideia de que o método do equilíbrio reflexivo pode plenamente ser utilizado no processo deliberativo judicial, porque capaz de afastar fatores exógenos que possam macular a decisão, mas também porque absolutamente provável que seu uso no meio jurídico, assim como tem tido sucesso sua usabilidade em outras áreas do conhecimento, proporcionará a elaboração e correção de decisões judiciais, as quais, certamente, poderão ser consideradas coerentes e justas.

4.2 APLICABILIDADE DO EQUILÍBRIO REFLEXIVO

É de conhecimento geral que John Rawls é reconhecido na filosofia política e moral contemporânea em razão do desenvolvimento de sua Teoria, assim como por ter concebido um

procedimento de decisão para a ética, tendo proposto um método – o equilíbrio reflexivo – para solucionar conflitos entre preferências concorrentes, todavia, seu pensamento influenciou também as políticas públicas, a bioética, a robótica e a tecnologia da informação, a área da saúde e, como será visto neste trabalho, o Direito.

Com o equilíbrio reflexivo não se busca a verdade absoluta, mas com ele é possível identificar critérios normativos mais relevantes a partir da maximização da coerência e do reconhecimento de sua razoabilidade, fatores estes que contribuem, e muito, para um processo decisório em razão de estabelecer um estado de adequada reflexão. Para Denis Coitinho,

É claro que o método é insuficiente para identificar critérios normativos absolutos, uma vez que a revisibilidade/reflexibilidade é sua marca central. Mas, penso que ele é consistente com o ritmo e com a direção do progresso moral ao longo da história e com o fenômeno do desacordo moral entre as pessoas em sociedades nacionais complexas e entre os diversos povos no mundo, sendo bastante eficiente para nos ajudar a decidir em casos morais difíceis que estão circunscritos pelo pluralismo razoável, isto é, por diversas concepções morais, religiosas e filosóficas (COITINHO, 2022a, p. 29).

O roteiro a ser seguido para o cumprimento do método do equilíbrio reflexivo oportuniza que casos morais e políticos de considerável dificuldade e que não possuam consenso, sobretudo em sociedades democráticas, possam ser dirimidos e a decisão aceita pela comunidade em razão de sua razoabilidade. Por este motivo, o método passa a ser aplicado em outras áreas do conhecimento, inclusive com adaptações de seu rito para definições de preferências públicas com vistas a execuções políticas.

4.2.1 EM DECISÕES DE VEÍCULOS AUTÔNOMOS

Os pesquisadores Julian Savulescu, Christopher Gyngell e Guy Kahane investigaram as preferências públicas e as usaram para orientar políticas em torno de novas tecnologias controversas e, no caso, de como deveriam proceder veículos autônomos diante de uma necessária tomada de decisão em situação de emergência quando a morte fosse iminente.

A ideia surgiu a partir de anúncio de vários fabricantes de que até 2024 haveria lançamentos de carros totalmente autônomos, sem volante ou pedal de acelerador, o que beneficiaria os usuários por possibilitar maior mobilidade, redução de estresse e maior segurança, em razão de proporcionar estradas mais seguras, menos poluição e a redução de congestionamento (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 3-4).

Milhões de pessoas de vários lugares do mundo informaram suas preferências, de modo *on line*, por meio de uma plataforma chamada *Moral Machine*, visando formar um

processo deliberativo coletivo para a busca de coerência entre as atitudes, comportamentos e princípios éticos concorrentes.

A pesquisa por meio desta plataforma foi realizada por estudiosos do MIT, e o objetivo era a realização de uma espécie de sondagem de intuições sobre a permissibilidade moral de efetivar o sacrifício de um grupo de indivíduos em detrimento de outro que seria poupado. Savulescu et al. se reportam ao dilema do bonde, uma criação de Phillipa Foot, em 1967, quando este deveria ser desviado para atingir um grupo e não outro. Os autores dizem que *os dilemas do bonde são muito flexíveis, pois os grupos envolvidos podem conter qualquer número de pessoas, diferentes tipos de pessoas (mulheres grávidas, médicos, moradores de rua, criminosos etc.) e até mesmo animais* (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 4). Entendem que os dilemas do bonde seriam muito parecidos com os dos veículos autônomos. Citam outro exemplo como uma motocicleta trafegando e se deparar com uma mãe empurrando um carrinho com um bebê e o piloto precisa escolher entre sacrificar estes ou desviar e atingir um único pedestre, em caso de não poder frear.

O estudo é um dos maiores já realizados sobre preferências morais globais e dentre as preferências há uma lista com as maiores escolhas e foram assim definidas em razão da prevalência de força destas opções e nela está a ideia de poupar vida humana em vez de animais, poupar mais vidas em vez de menos vidas, poupar jovens em relação a idosos, poupar os cumpridores de lei em detrimento de infratores, poupar quem tem alto status social sobre os de baixo status, poupar quem tem peso saudável em relação aos que possuem sobrepeso, poupar mulheres sobre homens, poupar pedestres em relação aos passageiros, preferir que o veículo continue em movimento ao invés de fazer uma ação evasiva, sendo que estas escolhas são compartilhadas no mundo todo, considerando que a pesquisa buscou informações em 233 países que falam 10 línguas distintas. Há outras questões que povoam o pensamento humano e que podem orientar certas preferências, como opiniões sobre o papel subordinado de mulheres, a superioridade de pessoas brancas e até o bem-estar animal (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 3).

O estudo também identificou que há diferenciação na consideração de valores quando distinguida a região da pesquisa. Os grupos eram: um ocidental, um grupo oriental e um grupo do sul. O estudo feito com a *Moral Machine* teve como orientação as primeiras três opções mais fortes e comuns a todas as regiões. As três preferências apontam para a opção por humanos em vez de animais, salvar o maior número de pessoas e salvar os jovens, embora elas não sejam igualmente fortes em todas as regiões. Isso acarretaria problema em como programar

os veículos autônomos, pois seria necessário considerar o uso de preferências mais fortes em geral ou por região onde os veículos iriam transitar. Por exemplo,

nas regiões orientais, a preferência por vidas jovens em vez de vidas mais velhas era mais fraca e era considerada legítima. Nas regiões do sul, poupar indivíduos de alto status social era quase tão forte quanto à preferência por salvar os jovens (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 3).

Não obstante a coerência entre opiniões em vários locais do mundo, há ainda a preocupação geral em confiar em preferências públicas para moldar políticas, em razão de possível carga de preconceitos ou mesmo erros profundos, ainda existentes em diversas culturas, mesmo que haja visível progresso no uso da razão e da observação do comportamento ético, tanto que os autores citam que possivelmente gerações futuras poderão ver como preconceituosas nossas atuais preferências sobre priorizar humanos em vez de animais (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 3-4).

Pela pesquisa, percebe-se que um grande número de preferências revela discrepâncias, havendo necessidade de justificá-las. É possível haver preferências tribalistas em razão de grupo étnico, de localizações geográficas, por questões relacionadas a parentescos, sendo que neste caso pode o equilíbrio reflexivo ser um relevante componente para efetuar a justificação de preferências.

Os autores adaptaram o equilíbrio reflexivo para um *Equilíbrio Reflexivo Coletivo na Prática (ERCP)*, que se consubstancia em um processo deliberativo que leva em consideração não somente as intuições do público, mas também teorias éticas e que, por meio de uma adequada reflexão, poder-se-ia chegar a um consenso. Os autores da pesquisa demonstram quais as diferenças entre o equilíbrio reflexivo rawlsiano – ER e o equilíbrio reflexivo coletivo na prática – ERCP. No que diz respeito aos deliberadores no ER, eles são uma categoria de juízes competentes; na prática, os eticistas tipicamente profissionais, sendo que no ERCP, seriam legisladores, especialistas em ética, advogados, especialistas médicos e científicos relevantes, público leigo e cidadãos. Quanto à entrada intuitiva, ou as intuições iniciais, no ER haveria um juiz individual competente e no ERCP as preferências seriam de júris públicos e de cidadãos em geral. Em relação à referência teórica a origem seria de teorias ou princípios éticos, principalmente aqueles já endossados pelo deliberador (mais teorias científicas e filosóficas de fundo relevantes em ER amplo). No ERCP seriam teorias éticas, princípios, estruturas, diretrizes, declarações (peso especial para princípios amplamente compartilhados ou teorias mais eticamente justificadas). A saída, ou o resultado do processo, no ER haveria justificativa ética para julgamentos sobre casos específicos e revisão de princípios e teorias gerais. No ERCP seria uma política justificada para o processo democrático.

Quanto à iteração no ER esta seria repetida e no ERCP seria limitada. O que se deve registrar é que o ERCP deve ser entendido como um processo deliberativo público movimentado por um agente coletivo e não por uma pessoa privada (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 6).

No modelo adaptado por Savulescu et al., o início se dá com os inputs oriundos das intuições públicas que foram armazenadas no estudo *Moral Machine*, sendo que com as informações estas são filtradas para promover o descarte de intuições que são fruto de preconceitos ou distorções, com o objetivo de selecionar os juízos ponderados. No modelo destes autores, os juízes competentes não se orientam por suas próprias intuições, mas sim por critérios que buscam a razoabilidade das preferências inseridas no sistema *Moral Machine* e de lá retiram as três mais fortes e que podem ser consideradas os juízos ponderados, como por exemplo a ideia de salvar mais vidas, salvar os mais jovens e as mulheres. De posse destes juízos ponderados, a próxima etapa seria a busca pela coerência entre estes juízos e princípios morais de três teorias éticas, sendo que no estudo foram eleitas as teorias do *utilitarismo*, *kantismo* e o *contratualismo*. Esta busca seria um processo reflexivo com vistas a verificar se as intuições do público estariam respondendo de modo coerente com as razões de estruturas eticamente mais razoáveis e robustas (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 8).

Pela pesquisa destes autores fica claro que o kantismo, com o princípio da dignidade humana, teria como desfecho o entendimento de que a preferência seria por salvar vidas humanas, sem que, contudo, houvesse a preferência de salvar mais vida, uma vez que toda vida humana tem a mesma dignidade, e pela mesma razão proibiria a preferência aos jovens e às mulheres. Quanto ao utilitarismo, por sua vez, partindo do princípio da maximização do bem-estar, aprovaria a preferências de salvar vidas humanas em razão do critério preferencial de uma vida mais útil, assim como aprovaria as preferências de salvar mais vidas e preferir os mais jovens, rejeitando, entretanto, a preferência por mulheres, uma vez que esta preferência não indica a maximização do bem-estar. O contratualismo, por seu turno, pelo critério da imparcialidade obtido pelo véu da ignorância, indicaria preferências por salvar vidas humanas, salvar mais vidas e salvar os jovens, mas rejeitaria a preferência por mulheres, porque sob o manto do véu da ignorância seria impossível saber o sexo do indivíduo.

Ao analisar como se processa este modelo adaptado por Savulescu et al., Denis Coitinho esclarece com objetividade como é a ponderação reflexiva entre os juízos ponderados selecionados e as teorias éticas. Para ele,

A ideia é ver se os juízos ponderados sobrevivem se confrontados aos princípios éticos do utilitarismo, kantismo e contratualismo. E, em caso de inconsistência, devemos revisar nossas crenças iniciais que temos grande

confiança para alcançar uma situação de reflexão adequada (COITINHO, 2022a, p. 13).

O passo seguinte é a proposição de uma política pública justificada que objetiva a salvaguarda preferencialmente de vidas humanas e em maior número possível. Deliberações subsequentes podem equacionar as preferências relacionadas a jovens e mulheres. Imperioso destacar que para Savulescu et al.,

Os formuladores de políticas não estão buscando coerência entre suas próprias intuições e seus princípios éticos favorecidos, mas agindo como representantes especialistas do e para o público, buscando coerência entre nossas intuições (potencialmente ponderadas pelo grau de aceitação) e nossos (muitas vezes conflitantes) princípios morais (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 9).

Para uma melhor compreensão de como se processa o ER de John Rawls e o ERCP, os autores da pesquisa fazem alusão a fundamental diferença. Para eles,

Enquanto o equilíbrio reflexivo envolve os ajustes repetidos tanto de julgamentos particulares quanto de princípios gerais, idealmente levando um indivíduo tanto a julgamentos justificados sobre casos específicos quanto à escolha de um único conjunto justificado de princípios gerais, o CREP não visa resolver desacordos teóricos gerais, mas identificar uma política legítima e eticamente justificada. Assim, em vez de ajustar nossas teorias para ajustar nossos julgamentos particulares em uma ampla gama de contextos, consideramos até que ponto os julgamentos comuns em um contexto específico – aqueles relacionados, por exemplo, à regulamentação de uma nova tecnologia – são coerentes com os diferentes enquadramentos teóricos concorrentes e orientações normativas relevantes. A ideia é que quanto mais uma determinada preferência do público for coerente com mais teorias e princípios, maior será a justificação e a legitimidade que ela terá (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 8).

O equilíbrio reflexivo coletivo na prática permite um avanço sobre o uso de preferências públicas em torno de inúmeras situações, além da aplicação em novas tecnologias, podendo ser aplicado também na área da saúde de um modo geral, porque possibilita a filtragem de preferências baseadas em preconceitos e as expurga da moldagem de uma política pública. Quanto a este aspecto, Savulescu et al. defendem que

A contribuição do CREP é esclarecer o papel das preferências do público nesse processo de dados, por um lado, e as restrições impostas pelas teorias éticas, por outro. As preferências do público não decidem diretamente a política, mas servem como uma entrada-chave em um processo deliberativo que testa essas atitudes em relação às teorias éticas atuais mais bem estabelecidas. Os julgamentos que acabam por moldar a política não são simplesmente os da maioria, mas aquelas atitudes públicas amplamente aceitas, que foram rigorosamente examinadas quanto a preconceitos e que são apoiadas por fortes razões morais de teorias éticas convergentes (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 9-10).

Os veículos autônomos devem ser programados com uma espécie de detector de status moral que lhe permite analisar valores atribuídos a possíveis classes de entidades que um

veículo autônomo pode encontrar em um caso concreto e que haja necessidade de uma tomada de decisão em frações de segundo e que devem considerar a distribuição de riscos e danos. Estas tomadas de decisão, após a prática do equilíbrio reflexivo, *precisam fazer sentido à luz de nossas melhores teorias éticas* (SAVULESCU; GYNGELL; KAHANE, 2021, p. 12).

4.2.2 NA ÁREA DA BIOÉTICA

A Bioética vem se desenvolvendo como um estudo interdisciplinar da ética aplicada às ciências da vida e da saúde, sobretudo voltada para questões afetas à vida humana e para a própria vida humana, sendo que há uma expansão do escopo de visão bioética para além da melhoria da condição humana, mas também para as condições animal e a vegetal.

Por este escopo expandido a bioética destaca-se, hodiernamente, como influente campo de pesquisa da filosofia moral aplicada, com estudos não somente sobre problemas concretos na área da ética médica, mas também na de pesquisa biológica, com atividades envolvendo problemas metaéticos e ético-normativos da teoria moral de destacada complexidade. A bioética tem desenvolvido estudos que são contributos para a elevação do potencial de salvar vidas, no desenvolvimento da reprodução artificial, na engenharia genética e nas técnicas de melhoria de vida, como as biotecnologias, neurofármacos e inovações farmacológicas. Para Bonhemberger e Oliveira, *nesse sentido preciso, a bioética está, desde sempre, vinculada ao problema da saúde e da dignidade humana: todo ser humano é digno de uma vida saudável e sustentável* (BONHEMBERGER; OLIVEIRA, 2019, p. 12).

Martins Ribeiro realizou estudo sobre a aplicação do equilíbrio reflexivo no processo de análise de dados em pesquisa qualitativa em bioética com exame de seu conteúdo e afirmou que estes estudos podem ter metodologias diversas, podendo haver combinação deste modelo rawlsiano com outros ou somente este ser utilizado para realizar estudos que envolvem conhecimento sobre moralidades de grupos sociais em relação à práticas sociais. Para este,

A bioética, como uma das vertentes da ética aplicada, pode ser definida como campo teórico e prático caracterizado pela complexidade, envolvendo diversos objetos de estudo, referenciais teóricos, métodos e agentes sociais, seja da academia ou de organizações da sociedade civil. Tem como objetivo geral descrever e analisar problemas éticos relativos às práticas sociais e seus efeitos sobre a vida humana e, de modo mais abrangente, a vida nas suas várias manifestações, bem como as moralidades que as sustentam (RIBEIRO, 2017, p. 41).

Em seu estudo Martins Ribeiro alega que para o uso do equilíbrio reflexivo é realizada uma pesquisa em que se busca ouvir vozes diferentes para não ter apenas a percepção do pesquisador, mas de outros sujeitos sociais, adaptando o método de Rawls e o nomina de

equilíbrio reflexivo público, em que as crenças e teorias consideradas são derivadas de amplas fontes que participam efetivamente do processo de justificação ética. Incluem, entre outros sujeitos sociais, profissionais de saúde, o público geral, ativistas, filósofos, antropólogos e usuários dos serviços de saúde (RIBEIRO, 2017, p. 44).

Por meio de um processo de imersão o pesquisador se dedica à análise dos conteúdos que podem ser textuais obtidos por entrevistas, diários de trabalhos de campo, vídeos, dentre outras fontes, para obter uma visão de conjunto e identificar temas e categorias pesquisadas. Há, então, um processo de redução dos dados coletados, com limitação dos relevantes e capazes de responderem às questões da pesquisa, com uma consequente reorganização em categorias úteis à pesquisa. Ribeiro assevera que,

Durante a investigação, o processo do equilíbrio reflexivo se inicia considerando os julgamentos morais do(s) pesquisador(es), expressos no projeto de pesquisa. Esses julgamentos funcionam como suposições ou hipóteses de trabalho, constituindo equilíbrio reflexivo hipotético sobre o problema de estudo, considerando-se determinados fatos moralmente relevantes e os conhecimentos de que o(s) pesquisador(es) dispõe(m) no momento. Esse equilíbrio reflexivo é ponto de partida para alcançar novo equilíbrio reflexivo, baseado no diálogo entre teoria ética e experiência moral dos sujeitos de pesquisa, pressupondo certos fatos moralmente relevantes, de forma que novos julgamentos morais possam ser construídos (RIBEIRO, 2017, p. 47).

O autor sugere o uso do equilíbrio reflexivo para análise de conteúdo em pesquisas qualitativas em bioética, consubstanciando-se em um processo de justificação ética baseado na constituição de uma rede de crenças morais e não morais, capaz de fundamentar moralmente determinada prática social.

Dall'Agnol, por sua vez, entende que o aparato teórico rawlsiano permite aplicações, ainda que indiretamente, às questões bioéticas relacionadas à vida humana. Exemplifica sua assertiva com o aborto e a eutanásia, e a questão de proibição ou permissão, sendo que o equilíbrio reflexivo seria capaz de produzir algum tipo de base que levaria a consensos decisórios em uma determinada sociedade (DALL'AGNOL, 2011, p. 144).

Outra destacada utilização do equilíbrio reflexivo na Bioética é observada pelos principialistas Beauchamp e Childress na obra considerada o livro sagrado da Bioética - *Principles of Biomedical Ethics*, publicada primeiramente em 1979. O livro possui seis edições diferentes e desde o início é perceptível a influência do método de Rawls nas constantes revisões, sobretudo nas últimas três. Na quarta edição de 1994 já consta na introdução expressamente o uso do equilíbrio reflexivo pelos autores, sendo que nesta edição há introdução de capítulo particular que trata de método de Rawls, justificação e verdade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 23).

Na sexta edição de 2009 os autores afirmam que tanto o procedimento de análise de cima para baixo de princípios e regras quanto o de baixo para cima sobre casos e intuições precisam de uma suplementação, porque os princípios necessitam ser adequados aos casos e os casos precisam ser justificados a partir dos princípios. Este movimento é de seguidas revisões, assim como acontece com o equilíbrio reflexivo amplo. Que este papel é feito por meio de um modelo integrador, ou seja, pelo equilíbrio reflexivo (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2009, p. 381).

Quanto a este modelo integrador do equilíbrio reflexivo, com vista a estabelecer coerência entre as intuições, os princípios e as teorias morais, Denis Coitinho doutrina que:

O objetivo do ER é produzir um equilíbrio entre todas as crenças (morais, empíricas e teóricas), fazendo um ajuste constante e buscando a coerência entre elas, de forma que as intuições morais devem ser coerentes com os princípios, como os de autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça e com as virtudes de cuidado, compaixão, discernimento, confiabilidade e integridade etc, e com as teorias morais, como a deontológica, utilitarista, ética do cuidado, entre outras (COITINHO, 2022a, p. 12).

Em uma publicação holandesa de ensaios sobre o equilíbrio reflexivo, Wibren van der Burg e Theo van Willigenburg, organizadores da obra, abordam o método de Rawls e demonstram qual natureza deste, indicando que ele tem a pretensão de mostrar uma maneira sistemática de conduzir as investigações morais dos indivíduos. Destacam que *o equilíbrio reflexivo visa estruturar nossos argumentos morais quando tentamos avaliar atos e políticas ou desenvolver e justificar teorias e princípios para avaliar instituições e práticas* (BURG; WILLIGENBURG, 1998, p. 5). Nesta obra há vários autores que apresentam a aplicabilidade prática do método rawlsiano, consoante adiante seguem alguns exemplos.

Em um dos casos, Goran Collste apresenta o uso do equilíbrio reflexivo com uma questão moral e de justiça social, para aplicá-lo em saber se o infanticídio pode ser moralmente justificado. Alega que quando há discussões de problemas morais, ou seja, *quando a vida humana e a morte estão em jogo, torna-se necessário relacionar os julgamentos e princípios para teorias de fundo, neste caso teorias sobre a natureza e o valor de pessoas e crenças religiosas*. No exemplo há uma criança com retardo mental, dor intensa e a dúvida é se deve ou não ser morta, sendo que neste caso o método pode contribuir para uma argumentação e exame autocrítico que viabilize o afastamento de escolhas irracionais ou simplesmente subjetivas. Para o autor,

Para poder esboçar uma visão mais integrada sobre o valor da vida humana, devemos levar em conta tanto a importância de uma dignidade especial da vida humana como a importância moral de sofrimento. Isso pode implicar um dever *prima facie* de sempre proteger a vida humana (COLLSTE, 1998, P. 239-250).

Observa, ainda, que pode haver implicação em ter que levar em conta o prognóstico da vida do infante, que poderia demonstrar sofrimento tão cruel que qualquer pessoa preferiria a morte com a eliminação deste sofrimento que não indica qualquer esperança de alívio. O equilíbrio reflexivo é utilizado pelo autor, embora ele mesmo conclua que talvez não haja solução final e racional para este tipo de dilema moral.

Em outro exemplo de uso prático do equilíbrio reflexivo, os autores Johannes van Delden e Ghislaine van Thiel apresentam um experimento em que o método apresenta subsídios para que o decididor siga um protocolo eticamente sólido sobre decisões de ressuscitar ou não uma pessoa com parada cardíaca, porque *é preciso saber quais são as chances de sucesso da ressuscitação cardiopulmonar e em que condições a sobrevivente passará o resto de sua vida* (DELLEN; THIEL, 1998, p. 251-259).

Estes pesquisadores, com o uso do método do equilíbrio reflexivo, perceberam que é possível a ponderação entre normas internas da instituição, os julgamentos morais dos profissionais e princípios éticos aplicáveis às situações, chegando ao fortalecimento das convicções acerca de como proceder com um caso de parada cardíaca de indivíduos, sendo que o recorte da pesquisa foi feito com profissionais de saúde que trabalhavam em um lar de idosos. Buscaram conhecer a história de vida das pessoas e concluíram que o caminho adequado, embora houvesse sempre a necessidade de observar individualmente cada caso, era o de respeito à autonomia dos pacientes.

Egbert Schrotten apresenta, em artigo de sua autoria, que estudos bioéticos avançaram em diversos campos, inclusive na biotecnologia animal, merecendo destaque outro uso do equilíbrio reflexivo, agora na Holanda, no início dos anos noventa, quando cientistas obtiveram sucesso com o touro transgênico “Herman”, em uma pesquisa cujo objetivo era a produção de uma prole feminina com vistas a codificar a lactoferrina, uma proteína com possíveis efeitos anti-infecciosos, ocasionando a produção de um antibiótico natural contra a doença da mastite em bovinos.

A Comissão que trabalhava no projeto levantou a hipótese de produzir lactoferrina por outros meios que não genéticos com modificação de animais de fazenda, como, por exemplo, usando tecidos ou fungos, não obstante a tecnologia deste processo ser muito mais difícil e arriscada, porque as linhas de células cancerosas foram usadas em culturas de tecidos.

Outra consideração pela Comissão foi de que o princípio de integridade do animal não estava sendo levado em consideração, em razão de possível risco de mudança de comportamento animal por conta de introdução de gene de outra espécie, ou seja, havia a

construção de gene humano. Considerou-se, ainda, a instrumentalização de animais para fins humanos, ou seja, era uma nova ameaça ao valor animal.

Neste caso a utilidade do equilíbrio reflexivo amplo é de dispor à Comissão, no que pertine ao domínio da moralidade, melhor análise de intuições morais, princípios morais, fatos relevantes e teorias de fundo afetos ao tema. É útil, ainda, em estruturar, do ponto de vista moral, o resultado para a produção de um possível relatório da Comissão, por ofertar pontos de verificação com vistas a um esclarecimento dos tipos de considerações usadas na construção de uma determinada posição moral. Outra utilidade do método de Rawls é que este coloca todos os membros do grupo em um mesmo nível, sem distinção hierárquica ou de crenças, de modo que ele pressupõe que qualquer informação relevante ou posição estarão em discussão.

À luz do equilíbrio reflexivo amplo a conclusão da maioria da Comissão foi que, neste caso, uma licença para a modificação genética poderia ser concedida, porque o objetivo do protocolo era de grande importância, assim como não havia alternativas reais para a produção do antibiótico, e, por fim, que danos sérios à saúde e bem-estar dos animais não eram prováveis de ocorrer (SCHROTEN, 1998, p. 219-229).

Um outro exemplo de aplicabilidade do equilíbrio reflexivo de Rawls apresentado por Elizabeth Fistein relaciona-se com a possibilidade de conhecer em que circunstâncias seria justificável manter alguém segregado em um hospital psiquiátrico para tratamento. O objetivo da pesquisa foi encontrar um equilíbrio decisório coerente entre premissas morais inerentes à legislação e à prática clínica, mantendo a observância de teorias de liberdade e de autonomia.

Era necessária a análise de casos em razão de possível interferência na liberdade dos indivíduos em caso de tratamento compulsório, ainda que houvessem outros meios menos restritivos de tratamento, e também verificar se a restrição da liberdade era razoável e justificada quando fosse para salvaguardar interesses da pessoa com vistas a proteger outras pessoas contra prováveis danos, ou seja, havia possível risco para interesses do próprio paciente ou para o bem estar de outros ao seu redor.

Assim, o método do ER proporcionou a possibilidade de realizar um diálogo refletido e considerar a observação de casos, entrevistas narrativas e análises de discursos para obter um processo pelo qual a sabedoria prática e conhecimento teórico seriam empregados para edificar e aplicar justificativas para a detenção de pacientes quando da tomada de decisões na vida real. Durante o uso do método eram consideradas a teoria e a prática e estas podiam ir sendo modificadas para o alcance de uma melhor coerência, considerando efeitos dessas modificações na prática clínica, tendo o equilíbrio reflexivo sido um importante componente do estudo, pois com a análise integrativa entre fundamentos teóricos, jurídicos e justificações

tornou possível o fornecimento de melhores subsídios para a tomada de decisão quanto às detenções (FISTEIN, 2011, p. 301-327).

Esta possível adaptabilidade do método do equilíbrio reflexivo de John Rawls é que suscitou o interesse por esta pesquisa, com vistas a demonstrar que ele pode ter importante papel durante o raciocínio jurídico e ser relevante contributo para a atuação decisória do juiz.

4.3 APLICABILIDADE DO EQUILÍBRIO REFLEXIVO NA PRODUÇÃO DECISÓRIA

O filósofo estadunidense John Rawls, de elevado reconhecimento na filosofia política e moral nos últimos tempos, legou ao mundo sua Teoria da Justiça, a qual impactou inúmeras áreas do conhecimento, inclusive a do Direito, e, conforme traçado em linhas anteriores, dela aqui se extrai o método do equilíbrio reflexivo indicando que este pode tornar-se um apoio a juízes durante a produção decisória ou que sirva de teste com vistas a justificar uma decisão prolatada, proporcionando coerência e estabilidade dos julgamentos, em razão do que se hoje constata que é uma variação em decisões aplicadas em casos semelhantes ou idênticos.

Cabe recordar que na Constituição do Brasil há exigência expressa de que deve o juiz apresentar fundamentação²⁸ em suas decisões baseada em materiais jurídicos existentes, entretanto, ainda assim, observam-se discrepâncias injustificáveis que somente poderiam existir se fossem amparadas em influências exógenas como alguma crença moral ou em critérios extrajurídicos, automaticamente intuídos, e somente após esta tomada de decisão é que se buscaria no ordenamento jurídico algum substrato argumentativo que minimamente fosse plausível a sustentá-la.

Há convicção de que há possibilidade de apresentar uma alternativa ao processo deliberativo do magistrado, que seja capaz de proporcionar um ganho substancial na construção de decisões que sejam coerentes entre si, elevando a segurança jurídica e mitigando discrepâncias.

O perfeccionismo decisório é algo inalcançável, porém esta tese busca ao menos aguçar a curiosidade de juízes para que apliquem o equilíbrio reflexivo durante o processo decisório, porque o uso de um método que oferte um mecanismo procedimental como é o que Rawls legou ao mundo, é capaz de direcionar decididores a um norte comum, onde os resultados

²⁸ CF/1988. Art. 93. (...) IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

podem ser ao menos semelhantes. Trata-se de uma referência simples para resolução de problemas complexos, cujas soluções, por serem coerentes, podem mais facilmente ser justificadas.

No item 4.1.2 deste Capítulo ficou demonstrado o que é o *equilíbrio reflexivo*, como ele se processa e quais são os tipos existentes, de modo que agora apenas resumidamente, e quando necessário, haverá descrição de como se processa. Neste momento os tipos abordados são o *estrito* e o *amplo*, pois estes podem ser adaptados para servirem à produção decisória ou à testagem de decisões já elaboradas.

4.3.1 OS ELEMENTOS DO EQUILÍBRIO REFLEXIVO

Diante de uma situação fática a ser deliberada o juiz deve se ater aos elementos do método do equilíbrio reflexivo, os quais devem estar em coerência com o propósito judicial, bem como servirão para a produção de decisões coerentes entre si e simétricas, porque o processo teria obedecido um sistema procedimental apto a alcançar o equilíbrio reflexivo. É possível que não se atinja um equilíbrio ideal em razão de ser impossível avaliar na totalidade todas as crenças da humanidade ou tudo que consubstancia um ordenamento jurídico, mas a aproximação do ideal já terá sido um grande feito.

Os elementos a serem considerados nesta adaptação do equilíbrio reflexivo para a produção decisória são os *juízos ponderados* dos magistrados, os *princípios de justiça* de John Rawls, *princípios constitucionais*, *crenças fatuais* ou *científicas*, *precedentes judiciais* e *institutos de Direito Internacional*. Quaisquer destes elementos podem ser utilizados pelo julgador para criar a coerência entre eles e se chegar à melhor decisão judicial, porque a usabilidade metodológica a orientar o raciocínio do julgador será uma atividade lenta, controlada e consciente para a construção de argumentos que embasarão a decisão. Haverá, assim, um juízo refletido, porque desta maneira o julgador cria condições favoráveis ao exercício da razão e do senso de justiça, em uma ambiência que favorece a capacidade, cria a oportunidade e o desejo de produzir uma decisão correta e justa.

Por ser o equilíbrio reflexivo um método holístico de justificação, que procura harmonizar os juízos particulares e princípios morais entre si com objetivo de promover um ajuste mútuo, além de outros elementos, mister é, neste momento, deliberar acerca de cada um deles.

O primeiro elemento a ser considerado são os *juízos ponderados*, os quais são fruto de uma reflexão realizada em uma ambiência propícia ao exercício do senso de justiça, em

condições favoráveis, sem que haja interferência de circunstâncias como nervosismo, medo, desconfiança, que podem direcionar a um equívoco. Esse senso de justiça deve ser visto como uma capacidade mental que exercita o pensamento e possibilita a deliberação de inúmeros juízos morais nas mais diversas situações. Para Rawls:

(...) os juízos ponderados se apresentam como aqueles juízos nos quais as nossas qualidades morais têm o mais alto grau de probabilidade de se mostrarem sem distorção. Assim, ao decidir quais dentre os nossos juízos devemos levar em conta, podemos com bom senso selecionar uns e excluir outros. Por exemplo, podemos descartar aqueles juízos feitos com hesitação ou nos quais não depositamos muita confiança (RAWLS, 2002a, p. 51).

Por esta razão que há julgamentos que são feitos intuitivamente e de plano rechaçam eventual intolerância ou preconceito, porque o senso de justiça indica a situação como sendo injusta, como por exemplo o caso da escravidão que qualquer indivíduo intuitivamente, e de forma inata, tem como algo moralmente condenável, ou, a discriminação racial e a intolerância religiosa que são tidas hodiernamente como injustificáveis. Neste aspecto para Rawls nenhuma consideração possível de ser defendida pode, *por mais irreal que seja, justificar a escravatura ou a servidão hereditária* (RAWLS, 2002a, p. 272).

Há necessidade de criar este ambiente de ponderação para que sejam evitados influxos à razão que podem induzir o julgador a um erro de conduta decisória, cuja consequência pode ser grave para quem a recebe. Neste aspecto, ao discorrer acerca do agir humano, Adam Smith diz que o homem mesmo conhecedor das regras pode adotar uma conduta desviante porque *suas próprias paixões podem muito facilmente induzi-lo – às vezes impelindo-o, outras seduzindo-o – a violar todas as regras que ele mesmo, em seus momentos de sobriedade e lucidez, aprova* (SMITH, 2019, p. 297).

Juízos ponderados são, portanto, aqueles em que temos grande confiança, porque já edificados por meio de convicções refletidas com condições favoráveis ao exercício das faculdades da razão e do senso de justiça.

Neste ponto do trabalho ver-se-á, de modo resumido, mais um elemento que é considerado enquanto é desenvolvido o processo metodológico do equilíbrio reflexivo e que foi amplamente exposto em todo o desenvolvimento desta pesquisa, que são as *crenças fatuais* ou *científicas*, podendo ser morais ou não morais, as quais são fruto de experiências, estudos, pesquisas, da tradição, da educação, da cultura, podendo ser baseadas também em questões ideológicas, políticas e até religiosas.

Estas crenças são ponderadas durante o procedimento metodológico do equilíbrio reflexivo para que sejam ajustadas constantemente até que haja o encontro de uma coerência entre elas e depois entre estas e os princípios morais, o que propicia um melhor estado para que

uma decisão possa ser prolatada. Este estado pode ser ampliado quando a coerência é buscada com outros elementos componentes do método, como no caso desta aplicação do método na área jurídica, com elementos outros como os princípios constitucionais, os precedentes judiciais ou os mecanismos internacionais de direitos.

O próximo elemento a ser exposto, de modo sucinto, neste tópico é o dos *Princípios de Justiça* da Teoria de Rawls²⁹.

Os princípios da justiça de John Rawls são resultado de um procedimento complexo de construção que se desenvolve na posição original em condições razoáveis por pessoas racionais, ou seus representantes, sendo que são adotados para regular a estrutura básica da sociedade, portanto, os julgamentos da sociedade a serem realizados com base nestes princípios também serão razoáveis, sobretudo porque a escolha dos princípios recai em um padrão que determina direitos e liberdades básicos e sejam apropriados para a estrutura básica com suas desigualdades econômicas e sociais nas perspectivas de vida dos cidadãos, bem como que devem ser apropriados para uma sociedade democrática composta por cidadãos livres e iguais e devem destinar-se, também, para suas instituições. Os dois princípios da Teoria, estipulados em ordem lexical, são:

Primeiro princípio: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.

Segundo princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade (princípio da diferença) (RAWLS, 2011, XLVI, 5-6).

De acordo com o que já foi tratado, é possível observar a posição original particionada em dois momentos, sendo o primeiro o processo de escolha dos princípios, devendo estes estar em compasso entre juízos ponderados e as crenças gerais e, o segundo, quando é possível verificar se os princípios são estáveis a ponto de eficientemente regularem a sociedade espontaneamente sem que seja preciso revisão ou o cumprimento impositivo de suas exigências. Neste sentido aponta Denis Coitinho: *se os princípios são coerentes com os juízos ponderados e com as crenças gerais que estão na teoria moral e possibilitam a estabilidade social, então eles estão justificados* (COITINHO, 2014a, p. 13).

²⁹ Os Princípios de Justiça da Teoria de John Rawls foram tratados de modo amplo no Capítulo 2, item 2.4, deste trabalho.

Rawls deixa claro que os dois princípios de justiça devem obedecer uma ordem lexical, porque entende que um princípio do tipo do primeiro, que trata dos direitos e das liberdades fundamentais, denominado de *igual liberdade (equal liberty principle)* precede o segundo que trata da satisfação e das necessidades básicas dos cidadãos.

O primeiro princípio é ligado aos interesses de natureza fundamental básica, inclusive do poder do povo em constituir a forma de governo, o que é um poder superior. Já o segundo deve ser aplicado no contexto das instituições de fundo, as quais devem satisfazer as exigências relacionadas ao primeiro princípio.

Da mesma forma há um sistema de precedência dentro do segundo princípio, o qual é dividido em dois elementos, sendo que o primeiro, que é denominado *princípio da igualdade equitativa de oportunidades (fair equality of opportunities)*³⁰, tem prioridade sobre a segunda parte, qual seja, o *princípio da diferença (difference principle)*. A prioridade definida por Rawls se traduz em um dos ideais de sua Teoria, que é a primazia do justo sobre o bem.

Para aclarar ainda mais a distinção que existe entre os princípios Rawls defende que o primeiro *abarca os elementos constitucionais essenciais e o segundo princípio exige igualdade equitativa de oportunidades e que as desigualdades sociais e econômicas sejam governadas pelo princípio da diferença*. Para Rawls os dois princípios expressam valores políticos que se aplicam à estrutura básica da sociedade, sendo que esta possui duas funções coordenadas e o primeiro princípio é aplicado nesta primeira função que *determina e garante as liberdades básicas iguais dos cidadãos, dentre as quais o valor equitativo das liberdades políticas, e estabelece um regime constitucional justo*. O segundo princípio é aplicado à outra função da estrutura básica, que é de *prover as instituições de fundo da justiça social e econômica na forma mais apropriada a cidadãos considerados livres e iguais* (RAWLS, 2003, p. 66-67).

O segundo princípio tem como fundamento a garantia da justiça distributiva de benefícios econômicos e sociais, devendo, contudo, observar que a ordem social deve ter como escopo a mitigação das desigualdades existentes, justificando apenas a elevação de condições de uns, caso isso possa trazer vantagens aos menos privilegiados nesta distribuição.

Ainda sobre o segundo princípio, em relação à questão da justiça social, em caso de incerteza quanto à distribuição diante de um resultado insatisfatório, a alternativa que Rawls apresenta como solução é a regra de *maximin*, que estabelece que a opção a ser classificada é a

³⁰ Igualdade equitativa de oportunidades, segundo Rawls, exige que não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles. É uma igualdade liberal (RAWLS, 2003, p. 61-62).

que seja considerada dentre os piores resultados possíveis, o que seja superior aos piores resultados das outras possibilidades (RAWLS, 2011, p. 165).

Outro elemento a compor este equilíbrio reflexivo para uso pelo juiz de direito são os *precedentes*. Os precedentes³¹ são decisões que os tribunais superiores tomam sobre diversas matérias, fixando temas, estabelecendo a forma do entendimento sobre as matérias e determinando que aqueles assuntos devem ser obedecidos por todos os magistrados do país de acordo com os precedentes.

Em 2015 passa a vigorar no Brasil o novo Código de Processo Civil e, em seus artigos 926, 927 e 928, trata da uniformização da jurisprudência brasileira com vistas a matê-la estável, íntegra e coerente, fomentando a publicação, pelos tribunais, de enunciados e súmulas para uso como precedentes judiciais pelos juízes brasileiros.

O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu em seu site que *os precedentes são decisões judiciais que, baseadas em casos concretos, servem de parâmetro para julgamentos posteriores de casos semelhantes*³².

Um sistema que adota os precedentes tem por premissa imprimir celeridade e dar efetividade na resolução dos processos judiciais, assim como objetiva elevar a segurança jurídica, com previsibilidade nas decisões judiciais e, conseqüentemente, conceder um tratamento igualitário entre as partes envolvidas nos casos submetidos ao crivo do Poder Judiciário e busca, também, pela coerência entre as decisões judiciais.

O próximo elemento a ser esplanado é o dos *princípios constitucionais*, sendo que estes asseguram os valores fundamentais de um ordenamento jurídico, bem como funcionam como normas matrizes aptas a indicarem critérios interpretativos e integrativos, porque condensam valores explícitos ou implícitos que orientam a aplicação do direito ocasionando coerência em um sistema jurídico.

Os princípios constitucionais estão conectados à ideia de fundamento, de base, e são como diretrizes para a atividade interpretativa do operador do Direito, servindo como norte de escolha da melhor opção de interpretação, porque são eficazes como limitadores da vontade subjetiva do intérprete.

Para José Sérgio da Silva Cristóvam,

³¹ Este trabalho não tem como propósito realizar incursões terminológicas ou conceituais aprofundadas acerca de conceitos jurídicos, mas apenas lançar mão de um instituto jurídico, amplamente conhecido na área do Direito, como elemento a ser acoplado nesta adaptação do método rawlsiano do equilíbrio reflexivo.

³² Conceito retirado de matéria publicada no site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, datada de 01 de março de 2001. O título da matéria é *Sistema de precedentes é avanço para Judiciário*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-de-precedentes-e-avanco-para-judiciario/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional e que podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente (CRISTÓVAM, 2008, p. 69).

Na Constituição da República Federativa do Brasil os princípios constitucionais fundamentais estão contidos nos artigos 1º ao 4º da Carta Magna³³, dentre os quais alguns serão utilizados como um dos elementos a nortear a produção decisória, de acordo com o modelo proposto neste trabalho de pesquisa.

O derradeiro elemento a ser tratado é o dos *institutos internacionais*, os quais já foram de algum modo utilizados por juízes brasileiros durante interpretações para produção decisória, todavia, de maneira absolutamente tímida.

A utilização destes institutos, a exemplo dos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, seria mais uma forma de analisar a legislação doméstica e verificar se esta pode estar em descompasso com regras rígidas de proteção de direitos.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli³⁴,

A Constituição Federal (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Para o autor, agora também são paradigmas de controle da produção normativa doméstica e de sua aplicação os tratados internacionais de direitos humanos (controle difuso

³³ CF/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:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

³⁴ Neste trabalho não se pretende desenvolver a tese formulada por Valerio de Oliveira Mazzuoli sobre o controle de convencionalidade das leis, meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tratados internacionais, e nem mesmo sobre a hierarquia de tratados ou outros instrumentos internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

O professor Mazzuoli entende que com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Brasil passou a contar com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais – o controle de convencionalidade das leis, de maneira que a Constituição Federal deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito brasileiro, porque passam a ser também paradigmas de controle da produção normativa interna do país e de sua aplicação, os tratados internacionais de direitos humanos e os instrumentos internacionais comuns.

e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de suprallegalidade), no que se pode dizer existir (doravante) uma nova pirâmide formal do direito entre nós.

Os tratados, uma vez ratificados pelos entes acordantes, devem ser observados, porque regidos pelo Direito Internacional. Após a ratificação dos tratados pelos Estados, que ocorre após a apreciação do texto pelo Poder Legislativo, estes devem ser obedecidos de forma obrigatória, tanto pelo Estado e seus representantes quanto pelos seus cidadãos. *Superado este processo incorporativo, os tratados passam a ser tão importantes quanto aos demais componentes do tecido legislativo do país que o incorporou ao seu ordenamento jurídico* (SILVA FILHO, 2021, p. 87).

4.3.2 A ATUAÇÃO DE JUÍZES

Os juízes são indivíduos que ocupam uma função tão relevante que a sociedade espera que eles devam ser dotados de capacidade para o exercício de virtudes jurídicas como a prudência, a imparcialidade e coerência. Deles se espera um trabalho capaz de fazer emergir a igualdade substantiva das pessoas, bem como devem agir com sensibilidade moral e devem ter caráter intelectual elevado, para que possam entregar a melhor prestação jurisdicional. Para Rawls,

Os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode julgar em causa própria. Os julgamentos devem ser justos e abertos, mas não ser influenciados pelo clamor público. Os princípios da justiça natural devem assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida (RAWLS, 2002a, p. 262).

O raciocínio jurídico deve ser realizado de modo consciente, sem pressa e sob controle, com desejo de que o resultado decisório se traduza em segurança jurídica, que seja coerente, simétrico e justo, porquanto fundamentado no uso da razão e de um senso de justiça.

Deve ser levado em conta que o juiz é uma pessoa, um indivíduo, que pode decidir de modo imprevisível ou inconsciente, ainda que seja alguém preparado. Os seres humanos são suscetíveis a certos tipos de raciocínio incorreto (WALDEN, 2013, p. 252-253). Influências exógenas no pensamento do julgador, como o conhecimento inato do indivíduo, seus preconceitos, suas crenças abrangentes, suas emoções ou suas intuições morais podem afetar a cognição e o raciocínio jurídico, tornando possíveis as fragilizações nos processos decisórios.

Ao seguir de pronto estas “intuições” que surgem como um flash na mente de quem se depara com uma situação fática que precisa ser dirimida, é possível que haja um direcionamento rápido e automático, mas equivocado em benefício de quaisquer das partes envolvidas.

O juiz tem a obrigação de encontrar o melhor direito a assistir à parte, de modo que este é o papel indicado neste trabalho para o método de John Rawls, por ser capaz de fazer uma pessoa modificar seu ponto de vista, voltar atrás, de repensar uma orientação decisória, porque observando os elementos do método pode realizar ajustes capazes de alcançar uma decisão mais adequada a um caso concreto, sendo, pois, o equilíbrio reflexivo um método a auxiliar o raciocínio jurídico.

4.3.2.1 A INJUSTIÇA EPISTÊMICA E O RACIOCÍNIO DO JUIZ

Os influxos exógenos que podem obinubilar o raciocínio do juiz como o conhecimento inato do indivíduo, seus preconceitos, suas crenças abrangentes, suas emoções ou suas intuições morais, culminam em resultados equivocados e mentalmente dirigidos que ocasionam o que é chamado de injustiça epistêmica.

Em seu recente artigo Denis Coitinho, juntamente com João Victor Rosauro, afirmam que a injustiça epistêmica é

(...) a injustiça que decorre do preconceito contra o testemunho de certos agentes em razão de estereótipos arbitrários, tais como os estereótipos de gênero contra as mulheres, estereótipos de classe contra pobres e estereótipos de raça/etnia contra negros etc (COITINHO; ROSAURO, 2022b, p.133).

Não obstante a necessidade de a justiça ser prestada de modo imparcial e que todos os cidadãos sejam tratados como iguais perante a lei, alguns aspectos discriminatórios como preconceitos identitários influenciam o pensamento do tomador de decisão, originando um déficit de credibilidade no que o indivíduo diz ao julgador.

Há uma descredibilização da declaração, seja de uma vítima, uma parte processual ou de uma testemunha, por parte do ouvinte, porque este tem consigo algo que o vincula a um certo véu que o impede de enxergar o outro de modo igual a um semelhante seu, de modo que o que aquele diz perde o valor de verdade e carece de confiança.

Exemplos de casos de injustiça epistêmica são inúmeros. Há caso de estupro em que o valor da palavra da vítima mulher é relativizado porque sua vestimenta era inadequada. Por outro lado o estuprador era um pai de família, um trabalhador, frequentador de igreja. Há uma situação de total inversão de valores, pois o crime foi praticado contra uma mulher que foi constrangida a praticar ato de conjunção carnal por meio de violência. Outras situações devem ser valoradas apenas para aferir a quantidade de pena a ser aplicada ao criminoso.

Outro exemplo que pode ser levado em consideração como uma injustiça epistêmica é um furto praticado por uma empregada doméstica, a suposta criminosa. A vítima,

uma dona de casa, que frequenta igreja, é mãe e trabalha, ou seja, não estaria mentindo, sendo sua condição de patroa superior ao da empregada.

Palavras de pessoas de cor preta não raras vezes possuem menos valor que a de brancos, sobretudo quando o julgador é adepto de jargão popular de que “todo negro mente”.

A perda do valor de verdade não ocorre apenas nos exemplos acima, mas são de diversas possibilidades, como quando o depoimento é prestado por indivíduos tatuados, pessoas dos grupos LGBTQI+³⁵, membros de religiões afro, por pessoas que já foram condenadas pela justiça.

Ao juiz de direito existe o dever de dar tratamento equânime para todos que fazem parte do cenário processual, cabendo-lhe prestar a jurisdição de forma justa, com coerência, devendo elaborar sua decisão raciocinando de modo isento, distanciando-se de atos preconceituosos, discriminatórios e marginalizados, sobretudo quando associados a uma identidade visual ou de um grupo de indivíduos.

4.3.3 EXEMPLOS DE DECISÕES CONFLITANTES EM CASOS SEMELHANTES

No decorrer deste trabalho é revelada uma preocupação com um problema em julgamentos realizados por juízes em casos semelhantes ou até mesmo idênticos, todavia com avaliações que culminam em uma variabilidade de decisões, o que fere de morte o preceito fundamental da atividade judicante que é a entrega de uma prestação jurisdicional isenta e imparcial, porque o intérprete da lei, a qual possui um caráter sempre universal, como disse Aristóteles em 350 a.C., deve proporcionar julgamentos equitativos, justos (ARISTÓTELES, 2015, p. 149).

4.3.3.1 CASOS DOS REMÉDIOS DE ALTO CUSTO³⁶

³⁵ Para entender a sigla LGBTQI+, com base nas definições da Aliança Nacional LGBTI, é importante saber que parte dela, as letras LGB, refere-se à orientação sexual da pessoa, ou seja, as formas de se relacionar afetiva e/ou sexualmente com outras pessoas, e outra parte, TQI+, diz respeito a identidade de gênero, ou seja, como a pessoa se identifica, e vai além do gênero feminino ou masculino. Disponível em: <<https://www.to.gov.br/cidadaniajustica/noticias/orgulho-lgbtqi-conheca-o-significado-de-cada-letra-e-a-luta-por-respeito-a-diversidade/59vopeq232vv>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

³⁶ Mantendo a postura acima, de acordo com o entendimento em relação aos exemplos anteriores, ambos os casos citados neste tópico são públicos e podem ser consultados no site do Poder Judiciário de Mato Grosso, todavia, por questão de opção ética do autor deste trabalho, opta-se por citar apenas as iniciais dos nomes das partes, mas ficam aqui registrados os números dos processos no PJe – Processo Judicial Eletrônico, os quais podem ser acessados por meio do site www.tjmt.jus.br. Respectivamente os processos levam os números 1006246-40.2022.8.11.0002 e 1021372-04.2020.8.11.0002.

O direito à vida e à saúde deve ser resguardado pelos entes públicos, pois se trata de garantia constitucional fundamental prevista no artigo 196, da Constituição Federal, todavia, o que se constata é a ineficiência do órgão estatal competente em relação ao atendimento destes preceitos constitucionais. Não são todos os cidadãos que possuem acesso a um sistema de saúde de qualidade, embora todos sejam portadores deste direito. Sobre este assunto já asseverou o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça:

A saúde se constitui em garantia fundamental assegurada a todos os cidadãos, indissociável do direito à vida, cabendo ao poder público fornecer, gratuitamente, atendimento, exames, cirurgias e medicamentos necessários ao tratamento de todos os cidadãos, sob pena de ofensa aos arts. 6 e 196, da Constituição Federal, art. 153 da Constituição Estadual e Lei n. 8080/90. (RMS 029723, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 5.10.2010).

Diante deste quadro de inoperância estatal, ocorre o que hoje se denomina de judicialização da saúde, que se traduz em uma infinidade de ações judiciais propostas ao Poder Judiciário em que indivíduos buscam de maneira amplíssima uma diversidade de reclames como o fornecimento de medicamentos, internação, cirurgia, vaga em UTI, dentre outros direitos.

O recorte deste trabalho irá observar apenas ações que envolvam o fornecimento fármacos de alto custo e decisões discrepantes prolatadas pelos tomadores de decisão, ainda que haja a Constituição, a legislação infraconstitucional e orientações por parte do Superior Tribunal de Justiça que determinou alguns requisitos a serem seguidos em casos como estes.

Julgadores se deparam com uma situação de dúvida cruel, pois de um lado há o Estado e suas políticas públicas que envolvem a questão da saúde e também o dever de controlar o orçamento público, e, de outro, um indivíduo hipossuficiente e que o Estado não lhe assiste, sendo que sua situação pode lhe proporcionar uma vida dura, com uma série de incapacidades ou até mesmo haver uma antecipação de sua morte, mas mesmo assim o julgador deve se posicionar. Possivelmente é diante deste dilema decisório que o juiz relega a um segundo plano seus argumentos racionais e se entrega a argumentos emocionais.

Muitos casos idênticos possuem decisões diferentes. Ocorre que não se pode descartar a situação de cada indivíduo, sobretudo porque a dor humana, seja ela de natureza física ou mental, é sempre subjetiva e íntima, de maneira que cada paciente, e somente ele, pode aferir a extensão de sua dor, a que medida ela o aflige, e como seu organismo é afetado, ou seja, a plenitude desta percepção é absolutamente pessoal. Maria Margarida Carvalho diz sobre a dor:

A dor é sempre subjetiva e cada indivíduo aprende a utilizar esse termo através de suas experiências traumáticas. (...) Pode-se afirmar que toda dor tem

componentes psicológicos e estes são importantes em todos os tipos (aguda, crônica e recorrente) e todos os estágios da dor (CARVALHO, 2009).

Exatamente por este fato da pessoalidade da dor é que não se pode criticar qualquer indivíduo que seja e que busca a tutela estatal pelo seu problema, porque somente ele pode saber o quanto é importante zelar de si. Também por este motivo é que as decisões precisam ser melhor analisadas, menos padronizadas, devendo ser mais técnicas e menos emotivas, visando o máximo possível a equidade de tratamentos entre os cidadãos.

Para este tipo de ação há, também, dois exemplos, os quais seguem abaixo.

O primeiro caso foi decidido na Comarca de Várzea Grande (MT) e a parte autora, a senhora C. M. B., postulou o medicamento FAMPRIDINA (FAMPYRA) 10mg, em razão de ser portadora de esclerose múltipla, o que ocasiona surtos intensos e dores terríveis por todo o corpo, vinte e quatro horas por dia, causados pela doença.

Após analisar o caso concreto, a magistrada entendeu, na ocasião do julgamento liminar, que era caso de atendimento do pleito e deferiu o fornecimento da medicação de valor elevado.

O segundo caso ocorreu na Comarca de Tangará da Serra (MT) e a parte autora, a senhora S. M. P. R., postulou os medicamentos magnésio dimalato 500mg, omegafor, pregabalina 75mg, complexo vitamínico manipulado coenzima q 10: 100mg vitamina b6; 50 mg + zinco 5mg + vitamina b2; 50mg, colina; 120mg + metiltetrahidrofolato 200 mcg+ pantotenato de calcio 20mg + picolinato de cromo 150 mg + selênio 50mcg), morfina 30 mg, em razão de ser portadora de esclerose múltipla, doença CID 10 G35, desmieliezante³⁷ que afeta o sistema nervoso central.

Com o relato fático e a apresentação do quadro clínico, o juiz entendeu, na ocasião do julgamento liminar, que não era caso de atendimento do pleito e indeferiu o fornecimento da medicação de valor elevado.

4.3.3.2 CASOS DE LATROCÍNIO³⁸

³⁷ Uma doença desmielinizante é qualquer doença no cérebro ou na medula na qual ocorra uma alteração do tipo inflamação na bainha de mielina dos nervos – daí o termo desmielinização. Esta inflamação da mielina pode ser secundária a outra causa (por exemplo, uma vacina ou uma infecção), ou primariamente auto-imune, e prejudica a condução de sinais nos nervos afetados, causando sintomas na sensação, nos movimentos, cognição e outras funções, dependendo dos nervos ou áreas envolvidas (MIRANDA, 2021).

³⁸ Ambos os casos citados nestes exemplos são públicos e podem ser consultados no site do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, todavia, por questão de opção ética do autor deste trabalho, opta-se por citar apenas as iniciais dos nomes dos réus, mas ficam aqui registrados os números dos processos no PJe – Processo Judicial Eletrônico, os quais podem ser acessados por meio do site www.tjmt.jus.br. Respectivamente os processos levam os números 1000271-34.2022.8.11.0100 e 1004103-70.2022.8.11.0037.

Casos iguais com julgamentos distintos não é o que a sociedade almeja, pois há que levar em conta o tratamento igualitário entre os cidadãos, a necessidade de segurança jurídica, de coerência entre as decisões de uma instituição como é o Poder Judiciário.

Exemplo de casos como os que chamam a atenção pela semelhança fática, igualdade em produção probatória, porém com disparidade em seu desiderato, sobretudo no que pertine à decisão meritória são duas sentenças paradigmas trazidas para este estudo sobre crimes de latrocínio³⁹.

O primeiro caso trata-se de uma sentença prolatada por um juiz de direito da comarca de Brasnorte no estado de Mato Grosso (MT), recentemente no ano de 2022, em desfavor de J. E. M., um indivíduo com 21 anos de idade.

Os fatos dizem respeito a este indivíduo condenado que atuou juntamente com outras pessoas na dinâmica delitiva, ou seja, em concurso de pessoas, e os objetos subtraídos são apetrechos de pescaria, um motor de popa para barcos e uma televisão.

Para o sucesso da empreitada criminosa o réu teria desferido vários golpes de faca no peito da vítima, o que foi causa suficiente para causar-lhe a morte.

O réu foi condenado pelo magistrado a uma pena definitiva de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O segundo caso, também um latrocínio, trata-se de uma sentença prolatada por um juiz de direito da comarca de Primavera do Leste no estado de Mato Grosso (MT), também no ano de 2022, em desfavor de W. G. da S., um indivíduo com 39 anos de idade.

De modo muito semelhante ao caso anterior, os fatos dizem respeito a este indivíduo condenado que atuou em comunhão de esforços com outra pessoa na dinâmica delitiva, ou seja, em concurso de pessoas, e o objeto subtraído era um veículo Ecosport.

Também como no primeiro caso, para o sucesso da empreitada criminosa o réu teria desferido vários golpes de faca no peito da vítima, o que foi causa suficiente para causar-lhe a morte.

O réu foi condenado pelo magistrado a uma pena definitiva de 43 (quarenta e três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa.

4.3.3.3 OCORRÊNCIAS DE DECISÕES CONFLITANTES EM OUTROS PAÍSES

³⁹ Latrocínio. *Direito Penal*. Crime duplo consistente em cometer homicídio ou lesão corporal grave com o objetivo de roubar coisa móvel alheia (DINIZ, 1998, v. 3, p. 65).

Ver-se-á, a partir de agora, que o problema que ensejou a presente pesquisa não se trata apenas de uma constatação entre decisões prolatadas por juízes brasileiros. Os autores do best-seller *Ruído* – Kahneman, Siboni e Sunstein, trazem profundas observações acerca do julgamento humano, sendo que logo no primeiro capítulo desta consagrada obra eles abordam as decisões judiciais norte-americanas e francesas, indicando severas discrepâncias conclusivas em casos semelhantes.

Percebe-se, portanto, que a inquietude que norteou esta pesquisa de doutoramento não é apenas paroquial, mas há outros indivíduos pelo mundo que já alertaram para o problema, inclusive com propostas para mitigação do que referidos autores indicam como sendo erros decisórios. Para facilitar a compreensão do que é um erro, os autores trazem a ilustração de uma disputa de tiro ao alvo e indicam que o erro pode ocorrer por meio de um *viés* ou de um *ruído*, assinalando que o tema da obra é *o erro humano. Viés e ruído – desvio sistemático e dispersão aleatória – são componentes diferentes do erro. São dois tipos de erro. Alguns julgamentos são enviesados: erram sistematicamente o alvo. Outros são ruidosos, quando pessoas que deveriam estar de acordo terminam em pontos muito diferentes ao redor do centro* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 10).

Os autores asseveram que *não precisamos saber quem está com a razão para medir o grau de variabilidade dos julgamentos em um mesmo caso* (Kahneman; Siboni; Sunstein, 2021, p. 11), exatamente porque o que se pretende é a coerência decisória, uma aproximação de entendimentos, para que a justiça seja feita. Não somente em pesquisas fictícias, mas *em decisões no mundo real, a quantidade de ruído com frequência é escandalosamente alta* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 12).

O problema que está a ser observado no presente estudo, que trata das discordâncias decisórias em casos análogos, é o que os autores da obra aqui referida assinalam como sendo um *ruído*, até porque verificaram *decisões judiciais criminais e chegaram à conclusão que são chocantemente ruidosas* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 13).

Pelas pesquisas realizadas pelos autores, estes se reportam às disparidades constatadas que a conclusão de um caso levava muito em conta fatores exógenos ao raciocínio jurídico, muito distante do ordenamento jurídico, como se os julgadores tivessem *poderes quase completamente indiscriminados e ilimitados* concluindo de modo a se consubstanciar em verdadeiras *crueldades arbitrárias perpetradas diariamente*. Aqui citam exemplos:

Dois homens, ambos sem ficha criminal, tinham sido condenados por descontar cheques falsificados no valor de 58,40 e 35,20 dólares, respectivamente. O primeiro pegara quinze anos de prisão; o segundo, trinta dias. Em processos parecidos por desvio de dinheiro, um réu tinha sido sentenciado a 117 dias de prisão, enquanto outro, a vinte anos.

E a determinação desse número, logo percebi, dependia menos do caso ou do réu individual e mais do juiz individual, isto é, das opiniões, preferências e inclinações dele. Assim, um mesmo réu em um mesmo processo podia receber sentenças amplamente diferentes, dependendo de qual juiz pegasse o caso, (...) mostrando disparidades injustificadas no tratamento de indivíduos similares (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 20).

No livro há um relato que em 1973 o famoso juiz Marvin Frankel, dos Estados Unidos, percebendo a evidência alarmante destas discrepâncias, realizou inúmeras pesquisas com juízes reais e chegou a defender a ideia de utilização de um checklist de fatores que pudessem reduzir as disparidades decisórias. Defendeu, ainda, o uso de computadores como auxílio a um pensamento metódico em sentenças judiciais.

Ainda em suas pesquisas, em um grupo de cinquenta juízes, obteve resultados que indicaram que a ausência de consenso era a norma entre eles e que as variações nas penas eram espantosas. Um traficante de heroína podia pegar de um a dez anos, dependendo do juiz. As penas por roubo a banco iam de cinco a dezoito anos de prisão. Em um caso de extorsão, nesse estudo, as sentenças variavam de vinte longos anos de prisão e 65 mil dólares de multa a meros três anos e nenhuma multa. Em um caso envolvendo roubo em domicílio, em outro exemplo, as sentenças iam de cinco anos a meros trinta dias de prisão (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 21-22).

Outros exemplos vieram à tona e na pesquisa de Frankel descobriu-se que os juízes tinham maior inclemência dependente da hora do dia ou de sua saciedade, tanto que *apresentavam maior tendência a conceder redução de sentença no começo do dia ou após uma pausa para o lanche do que imediatamente antes dessa pausa*. Outro estudo realizado envolvendo milhares de *tribunais de menores* constatou que *os juízes tomavam decisões mais austeras na segunda-feira (e mais brandas ao longo da semana) quando seu time do coração fora derrotado no fim de semana*. Para piorar a constatação percebeu-se que quando os réus eram negros havia *um impacto desproporcional desse aumento de austeridade* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 22).

A obra reporta a uma pesquisa realizada na França e neste país europeu realizou-se *um estudo de 6 milhões de decisões judiciais conduzido durante doze anos que revelou que os réus recebem tratamento mais leniente em seu aniversário*. Em outra constatação, *uma revisão de 207 mil decisões judiciais de imigração ao longo de quatro anos mostrou um efeito significativo das variações diárias de temperatura quando faz muito calor, as chances de obter asilo são menores* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 22-23).

Do que se observa pelo retrato descrito no livro em diversas pesquisas é que há variações inexplicáveis nas decisões judiciais causadas, ao que parece, por motivações

irrelevantes como a fome, o clima, um jogo ou a cor de pele das partes, o que logicamente é inaceitável, porque resta claro que dois indivíduos similares, quando condenados por uma mesma infração, devam receber decisões iguais, mas jamais *cinco anos de prisão para um e liberdade condicional para outro*, conforme citação de um caso na obra com a indicação de que situações assim revelam *como o ruído pode gerar grande injustiça*. Para os autores:

A resposta não deveria depender do juiz específico a quem o caso foi designado, do clima no dia do julgamento ou da vitória de um time de futebol no dia anterior. Seria um ultraje três pessoas similares, condenadas por um mesmo crime, receberem penas drasticamente diferentes: condicional para uma, dois anos de prisão para outra, dez anos para a terceira (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 17 e 19).

Os estudos de Frankel deram resultado e em 1975 foi proposta uma lei para *combater a variabilidade injustificada*, tendo sido aprovada a Lei de Reforma das Sentenças somente em 1984, quando foi criada a Comissão de Sentenças dos Estados Unidos.

Com isso foram produzidas *diretrizes* obrigatórias que estabeleciam um alcance restrito para as sentenças criminais, todavia, não obstante de observância obrigatória, não eram totalmente rígidas. A limitação exigida era a consideração do crime e da ficha criminal do réu. Com base nesta ficha, a nova decisão considerava as sentenças anteriores e a atual deveria ter *um extremo superior podendo exceder o inferior no que for maior entre seis meses ou 25%*. As diretrizes eram uma maneira de lidar com esse problema inerente à discrepância deliberativa. Estudos revelaram a mesma conclusão: *as diretrizes diminuem o ruído*. Não obstante estas constatações, as diretrizes tiveram severas críticas e em 2005 a Suprema Corte as anulou. Após esta anulação a professora Crystal Yang, da Universidade de Harvard, realizou estudos e descobriu que, *por múltiplas medições, as disparidades entre juízes aumentaram de maneira significativa após 2005* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 24-25).

Estas incoerências ou discordâncias entre decisões é o que os autores nominaram de ruído de um sistema, ou seja, a *variabilidade indesejada em julgamentos que deveriam, em termos ideais, ser idênticos, gera injustiça generalizada, altos custos econômicos e erros de muitos tipos* (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 26).

Para mitigar o problema do tratamento desigual de infratores similares condenados por crimes similares, os autores apontaram alternativas que foram criadas ao longo do tempo, como a técnica de redução de ruído denominada *higiene da decisão*, quando um checklist era utilizado pelo tomador da decisão. Outro método era denominado *auditoria do ruído*, que era utilizado para mensurar o nível de discordância entre profissionais de uma mesma instituição, quando eram analisados casos idênticos (KAHNEMAN; SIBONI; SUNSTEIN, 2021, p. 14).

A ideia nesta tese de doutoramento é apresentar o método do equilíbrio reflexivo de John Rawls como um elemento facultativo, um teste, uma auditoria, uma orientação para que juízes possam utilizá-lo durante a produção decisória ou após o período do raciocínio jurídico, com o objetivo de reduzir discrepâncias decisórias em casos análogos, o que certamente pode culminar com maior coerência entre as decisões e elevar a segurança jurídica.

No tópico seguinte os quatro exemplos de casos julgados pelo Poder Judiciário e referidos nos itens precedentes 4.3.3.1 e 4.3.3.2 serão objeto de análise decisória com o uso do método do equilíbrio reflexivo, quando será observado se as decisões seriam as mesmas nos respectivos processos ou se haveria uma aproximação de entendimentos dos diversos julgadores, o que poderia estabelecer a ideia de coerência decisória quando envolvidos casos semelhantes, porém julgados por juízes distintos.

4.3.3.4 USO EFETIVO DO EQUILÍBRIO REFLEXIVO NA DECISÃO JUDICIAL

O uso efetivo do método do equilíbrio reflexivo do filósofo John Rawls em outras áreas do conhecimento, ainda que de modo adaptado, foi exemplificado neste trabalho de pesquisa e demonstrada a contribuição deste modelo de reflexão no encaminhamento de tomada de decisões.

Cabe agora demonstrar que este método pode servir como ferramenta metodológica para contribuir com o magistrado durante a elaboração de uma decisão ou para que sirva de teste para averiguar se esta está sendo elaborada seguindo processos de reflexão que a torne a mais justa possível e mais coerente com a produção judicial como um todo, mitigando discrepâncias, elevando a segurança jurídica.

No final do tópico anterior ficou assentado quais decisões judiciais serviriam de paradigma para esta testagem do método, todavia, reputa-se conveniente rememorar, de modo sucinto, o mecanismo do equilíbrio reflexivo.

Após detida análise do método rawlsiano, verifica-se que o modelo a ser utilizado pelo julgador e que efetivamente pode contribuir para elevação da coerência decisória é o equilíbrio reflexivo amplo. Será este o modelo a ser demonstrado como elemento justificador de decisões judiciais e que poderá vir a ser um contributo para o Poder Judiciário brasileiro, na medida que caso haja interesse de algum magistrado lançar mão deste método no modo proposto neste trabalho, haverá chance de produção elevada de decisões em simetria de resultados.

No equilíbrio reflexivo estreito – ERE o procedimento é iniciado com os juízos sobre a justiça, os quais o indivíduo possui convicção de que são corretos e estão prontos a serem aplicados a um determinado caso, são os juízos ponderados. Neste momento inicial há também um conjunto de princípios que servem para explicar o porquê dos juízos, conferindo-lhes validade. O exemplo aqui pode ser expresso pelo fato de um indivíduo ser convicto de que a intolerância religiosa ou a discriminação racial serem posturas injustas. O comportamento em qualquer um destes sentidos são imediatamente manifestados, porque não há dúvida ou distorção quanto a isso. Os princípios de justiça de Rawls da igual liberdade, da igualdade equitativa de oportunidades ou o princípio da diferença bem explicam estas convicções, revelando o senso de justiça do indivíduo.

Caso algum destes princípios não estivesse em harmonia com o juízo ponderado, haveria necessidade de revisão, devendo haver um recuo para uma nova análise com um novo resultado decisório, agora com coerência entre o juízo ponderado e um princípio. Esta revisão deve ocorrer sempre que houver distorção entre ambos. Todos os elementos devem ser sujeitos à revisão constante, porque devem ser vistos como pontos fixos iniciais, porém provisórios. Isto deve ocorrer porque pessoas pensam diferente e o outro pode estar mais perto da decisão ideal, sendo que a predisposição do julgador em sempre revisar suas crenças o torna uma pessoa adequada a tomar decisões, sobretudo quando ocupa a função de juiz de direito, a quem a sociedade deposita a confiança para decidir situações importantes de suas vidas.

No estado em que se estabelece o processo de raciocínio acerca de determinada causa, é necessário o encontro de uma solução, entretanto caso haja a descoberta de divergências entre nossos juízos ponderados e a tensão com determinada norma ou princípio, deve ser feita uma revisão. Neste caso deve ser buscada uma nova tentativa, um novo teste, com o descarte do que antes não estava coerente. Deve o tomador de decisão recuar, buscar algo diferente e, então, avançar novamente em busca do equilíbrio.

A razão pela qual o equilíbrio deve ser buscado não é porque há uma possibilidade decisória já encontrada com uma base legal, mas é que se houver mais um teste ver-se-á que há indivíduos julgadores que pensam diferente em relação à mesma situação, de modo que deve ser buscada uma tentativa de solucionar essas diferenças, porque é possível que o outro usou convicções mais fortes sobre a questão e que pode ser mais justa que a anterior.

Quando houver correspondência do juízo ponderado com o princípio, haverá a harmonização entre ambos e o equilíbrio é encontrado.

Se com os avanços e recuos a coerência não for perfeita, harmoniosa, Rawls então aponta para uma solução, quando afirma que *talvez o máximo que se possa fazer seja reduzir o leque de discordâncias* (RAWLS, 1993, p. 8).

Casos comuns do cotidiano judicial podem ser decididos por meio do equilíbrio reflexivo estreito, até mesmo sem que o julgador esteja consciente disso, porque a busca por uma decisão exige um menor número de revisões entre os juízos ponderados e a norma, para que o julgador a tenha como algo consistente e justo.

Em suma, o ERE acontece em três estágios, quais sejam, primeiramente o julgador identifica os juízos que possui acerca do caso e que parecem estar corretos, formando um conjunto com eles. Na segunda etapa busca organizar princípios que possam confirmar os juízos. No terceiro estágio verifica-se a ocorrência de coerência entre ambos, caso não satisfeita esta premissa, deve ser substituído o juízo ou o princípio para que se obtenha a coerência e se estabeleça o equilíbrio.

De maneira diferente do ERE, o equilíbrio reflexivo amplo – ERA, não busca a harmonia apenas entre juízos ponderados e princípios, mas objetiva a justificação dos próprios juízos e princípios, levando-se em consideração crenças e evidências de quaisquer possíveis teorias que se adequem à situação.

Daí resulta sua amplitude, porque a reflexão é abrangente, quando se examina com zelo concepções distintas de justiça e o peso da força dos argumentos em favor destas, filosóficos ou não, possibilitando mudanças de opinião a cada reflexão. Quando há o alinhamento entre os juízos ponderados, normas ou princípios e alguma teoria relacionada ao tema, o equilíbrio é amplo. Amplo porque abrangente e com possibilidade de mudanças de opinião, porque calcadas em elementos fortes de convicção e que não leva em consideração apenas os próprios juízos do julgador.

Esta é a principal diferença entre o ERE e o ERA, naquele o que se considera são as preferências do julgador, neste deve haver consideração de juízos em todos os níveis de generalidade, sustentando-os por meio de princípios e também com teorias filosóficas ou científicas, havendo ajustes contínuos de crenças, sendo que nenhum julgamento é imune à revisão e, quando houver um alinhamento coerente entre estes elementos, obtém-se o equilíbrio reflexivo amplo.

4.3.3.4.1 APLICABILIDADE DO MÉTODO NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Duas decisões reais serão objeto de análise prática com aplicabilidade do equilíbrio reflexivo em ambas, quando será possível verificar se as decisões são discrepantes em casos análogos ou que poderia haver uma simetria decisória para conferir mais segurança jurídica aos jurisdicionados por meio do exercício da judicatura.

Em linhas anteriores foram definidos os elementos do equilíbrio reflexivo nesta adaptação do método de Rawls, os quais são os *juízos ponderados* dos magistrados, os *princípios de justiça* de John Rawls, *princípios constitucionais*, *crenças fatuais* ou *científicas*, *precedentes judiciais* e *institutos de Direito Internacional*. Estes elementos podem ser utilizados pelo julgador para criar a coerência entre eles e se chegar à melhor decisão judicial, em um equilíbrio amplo.

Aqui serão vistos os mesmos exemplos citados no tópico 4.3.3.1. O que se pretende é demonstrar que casos de medicamentos de alto custo poderiam ter o mesmo desiderato, todavia não é o que acontece.

No tópico citado ficou assentado que a dor é uma experiência subjetiva e pessoal, que há estágios da dor, e somente o próprio indivíduo pode valorá-se de acordo com o que sente física e mentalmente, assim como somente ele pode precisar seus aspectos emocionais em razão de sua saúde.

Mister lembrar que todos os indivíduos que postulam por medicamentos de alto custo alegam ter necessidade destes fármacos e que são hipossuficientes.

Espera-se que um juiz de direito seja um indivíduo preparado, que saiba de sua obrigação de encontrar o melhor direito a assistir à parte, que seja justo, imparcial e que não permita que fatores psicológicos interfiram em sua atividade deliberativa, com vistas a decidir da melhor maneira possível.

Uma pessoa assim é capaz de compreender, sem titubear, que a vida de uma pessoa é primordial e deve ser objeto de proteção a todo custo, bem como é capaz de compreender a igualdade de todas as pessoas. Qualquer juiz está convicto disso. Dentro desta quadra é de se esperar que a ponderação de qualquer um magistrado ao longo de sua trajetória até o cargo, aliada à experiência na judicatura, é de que seus juízos ponderados sejam pela defesa incondicional da vida e pela defesa da igualdade das pessoas.

Analisando o primeiro caso, o que fora foi decidido na Comarca de Várzea Grande (MT) e a parte autora era a senhora C. M. B., que postulou o medicamento FAMPRIDINA 10mg, em razão de ser portadora de esclerose múltipla, que ocasiona surtos intensos e dores terríveis por todo o corpo, 24 (vinte e quatro) horas por dia, causados pela doença, recorda-se

que após analisar o caso concreto, a magistrada entendeu por bem deferir o fornecimento da medicação de alto custo.

O Parecer do Núcleo de Apoio Técnico – NAT foi pela não concessão do medicamento alegando que há variantes de medicamentos para o mesmo fim, que não ficou comprovado que a requerente esgotou seus esforços para conseguir o medicamento desejado. Ainda, que existem medicamentos gratuitos que inibem eventuais surtos da doença.

Os elementos do equilíbrio reflexivo a serem contemplados neste caso serão: 1) Juízos ponderados; 2) Princípios da Justiça da TJ; 3) Princípios constitucionais; 4) Crenças científicas; 5) Precedentes; e 6) Norma de Direito Internacional.

Neste caso, ainda que o parecer científico seja desfavorável, o conhecimento e preparo do magistrado, considerando o caso concreto de que se trata de uma doença degenerativa grave, com alegados surtos intensos e constantes de dor, que os juízos ponderados sejam de plano pelo deferimento da medida para elevar a qualidade da saúde da requerente, por ser este um direito indissociável do direito à vida. Reforça este entendimento o fato de a Constituição Federal prever ser dever do Estado a assistência à saúde⁴⁰.

Definidos quais são os juízos ponderados, passa-se ao teste por meio do equilíbrio reflexivo neste caso para averiguar se este é o caminho a ser percorrido até obter-se o equilíbrio com os demais elementos. Estando em equilíbrio amplo, a decisão estaria correta e este seria o percurso a ser trilhado para que decisões possam ser as mais justas e coerentes possíveis.

O primeiro princípio da TJ trata dos direitos e liberdades iguais dos cidadãos. Trata-se de verificar se a requerente do remédio tem direito de postular em juízo, se tem liberdade para solicitar auxílio do Estado para ajudar em sua saúde e, conseqüentemente, sua vida.

Verifica-se que há coerência entre os dois elementos, de modo que não há necessidade de recuo, mas sim de avançar e verificar se há coerência com o próximo princípio.

Para melhor compreensão visual do método, opta-se por demonstrar os avanços e recuos em uma tabela, e a tabela a seguir demonstra o resultado deste primeiro momento de reflexão.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO		
ETAPAS DO E.R.	1	2
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade - TJ
COERÊNCIA	√	√

⁴⁰ CF/1988. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não obstante haja uma ordem lexical e uma precedência entre os princípios de Rawls, opta-se por usar o segundo em uma etapa em que se observa se a requerente possui direitos a serem postulados junto às instituições de fundo.

A resposta é afirmativa, pois a requerente é pessoa dotada de direitos e deve ser tratada de modo igual pelas instituições governamentais. Veja-se a próxima tabela que exhibe mais uma coerência.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO			
ETAPAS DO E.R.	1	2	3
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade - TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ
COERÊNCIA	√	√	√

O próximo elemento a ser confrontado com os já superados e em coerência são os princípios constitucionais. Estes princípios tratam-se de valores que estão presentes de modo explícito ou implícito em uma carta constitucional e servem de orientação para a aplicação do direito de uma maneira geral. O direito à saúde e à vida foram preponderantes para a orientação decisória de convicção dos juízos ponderados. O princípio constitucional a ser utilizado na próxima rodada reflexiva é o da razoabilidade. Este princípio veda excessos ou abusos nas atividades públicas, inclusive de gastos.

Neste momento é de se observar, ainda, outro princípio, que é o da supremacia do interesse público sobre o privado, que exige que a coletividade tenha preferência da atenção estatal em detrimento de um particular.

Por estes princípios a decisão deveria ser desfavorável à requerente, porque não seria razoável para o Estado conceder a ela um medicamento de alto custo quando inúmeras outras questões afetas à saúde são reclamadas até judicialmente todos os dias, como o caso de internações, cirurgias, vagas em UTI, apenas para serem citados alguns casos do fenômeno da judicialização da saúde. Segue a representação deste estágio na próxima tabela.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO				
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades – TJ	Princípio da razoabilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado
COERÊNCIA	√	√	√	X

Verifica-se, aqui, o primeiro caso de recuo e descarte de princípios. Há necessidade, entretanto, de avançar, porque o direito fundamental à vida, inerente à dignidade da pessoa humana, este um dos fundamentos república brasileira⁴¹, deve ser submetido ao crivo do equilíbrio reflexivo, em substituição aos descartados.

O princípio da dignidade da pessoa humana se sobressai aos descartados, porque sendo um fundamento determina que toda ação estatal deva assegurar aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos sociais. A próxima tabela reflete este novo cenário.

Sendo coerente o novo princípio com os elementos utilizados anteriormente, avança-se.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO				
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípio da dignidade da pessoa humana
COERÊNCIA	√	√	√	√

O novo elemento a ser confrontado é o exposto pela ciência, uma vez que o parecer médico nesta situação foi contra o fornecimento do medicamento. No caso concreto a magistrada refutou este parecer técnico e deferiu o fornecimento do medicamento. Não obstante esta decisão em favor da requerente, com o método do equilíbrio reflexivo é possível rejeitar ou não o parecer técnico com fatores jurídicos, e não somente por meio de fundamentação genérica ou emocional.

É possível a rejeição de um parecer com base em precedentes judiciais, que são decisões judiciais de casos concretos que podem servir de parâmetros para novos julgamentos de casos análogos, os quais podem já ter considerado eventual comprovação da necessidade da requerente. Esta necessidade pode ser comprovada em consideração de outro parecer técnico que aponte que um remédio genérico não possui a mesma eficácia que o original, ou ainda, que determinado paciente sente-se melhor com o medicamento almejado. Precedentes⁴² têm levado em consideração que a manutenção da vida biológica é um bem jurídico a ser protegido sem condicionantes.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO					
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5

⁴¹ CF/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.

⁴² TJMT. RNS n. 0001870-80.2018.8.11.0030. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo.

ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípio da dignidade da pessoa humana	Parecer Técnico do NAT
COERÊNCIA	√	√	√	√	X

Este elemento científico é rechaçado porque inúmeras decisões de primeiro e de segundo grau o tem dispensado quando confrontado com outros elementos que indiquem a necessidade de deferimento da tutela judicial em benefício da pessoa necessitada. Há, agora, novo recuo com descarte deste elemento.

O novo elemento de submissão ao crivo do equilíbrio reflexivo é de institutos internacionais. Neste caso confrontar-se-ão os demais com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³, a qual prevê que todo ser humano tem direito a um padrão de vida em que lhe seja assegurada a sua saúde e de sua família.

Trata-se de mais um elemento a imprimir coerência na decisão que pode deferir o medicamento de alto custo, o que causa segurança ao julgador, pois estará calcado em inúmeros elementos que indicam a necessidade do indivíduo em obter do Estado o medicamento que poderá elevar a qualidade de sua saúde e até prolongar sua vida. A próxima tabela reflete mais um elemento em estado de coerência.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO					
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípio da dignidade da pessoa humana	Declaração Universal dos Direitos Humanos
COERÊNCIA	√	√	√	√	√

Estando todos os elementos em estado de coerência, como o demonstrado pela tabela acima, tem-se o estado de coisas que se trata do equilíbrio reflexivo amplo.

Este movimento de reflexão constante, com revisões, análises, recuos necessários, avanços, compreensões de vários vetores que podem aclarar o raciocínio jurídico e dar segurança decisória ao magistrado, é o que busca a presente tese, porque há um caminho a ser

⁴³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Paris, 1948. Art. 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

trilhado, refletido, o qual certamente irá conduzir outros juízes ao mesmo destino. Ou talvez próximo dele.

De acordo com este método procedimental adotado acima, tem-se que a decisão que deferiu o medicamento de alto custo foi justa, pois calcada no ordenamento jurídico doméstico infraconstitucional e constitucional, além de precedentes judiciais e institutos internacionais de direitos humanos.

O segundo caso a ser submetido ao crivo do equilíbrio reflexivo é semelhante ao primeiro, ocasião em que a postulante também era portadora de esclerose múltipla, doença CID 10 G35, desmielizante que afeta o sistema nervoso central, porém aqui o juiz entendeu que não era caso de atendimento do pleito e indeferiu o fornecimento da medicação de valor elevado.

O Núcleo de Apoio Técnico – NAT, órgão científico que auxilia o Poder Judiciário manifestou-se pelo não fornecimento do fármaco postulado, sob alegação de haver alternativas à disposição da pessoa requerente, bem como que o SUS possui tratamento contra dores.

O caso é idêntico ao primeiro. Postulou-se por medicamento de alto custo, alegando hipossuficiência para adquirir com seus próprios recursos, a doença é a mesma – esclerose múltipla, assim como o parecer técnico científico é o mesmo, pela negativa do fornecimento do fármaco.

Diante da semelhança dos casos, os elementos metodológicos também são os mesmos, de modo que não há necessidade de nova demonstração das etapas, mas apenas a que efetivamente serviu de base para a decisão de negativa.

O juiz que indeferiu o fornecimento também é experiente, conhece a legislação, de maneira que o seu juízo ponderado também poderia ser o mesmo, pelo deferimento, embora fosse provisório este primeiro ponto fixo, todavia, quando confrontado com o parecer científico e com os princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, optou por indeferir o pedido.

Ocorre que pela demonstração em etapas no primeiro exemplo, verificou-se que o parecer técnico é possível de ser rechaçado, como de fato há casos inúmeros neste sentido, como o próprio primeiro exemplo e o precedente referido para recusar este elemento.

De outro norte, da mesma maneira o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde e à vida suplantaram os outros dois princípios que nortearam o indeferimento.

Caso houvesse a oportunidade de uma reflexão mais detida, mais abrangente, com o auxílio metodológico do equilíbrio reflexivo, a possibilidade de mudança de rumo deste segundo exemplo seria elevadíssima, pois haveria um descortinar de cenário com possibilidades outras à disposição do magistrado. O equilíbrio reflexivo favorece um aprofundamento ao conhecimento acerca do núcleo decisório e de tudo que orbita em torno dele, fazendo um esclarecimento quanto às reais possibilidades, as quais, certamente, viabilizarão um novo julgar.

Neste segundo exemplo, pois, deveria haver recuos e avanços procedimentais para que novas probabilidades pudessem garantir a assistência à saúde da requerente, e o juiz, com mais segurança, pudesse julgar o mais próximo possível da decisão anterior, mitigando discrepâncias decisórias em casos absolutamente iguais, proporcionando segurança jurídica aos jurisdicionados.

Acredita-se que com o procedimento metodológico aqui apresentado para auxílio da produção decisória e fomento a um raciocínio jurídico mais abrangente e, portanto, com maior esclarecimento fático-jurídico e científico, tem-se que as deliberações que tratam de medicamentos de alto custo poderiam ter um cenário mais coerente entre as decisões a respeito deste tema prolatadas em todo o Brasil. Aqui neste último exemplo houve indeferimento de fornecimento para uma paciente com uma doença gravíssima, que é a esclerose múltipla, sendo que em casos outros é possível verificar o deferimento para pacientes com urticária ou até a concessão de ozempic para tratamento de obesidade⁴⁴.

4.3.3.4.2 APLICABILIDADE DO MÉTODO NO CASO DOS LATROCÍNIOS

Mantendo o formato do exemplo anterior, duas decisões reais serão objeto de análise prática com aplicabilidade do equilíbrio reflexivo em ambas, quando será possível verificar se as decisões discrepantes em casos análogos estão corretas ou se poderia haver uma simetria decisória para conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados por meio do exercício da judicatura.

Em linhas anteriores foram definidos os elementos do equilíbrio reflexivo nesta adaptação do método de Rawls, os quais são os *juízos ponderados* dos magistrados, os *princípios de justiça* de John Rawls, *princípios constitucionais*, *crenças fatuais* ou *científicas* e

⁴⁴ O deferimento de medicamento para tratamento de urticária foi em benefício de M. S. R., em decisão prolatada na 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Várzea Grande (MT), no ano de 2022, no processo n. 1035863-45.2022.8.11.0002. O deferimento para fornecimento de ozempic para tratamento de obesidade em favor de B. B. S. ocorreu na Vara Única da Comarca de Casimiro de Abreu, no ano de 2021, no processo n. 0000643-67.2021.8.19.0017. O medicamento Ozempic é produto registrado do laboratório Novo Nordisk.

institutos de Direito Internacional. Estes elementos podem ser utilizados pelo julgador para criar a coerência entre eles e se chegar à melhor decisão judicial, em um equilíbrio amplo.

Aqui serão vistos os mesmos exemplos citados no tópico 4.3.3.2. O que se pretende é demonstrar que casos de julgamentos de crimes com semelhança fática poderiam ter o mesmo desiderato ou ao menos serem próximos, todavia não é o que acontece.

Espera-se que um juiz de direito seja um indivíduo preparado, que seja justo, imparcial e que não permita que fatores externos interfiram em sua atividade deliberativa, com vistas a decidir da melhor maneira possível.

Uma pessoa assim é capaz de compreender, sem titubear, que havendo materialidade de um crime e prova suficiente da autoria, a condenação é medida que se impõe, uma vez que é justo punir o culpado pela prática de um crime. Qualquer juiz está convicto disso. E de modo similar, pode compreender que seria injusto punir um agente inocente. Dentro desta quadra é de se esperar que a ponderação de qualquer um magistrado ao longo de sua trajetória até o cargo, aliada à experiência na judicatura, é de que seus juízos ponderados sejam pela identificação da justiça em se punir o agente delituoso, bem como pela injustiça em se punir o agente inocente. Com esta base normativa e com a experiência em sua atividade, de plano é capaz de ter um juízo jurídico concreto nesta senda, porque tem a pretensão de que esse norte seja o verdadeiro. Restaria ao magistrado, neste caso, a fixação da pena.

Analisando o primeiro caso, o que fora foi decidido na Comarca de Brasnorte (MT), com a condenação de J. E. M., que contava com 21 anos de idade na época do crime, recorda-se que os fatos dizem respeito a este indivíduo condenado que atuou juntamente com outras pessoas na dinâmica delitiva, ou seja, em concurso de pessoas, e os objetos subtraídos são apetrechos de pescaria, um motor de popa para barcos e uma televisão.

Para o sucesso da empreitada criminosa o réu teria desferido vários golpes de faca no peito da vítima, o que foi causa suficiente para causar-lhe a morte.

O réu foi condenado pelo magistrado a uma pena definitiva de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Os elementos do equilíbrio reflexivo a serem contemplados neste caso serão: 1) Juízos ponderados; 2) Princípios da Justiça da TJ; 3) Princípios constitucionais; e 4) Crenças científicas.

Como acima descrito, os juízos ponderados estão definidos, portanto passa-se ao teste por meio do equilíbrio reflexivo neste caso para averiguar se este é o caminho a ser trilhado até obter-se o equilíbrio com os demais elementos. Estando em equilíbrio amplo, a decisão

estaria correta e este seria o percurso a ser percorrido para que decisões possam ser as mais justas e coerentes possíveis.

O primeiro princípio da TJ trata dos direitos e liberdades iguais dos cidadãos. Trata-se de verificar se o réu do processo criminal tem direito fundamental⁴⁵ a seu favor, no caso de ser defendido de modo amplo, bem como tem direito a liberdade, ainda que futura, assim como qualquer outro indivíduo.

Verifica-se que há coerência entre os dois elementos, de modo que não há necessidade de recuo, mas sim de avançar e verificar se há coerência com o próximo elemento principiológico.

Para melhor compreensão visual do método, opta-se por demonstrar os avanços e recuos em uma tabela, sendo que a tabela a seguir demonstra o resultado deste primeiro momento de reflexão.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO		
ETAPAS DO E.R.	1	2
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade - TJ
COERÊNCIA	√	√

Como salientado anteriormente, há uma ordem lexical e uma precedência entre os princípios de Rawls, portanto opta-se por usar o segundo em uma etapa em que se observa se o réu possui direitos a serem observados pelo órgão que o julga.

A resposta é afirmativa, pois o réu, embora seja pessoa que responde por prática de crime, é dotada de direitos e deve ter a mesma oportunidade de tratamento que outra pessoa pelas instituições governamentais. Veja-se a próxima tabela que exhibe mais uma coerência.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO			
ETAPAS DO E.R.	1	2	3
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade - TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ
COERÊNCIA	√	√	√

O próximo elemento a ser confrontado com os já superados e em coerência são os princípios constitucionais. O princípio constitucional a ser utilizado na próxima rodada reflexiva é o da razoabilidade. Este princípio veda excessos ou abusos nas atividades públicas, inclusive no exercício jurisdicional.

⁴⁵ CF/1988. Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Neste momento é de se observar, ainda, outro princípio, que é o da igualdade, que estabelece que todos os cidadãos devem ser tratados de maneira igual perante a lei.

No que pertine ao princípio da igualdade, este é observado em razão do que estabelece o art. 5º, da Constituição Federal, que diz que todos são iguais perante a lei e que todos os acusados devem ter assegurados o contraditório e a ampla defesa. Sabe o juiz que todos devem ter o mesmo tratamento.

A razoabilidade aqui deve ser levada em conta em relação ao réu e ao caso, de modo que o juiz deve estabelecer uma pena base sob estes critérios. Deve ser considerado, ainda, que todos os réus devem ter penas semelhantes quando os casos forem semelhantes. É razoável que a pena de um réu atenda os objetivos da condenação e que vise a retribuição de uma pena em razão de um fato ilícito praticado, bem como que haja a possibilidade de uma correção do caráter, para que se possa alcançar uma reinserção social do indivíduo regenerado.

A pena para o crime de latrocínio é das mais altas no Brasil, sobretudo por se tratar de um crime grave, variando entre 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão e multa.

No caso em apreço verificou-se que andou bem o juiz sentenciante ao estabelecer a pena mínima de 20 anos ao réu, porque a gravidade abstrata do crime não tem o condão nem mesmo para modificar o regime de pena do réu⁴⁶. Verificou-se aqui que o juiz não encontrou fundamentos idôneos para a exasperação da pena no art. 59 do Código Penal⁴⁷, o qual fornece subsídios ao juiz para indicar a pena inicial.

Por estes princípios a decisão foi razoável e considerou de modo igual praticantes de um mesmo crime, pois esta análise pode servir de norte em casos futuros. Segue a representação desta etapa na próxima tabela. Aqui a pena foi estabelecida no mínimo na primeira fase da fixação da pena e o acerto se observa quando há um confronto com os próximos elementos do equilíbrio reflexivo em testes dos passos seguintes. É possível esta verificação pela próxima tabela que exhibe mais uma coerência.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO				
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4

⁴⁶ STF. Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

⁴⁷ Código Penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade
COERÊNCIA	√	√	√	√

Cabe, neste momento, testar mais um princípio constitucional para verificação de erro ou acerto da pena aplicada. Verifica-se, aqui, o caso de um indivíduo que já está condenado, porém deve ser analisado se algum preconceito, alguma emoção, algum outro influxo é capaz de influenciar na aplicação da pena durante o raciocínio jurídico, porque ainda que o crime seja muito grave e haja um condenado, ainda existe uma pessoa, um ser humano, sujeito de direitos, um cidadão com dignidade, porque com a sentença penal condenatória, a qual tem seus efeitos, pode-se até perder direitos políticos, mas não a dignidade, de modo que o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos república brasileira, deve ser submetido ao crivo do equilíbrio reflexivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos sociais, inclusive o de uma pena justa, na medida da culpa. Não há necessidade de exasperação de uma pena, porque no Brasil elas não são efetivas, não desestimulam a prática de novos crimes, as condições das prisões são péssimas, direitos básicos são subtraídos dos presos, portanto elevar a pena apenas porque se trata de crime grave e de um agente delituoso não se atinge a função social da pena, que é a reinserção na sociedade de alguém que errou, mas que pagou de modo digno e em tempo razoável pelo seu erro. Deixar o indivíduo por tempo demasiado segregado é um convite para a tentativa de fuga, para continuar no mundo do crime, enfim, há ainda o caráter de personificação da pena, que passa do criminoso para toda a família que fica desprovida de alguém com força laboral. É respeitar a dignidade da pessoa a aplicação de pena em tempo suficiente para a retribuição social. A próxima tabela reflete este novo cenário.

Sendo coerente mais este princípio com os elementos utilizados anteriormente, avança-se.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO					
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade	Princípio da dignidade da pessoa humana

COERÊNCIA	√	√	√	√	√
------------------	---	---	---	---	---

O próximo elemento a ser confrontado é o advindo da ciência, uma vez que estudos realizados no Brasil e com resultados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, informam que no Brasil a expectativa de vida do homem brasileiro é de 73,1 anos⁴⁸.

No caso em análise o réu tinha 21 anos na data do crime. Possivelmente teria 22 quando da prolação da sentença.

Estabelecer 20 anos de pena de reclusão em regime fechado, a mínima, é razoável com o que diz a ciência quando esta informa que o réu, em tese, viverá mais uns 53 anos. Destes passaria 20 anos recluso. Teria a possibilidade de sair e reconstruir sua vida. Se fosse a pena máxima de 30 anos, quando saísse poderia não ter mais condições de reconstrução de vida, sobretudo na atualidade quando as mudanças no mundo são muito rápidas. Seria um indivíduo perdido. Esta, certamente não é a finalidade da pena. Diz, sobre isso, Boschi:

Para o Direito Penal a pena tem por finalidade não só retribuir com a pena o fato passado ou prevenir novos delitos, mas também corrigir o corrigível e neutralizar ou tornar inofensivos os que não são corrigíveis nem intimidáveis. (...) para serem justas, não devem ultrapassar o limite do necessário para a consecução das finalidades (Boschi, 2020, p. 96-97).

A pena precisa ter um caráter reprovatório para fazer frente a uma conduta antijurídica praticada e deve ser suficiente para que o indivíduo perceba que precisa se reintegrar à sociedade, portanto não deve ser perpétua, ser uma pena de morte, ou de tortura, mas sim com um caráter construtivo da pessoa, com condições de recuperação para o retorno ao convívio em sociedade. É equilibrada uma pena que favoreça isso a um indivíduo delinquente, mas que é um indivíduo sujeito de direitos, portanto a pena aplicada neste caso está coerente com os demais elementos. A coerência pode ser vista na tabela a seguir.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO						
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5	6
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade	Princípio da dignidade da pessoa humana	Expectativa de vida dos brasileiros
COERÊNCIA	√	√	√	√	√	√

⁴⁸ IBGE. Levantamentos sobre Expectativa de Vida do brasileiro. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>>. Acesso em 11 nov. 2022.

Estando todos os elementos em estado de coerência, como o demonstrado pela tabela acima, tem-se o estado de coisas que se trata do equilíbrio reflexivo amplo.

Este movimento de reflexão constante, com revisões, análises, possibilidade de recuos em caso de um elemento incoerente, avanços, compreensões de vários vetores que podem aclarar o raciocínio jurídico e dar segurança decisória ao magistrado, é o que busca a presente tese, porque há um caminho a ser trilhado, refletido, o qual certamente irá conduzir outros juízes ao mesmo destino. Ou talvez perto dele.

De acordo com este método procedimental adotado acima, tem-se que a decisão que condenou um réu e aplicou-lhe uma pena foi justa, pois calcada no ordenamento jurídico doméstico infraconstitucional e constitucional, além de refletir na finalidade da pena levando-se em consideração até mesmo o que diz a ciência, para que a retribuição seja efetiva e proporcione ao indivíduo condenado a possibilidade de retorno ao convívio social.

O segundo caso a ser submetido ao crivo do equilíbrio reflexivo é semelhante ao primeiro, porque igualmente se trata de um latrocínio, cuja sentença foi prolatada por outro juiz de direito, agora da comarca de Primavera do Leste no estado de Mato Grosso (MT), no mesmo ano de 2022, em desfavor de W. G. da S., um indivíduo com 39 anos de idade.

De modo muito semelhante ao caso anterior, os fatos dizem respeito a um indivíduo que atuou em comunhão de esforços com terceira pessoa na dinâmica delitiva, ou seja, em concurso de pessoas, e o objeto subtraído desta vez era um veículo Ecosport.

Da mesma maneira que no primeiro caso, para o sucesso da empreitada criminosa o réu teria desferido vários golpes de faca no peito da vítima, o que foi causa suficiente para causar-lhe a morte.

Por seu turno, aqui o réu foi condenado pelo magistrado a uma pena definitiva de 43 (quarenta e três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa.

O juiz que sentenciou este outro acusado, como o do caso anterior, é experiente, conhece a legislação, de maneira que os seus juízos ponderados podem certamente serem os mesmos, pela condenação, como de fato o foi, todavia, embora fosse provisório este primeiro ponto fixo, percebe-se que quando estabelecida a pena base provisória esta foi totalmente irrazoável e foi aumentando de modo considerável, em total descompasso com o que estabelecem princípios constitucionais e a própria ciência, sobretudo quando levada em conta a realidade do sistema carcerário brasileiro.

Diante da semelhança dos casos, os elementos metodológicos também são os mesmos, quais sejam, 1) Juízos ponderados; 2) Princípios da Justiça da TJ; 3) Princípios constitucionais; e 4) Crenças científicas, de modo que não há necessidade de nova demonstração das etapas iniciais, mas apenas o que efetivamente serviu de base para a decisão totalmente diferente da anterior.

Imperioso recordar que no Brasil há o princípio do livre convencimento motivado do magistrado e, no caso concreto que ora se observa, a pena estabelecida inicialmente está dentro dos parâmetros legalmente definidos, portanto, não está errada a decisão, mas quando confrontada com princípios constitucionais é que há a possibilidade de o julgador descortinar o que antes não percebia, talvez porque verdadeiramente não estava em estado de imparcialidade, mas tomado, até instintivamente ou pleno em sua convicção, por preconceitos, experiências, ideologias, fatores que, como antes visto, podem afetar uma decisão judicial.

Assim, aqui opta-se por manter as três primeiras etapas do método, porque embora discrepante a decisão em comparação com a primeira, está dentro do que a lei permite. A seguir a tabela que reflete esta situação.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO			
ETAPAS DO E.R.	1	2	3
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade - TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ
COERÊNCIA	√	√	√

Deste momento em diante há o início da possibilidade de mudança de direção no estabelecimento da pena. O juiz estava convicto quando da fixação de sua pena inicial, porém há possibilidade, e isso já foi demonstrado neste trabalho, que a verdade, a certeza de um juízo, podem torná-lo maculado. Seja por um preconceito, o fruto de uma injustiça epistêmica, uma crença popular de que lugar de bandido é na prisão ou que bandido bom é bandido morto. Não se pode ouvir que hodiernamente chama a atenção o fato de haver pessoas que possuem comportamentos sociais negativos e naturalmente internalizados, que rechaçam, até inconscientemente, indivíduos diferentes, os marginalizam e, infelizmente, os exemplos são muitos como a rejeição a pessoas neurodivergentes, aos homossexuais, a estrangeiros, a pessoas de cor de pele diferente, a pessoas com problemas psiquiátricos, a mulheres, a pessoas transexuais e a deficientes⁴⁹. Enfim, há uma série de fatores exógenos que podem influenciar o raciocínio jurídico e, de pronto, conduzir a um norte decisório.

⁴⁹ *Neurodivergente*: Pessoa cujo desenvolvimento neurológico ou comportamental é atípico, destoante. *Homofobia*: Preconceito contra homossexuais ou contra pessoas que não se identificam como heterossexuais.

Entretanto, caso houvesse em casos graves, sensíveis, difíceis, a vontade do julgador em ir mais adiante em sua produção decisória, poderia por em sua mesa mental de reflexão alguns outros elementos para que efetivamente possa ser um julgador imparcial, que decide de modo impessoal e que concede um tratamento isonômico àqueles que dele precisam. Agir assim não é perder a independência no exercício da função jurisdicional, a qual é um direito democrático sagrado, não dele, do julgador, mas da sociedade que clama por um Poder Judiciário justo e produza decisões semelhantes em casos iguais.

É possível haver divergências entre decisões de juízes distintos, mas não é possível haver uma distância abissal entre decisões a respeito de casos idênticos.

Assim, tomando a tabela acima em que a pena foi altíssima para o acusado, mas de acordo com a possibilidade legal, é o momento de uma nova etapa no método ora proposto, incluindo, agora, princípios constitucionais.

O princípio constitucional a ser utilizado na próxima rodada reflexiva é o da razoabilidade. Este princípio veda excessos ou abusos nas atividades públicas, inclusive no exercício jurisdicional.

Neste momento é de se observar, ainda, outro princípio, que é o da igualdade, que estabelece que todos os cidadãos devem ser tratados de maneira igual perante a lei.

No que pertine ao princípio da igualdade, este é observado em razão do que estabelece o art. 5º, da Constituição Federal, que diz que todos são iguais perante a lei e que todos os acusados devem ter assegurados o contraditório e a ampla defesa. Sabe o juiz que todos devem ter o mesmo tratamento.

A razoabilidade aqui deve ser levada em conta em relação ao réu e ao caso, de modo que o juiz deve estabelecer uma pena base sob estes critérios. Deve ser considerado, ainda, que todos os réus devem ter penas semelhantes quando o caso for análogo. É razoável que a pena de um réu atenda os objetivos da condenação e que vise a retribuição de uma pena em razão de um fato ilícito praticado, bem como que haja a possibilidade de uma correção do caráter, para que se possa alcançar uma reinserção social do indivíduo regenerado.

Xenofobia: Aversão a estrangeiros; repugnância a pessoas ou coisas provenientes de países estrangeiros: refugiados sofriam xenofobia em alguns países. *Racismo*: Preconceito e discriminação direcionados a alguém tendo em conta sua origem étnico-racial, geralmente se refere à ideologia de que existe uma raça melhor que outra. *Psicofobia*: rechaço a pessoas com problemas psiquiátricos. *Misoginia*: Sentimento de repulsa e/ou aversão às mulheres. *Transfobia*: Ódio patológico direcionado aos transexuais, às pessoas que não se identificam com o seu gênero de nascimento, esse ódio pode ser manifestado pela violência física ou verbal contra essas pessoas. *Capacitismo*: Discriminação e preconceito direcionados a pessoas com deficiência (PcD), podem se efetivar através do discurso de que essas pessoas são anormais ou incapazes, em comparação com o que é social e estruturalmente considerado perfeito. Disponível em: www.dicio.com.br. Acesso em: 26 fev. 2023.

A pena para o crime de latrocínio é das mais altas no Brasil, sobretudo por se tratar de um crime grave, variando entre 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Neste caso verificou-se que o juiz sentenciante fixou a pena em 43 (quarenta e três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa ao réu.

Pelos princípios em reflexão a decisão foi irrazoável. Poderia o juiz, com base na razoabilidade perceber que a pena aplicada praticamente sentenciou o réu à morte na prisão, a uma pena perpétua. Não cogitou analisar decisões anteriores em casos semelhantes e prescrutar sobre a quantidade de pena ideal a ser aplicada ao indivíduo.

Não considerou de modo igual praticantes de um mesmo crime, porque certamente na ampla defesa do réu seu defensor expôs outros casos em que a pena era menor e o réu poderia ter cumprido sua pena e garantir o retorno à sociedade.

Com a observação e reflexão sobre ambos os princípios no caso concreto, poderia o julgador repensar a pena provisória fixada e realizar um primeiro recuo. O recuo seria até a primeira etapa e, certamente, avançaria até o presente momento. Segue a representação desta etapa na próxima tabela.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO				
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade
COERÊNCIA	√	√	√	X

O correto, neste momento, considerando a necessidade de um recuo, seria voltar à etapa 1 e realizar a adequação de uma pena mais justa com os princípios refletidos e, somente então, avançar novamente.

Neste caso, não precisaria de um total descarte dos princípios, mesmo tendo eles norteado o recuo e as novas reflexões, de maneira que até poderiam novamente serem testados, mas agora iriam estar alinhados com os elementos anteriores, porque coerentes e em equilíbrio.

Considerando a necessidade didática de apresentação, na sequência os elementos serão mantidos apenas para ilustração. Ao final do método aqui em desenvolvimento haverá a tabela adequada e pronta.

Mais um princípio constitucional poderia ser submetido ao crivo do método do equilíbrio reflexivo aqui e, certamente, iria causar um recuo. Seria o princípio da dignidade da

pessoa humana. Se fosse invocado antes dos outros dois da etapa anterior, seria o mesmo resultado e possibilitaria a verificação de erro ou acerto da pena aplicada. Verifica-se, aqui, o caso de um indivíduo que já está condenado, porém é uma pessoa, um ser humano, sujeito de direitos, um cidadão com dignidade, porque ainda que condenado não perde a dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos sociais, inclusive o de uma pena justa, na medida da culpa. Não há necessidade de exasperação de uma pena, porque no Brasil elas não são efetivas, não desestimulam a prática de novos crimes, as condições das prisões são péssimas, direitos básicos são subtraídos dos presos, portanto elevar a pena apenas porque se trata de crime grave não se atinge a função social da pena, que é a reinserção social de alguém que errou, mas que pagou de modo digno e em tempo razoável pelo seu erro. É respeitar a dignidade da pessoa a aplicação de pena em tempo suficiente para a retribuição social. Como dito, haveria aqui um novo recuo.

A próxima tabela reflete este novo cenário.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO					
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade	Princípio da dignidade da pessoa humana
COERÊNCIA	√	√	√	X	X

A tabela acima reflete o recuo feito também na etapa 5 em uma nova submissão ao método, com uma nova reprovação da pena imposta, porque o princípio também estaria em contradição com os elementos anteriores.

Seguindo com esta simulação, o próximo elemento a ser confrontado é o advindo da ciência, uma vez que estudos realizados no Brasil e com resultados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, informam que no Brasil a expectativa de vida do homem brasileiro é de 73,1 anos⁵⁰.

No caso em análise o réu tinha 39 anos na data do crime. Possivelmente teria 40 quando da prolação da sentença.

Estabelecer uma pena de mais de 43 anos de reclusão em regime fechado, seria totalmente irrazoável com o que diz a ciência quando esta decreta que o réu, em tese, viveria

⁵⁰ IBGE. Levantamentos sobre Expectativa de Vida do brasileiro. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>>. Acesso em 11 nov. 2022.

mais uns 33 anos. No caso concreto o réu morreria na prisão antes de 10 anos para o término da pena, talvez antes, sobretudo pelas condições de vida a que estaria submetido. Jamais teria a possibilidade de sair e reconstruir sua história de vida, porque não haveria sentido um eventual processo de retomada do amor-próprio. De maneira transversa o réu foi condenado à prisão perpétua e à pena de morte no local de cumprimento de sua reprimenda. Esta, certamente não é a finalidade da pena.

A pena precisa ter um caráter reprovatório para fazer frente a uma conduta antijurídica praticada e deve ser suficiente para que o indivíduo perceba que precisa se arrepender e preparar-se para se reintegrar à sociedade, portanto não deve ser perpétua, ser uma pena de morte, ou de tortura, mas sim com um caráter construtivo da pessoa, com condições de recuperação para o retorno ao convívio em sociedade. É equilibrada uma pena que demonstre ao condenado que é possível, novamente, o convívio em sociedade porque continua sendo um indivíduo sujeito de direitos. A pena deste exemplo não subsiste ao que estabelece a ciência, porque haveria uma decisão com condenação à pena de morte, o que é proibido na República Federativa do Brasil.

Havendo incoerência com os demais elementos, mais um recuo a ser feito. O cenário de recuos pode ser observado na tabela a seguir.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO						
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5	6
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade	Princípio da dignidade da pessoa humana	Expectativa de vida dos brasileiros
COERÊNCIA	√	√	√	X	X	X

A tabela acima reflete o recuo feito também na etapa 6 e esta reflexão demonstra que o método do equilíbrio reflexivo proporciona ao julgador inúmeras possibilidades de melhor raciocínio e processo deliberativo, com um cenário amplo de possibilidades para que a decisão construída seja a mais justa e coerente possível.

A simulação da última tabela acima, sem os descartes ou revisões aconteceu para demonstrar as possibilidades que o método cria. A real visão da fixação de uma pena e se ela está de acordo com outras decisões, com princípios constitucionais e com a ciência.

O juiz moderno não pode apenas se apegar ao Direito, mas deve ter a capacidade ampliada de visão de mundo, a ponto de saber pesquisar, usar a tecnologia, outras ciências, para conduzir seu mister de modo certo, justo e coerente.

Neste exemplo último o juiz deveria fazer o recuo na etapa 4 e ir para a etapa 1. Rever sua pena provisória e avançar. Chegaria nos dois princípios constitucionais e eles estariam em coerência com os elementos anteriores. Depois avançaria e analisaria o próximo princípio constitucional disposto na etapa 5, e este também estaria em coerência com os demais elementos. Ao chegar na etapa 6, quando fosse feito o confronto da pena com o que diz a ciência, uma pena adequada teria sido encontrada, estaria correta e a coerência deste último elemento em harmonia com os demais levaria todo o procedimento a um estado de equilíbrio reflexivo amplo.

A decisão estaria mais próxima do exemplo do latrocínio anterior e haveria uma simetria decisória, um tratamento isonômico entre as pessoas que precisam de uma decisão judicial. A tabela a refletir este equilíbrio é a demonstrada a seguir.

EQUILÍBRIO REFLEXIVO						
ETAPAS DO E.R.	1	2	3	4	5	6
ELEMENTO	Juízos Ponderados	Princípio da Igual Liberdade – TJ	Princípio da igualdade equitativa de oportunidades - TJ	Princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade	Princípio da dignidade da pessoa humana	Expectativa de vida dos brasileiros
COERÊNCIA	√	√	√	√	√	√

O equilíbrio reflexivo converte nossos julgamentos, na maioria dos casos, em uma norma ou um conceito particular. Quanto mais experiências idênticas vão sendo acumuladas, mais enraizado este novo conceito refletido se torna. O hábito do uso do método transforma os julgamentos atuais e estes tendem a estabelecer uma concordância com os já produzidos com base nos conceitos já arraigados. Isso faz com que o tomador de decisões, com o tempo, note que os julgamentos novos submetidos ao método do equilíbrio reflexivo serão os mesmos tidos como arraigados, havendo, pois, uma estabilidade. Inicia-se uma fase de consistência e de coerência, não somente com as decisões do mesmo julgador, mas destas com o de outros, ocorrendo, naturalmente, a concretude de uma estabilidade jurídica.

O teste proporcionado pelo mecanismo metodológico do equilíbrio reflexivo pode ser utilizado pelo julgador durante a produção decisória, em auxílio ao raciocínio jurídico, ou após a decisão pronta, pois possibilita uma ampliação da visão do juiz no que diz respeito à

suas mais firmes convicções ponderadas em confronto com outros elementos em todos os níveis de generalidade, proporcionando ponderações, ajustes e revisões que se mostrarem necessários até o encontro de um equilíbrio entre os vários elementos disponíveis.

O método aqui proposto tem por objetivo alcançar uma harmonia entre os elementos à disposição do julgador e com possibilidade de serem submetidos ao método para que se alcance um equilíbrio após eliminações de contradições entre os julgamentos e com apoio em princípios e teorias filosóficas ou não filosóficas relevantes.

O encontro final de um cenário de coerência estabelecida entre os elementos, percebe-se que eles constituem um todo de suporte recíproco e dotados de total credibilidade e segurança, ou seja, há um estado de equilíbrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De plano deve ficar registrado que a proposta deste trabalho não tem a pretensão de ser um roteiro teórico-prático ou um guia para a atuação de juízes, mas sim uma alternativa a se tornar um contributo para que o trilhar do juiz no momento decisório possa conduzi-lo com segurança a uma escolha que seja em maior número possível coerente com as de outros magistrados que se deparam com idênticos casos.

Constatada a existência de um problema em relação à atuação de juízes de direito no Brasil e no mundo, os quais em inúmeras oportunidades apresentam decisões discrepantes em casos idênticos, buscou-se realizar uma análise do procedimento interpretativo e as influências que este momento sofre, inserindo neste processo um método que seja capaz de mitigar incoerências, inconsistências e equívocos.

Pretendeu-se, com este trabalho, indicar uma tese que pudesse contribuir na produção de decisões judiciais de modo a torná-las coerentes, dotadas de segurança jurídica aos olhos da sociedade e transparentes, porque edificadas com base em um procedimento fundado no respeito de divergências e em um raciocínio jurídico refletido que conduzem sempre a um resultado mais justo possível.

O objetivo, portanto, foi verificar de que modo a teoria da justiça de John Rawls poderia contribuir com as instituições jurídicas na produção de decisões judiciais que se traduzissem em segurança jurídica, que fossem coerentes, simétricas e justas, sendo que da Teoria de John Rawls procurou-se extrair o equilíbrio reflexivo, uma ferramenta metodológica para contribuir com este processo decisório.

Para melhor situação do problema buscou-se compreender a decisão judicial e a problemática a ela inerente, apontando seu valor para a vida em sociedade. Prescritou-se acerca da exigência de neutralidade, impessoalidade e independência por parte do julgador, sobretudo quando se constata uma extrapolação do livre convencimento e da discricionariedade que lhes são outorgados constitucionalmente, passando da inafastável segurança exigida pela sociedade na atividade decisória para um ativismo exacerbadamente invasivo que desequilibra o sistema.

A atividade de julgar e, conseqüentemente, decidir problemas humanos sempre foi influenciada por correntes de pensamento que ao longo do tempo influenciaram o direito, portanto, de forma sintética abordou-se as principais correntes jurídico-filosóficas e a contribuição teórica e procedimental que cada uma legou e que pudesse influenciar no modo de pensar o Direito e na atividade jurisdicional. Foi apresentado, primeiramente, o Jusnaturalismo e sua ideia básica que consiste na existência de um direito imanente à natureza, cujos valores

decorrem de uma ética superior, suprapositiva e universal. A próxima escola apresentada foi o Positivismo, trazendo sua procura pela superação do direito natural em um momento que havia um fascínio pelas ciências experimentais e a busca de um método que se opusesse ao metafísico. Viu-se, ainda, neste momento, a positivação do Direito com a lei que surge como forte instrumento de regulação social, porque emergente de um legislador que representa o povo. Como o pensamento sobre o Direito é dinâmico e acompanha fatos sociais relevantes, demonstrou-se que o Positivismo perdeu espaço para o Pós-positivismo com o surgimento do Neoconstitucionalismo, uma corrente de pensamento com matizes sociais e filosóficas que tem como norte a centralização das constituições nos ordenamentos jurídicos, sendo que os valores políticos ou morais que a sociedade compartilha são absorvidos pelas constituições em forma de princípios, os quais ganham força normativa e espaço no processo de aplicação do Direito.

O que pretendeu-se com a apresentação do segundo capítulo desta tese foi criar um retrato da teoria da justiça de John Rawls, com apresentação ampla dos conceitos principais da teoria rawlsiana, com especial destaque para o método do equilíbrio reflexivo. Analisou-se a justiça como equidade, a posição original, o véu da ignorância, os princípios da justiça e a sequência em quatro etapas, que seriam a espinha dorsal de um fluxo procedimental que culmina com o sistema metodológico do equilíbrio reflexivo por entender tratar-se de um contributo do filósofo estadunidense na produção de decisões judiciais mais justas e coerentes.

Da teoria política de John Rawls, no terceiro capítulo, procurou-se tratar de uma abordagem de seu pensamento sobre o ordenamento jurídico. Para Rawls, os princípios da justiça são fruto de um consenso entre os cidadãos – o consenso sobreposto, os quais norteiam o Estado e delimitam seu campo de atuação e, do mesmo modo, orienta os deveres e as obrigações dos indivíduos em uma sociedade bem ordenada. Houve necessidade de compreender a ideia de razão pública e em que medida esta estabelece que a justiça básica e orientações constitucionais fundamentais são chanceladas pelos cidadãos norteados por valores políticos que favorecem o consenso sobreposto entre as diversas doutrinas abrangentes. O processo de desenvolvimento contratual que culmina com a escolha dos princípios demonstra um entrelaçamento entre o direito e a moral e o modelo rawlsiano indica permanente influência jurídica no comportamento das instituições. No sistema jurídico, as liberdades são garantidas constitucionalmente, indicando um estado democrático e aquele tem o dever de garantir a ordem pública e a igualdade entre os cidadãos. Há um controle constitucional das instituições e a constituição é edificada com base em princípios regidos por interesses fundamentais dos cidadãos.

Ainda no terceiro capítulo vê-se a abordagem de John Rawls no tocante ao tema principal do presente trabalho, a decisão judicial, quando diz entender que a atividade de um juiz é injusta quando o julgador não tem capacidade suficiente de aplicar uma regra apropriada ou de interpretá-la de forma correta. Para o filósofo, no Estado de Direito há um dever de proteção dos direitos fundamentais, sendo que há priorização para a salvaguarda das liberdades dos cidadãos, as quais devem estar constitucionalmente garantidas em um regime democrático constitucional, em consonância com o estado de direito.

Para melhor compreensão do propósito desta tese de doutoramento, no quarto capítulo é realizada uma análise geral do complexo e relevante papel do juiz para a sociedade que clama por uma atuação justa e coerente, e a que medida este pode utilizar o método de Rawls em sua atividade judicante. Diferentemente do que foi estudado no capítulo 2, agora busca-se uma compreensão mais profunda do método do equilíbrio reflexivo, com sua história, o que é e como se processa, demonstrado de modo efetivo como pode ser utilizado para além do idealizado por Rawls.

Para demonstrar que o equilíbrio reflexivo é útil no auxílio de um processo deliberativo, neste capítulo é demonstrada uma pesquisa que lançou mão do método de Rawls, de modo adaptado, para orientação em elaboração de políticas públicas em torno de inovadoras e controversas tecnologias, sendo que no caso o objeto de pesquisa era a tomada de decisão por veículos autônomos diante de uma necessária deliberação em situação de emergência quando a possibilidade de morte fosse iminente.

Para melhor vislumbrar a possibilidade multiutilitária do método de Rawls, é demonstrado o quanto ele foi útil com adaptações na área da bioética, tendo o equilíbrio reflexivo sido usado no processo de análise de dados em pesquisa qualitativa em bioética, influenciando inúmeras possibilidades decisórias neste campo que avança de maneira exponencial a cada ano, possibilitando salvar vidas, assim como no desenvolvimento da reprodução artificial, na engenharia genética e nas técnicas de melhoria de vida, como as biotecnologias, na produção de neurofármacos e inovações farmacológicas.

O equilíbrio reflexivo em bioética foi utilizado para saber se o infanticídio pode ser moralmente justificado, como por exemplo, em caso de decidir sobre a continuidade da vida de uma criança com retardo mental, dor intensa e a dúvida é se deve ou não ser morta.

Ainda em bioética abordou-se o equilíbrio reflexivo sendo experimentado como um método a fornecer subsídios para que o decididor defina se uma pessoa deva ou não ser ressuscitada em caso de parada cardíaca, considerando eventuais condições em que o sobrevivente passaria o resto de sua vida.

Considerou-se, ainda, o uso do equilíbrio reflexivo em estudos de biotecnologia animal, quando cientistas obtiveram sucesso com um touro transgênico em uma pesquisa cujo objetivo era a produção de uma prole feminina com vistas a codificar a lactoferrina, uma proteína com possíveis efeitos anti-infecciosos, ocasionando a produção de um antibiótico natural contra a doença da mastite em bovinos.

Apresentou-se o uso adaptado do equilíbrio reflexivo em orientação decisória acerca da manutenção segregatória coercitiva de um indivíduo em hospital psiquiátrico para tratamento. O objetivo da pesquisa foi encontrar um equilíbrio decisório coerente entre premissas morais inerentes à legislação e à prática clínica, mantendo a observância de teorias de liberdade e de autonomia.

A clara adaptabilidade do método do equilíbrio reflexivo de John Rawls é que suscitou o interesse por esta pesquisa, com vistas a demonstrar que ele pode ter importante papel durante o raciocínio jurídico e ser relevante contributo para a atuação decisória do juiz, em potencial contributo de resposta ao problema aqui constatado. Para tanto, houve estudo sobre a atuação dos juízes e possíveis influências exógenas ao processo deliberativo que acontece durante o raciocínio jurídico, como ocorre com a injustiça epistêmica.

No método aqui proposto foram estabelecidos elementos a serem utilizados em etapas que podem avançar ou recuar, conforme o caso, em busca do equilíbrio coerente entre todos os elementos e chegar a uma decisão justa e coerente, de acordo com o sugerido neste trabalho. Tabelas foram utilizadas para melhor visualização do movimento procedimental do equilíbrio reflexivo.

Para se verificar o problema constatado, dentre os inúmeros casos optou-se por ilustrar este trabalho com decisões conflitantes em casos semelhantes na concessão de remédios de alto custo, bem como em casos de crimes de latrocínio. Nos exemplos há casos idênticos em que ora é concedido o remédio de alto custo, ora não. No exemplo criminal há dois casos idênticos em que as penas são absolutamente discrepantes, com claros processos decisórios divergentes em casos iguais ou semelhantes.

Por fim, buscou-se demonstrar como o equilíbrio reflexivo pode ser utilizado como um método do raciocínio jurídico e, por consequência, proporcionar a produção de decisões judiciais coerentes, porque casos semelhantes terão o mesmo julgamento, ou algo muito próximo, viabilizando a mitigação de discrepâncias e elevando a segurança jurídica.

Em conclusão, esta contribuição demonstra a utilidade da metodologia da teoria da justiça como equidade de John Rawls e revela ser palpável sua aplicabilidade no Direito, dado a evidência para esta probabilidade, em razão de exemplos de sucesso em outras áreas do

conhecimento, podendo ser uma alternativa que pretende elevar a segurança jurídica em processos decisórios, sobretudo, brasileiros, por proporcionar maior previsibilidade nas decisões judiciais, criando uma estabilidade coerente entre elas, conferindo um tratamento isonômico às pessoas que buscam por decisões do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations*. London: Harvard University Press, 1991.
- ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. *In: Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidade*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 14-31, 1991.
- ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *In: Revista Ratio Juris*, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008a. Disponível em: <[http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Alexy_Literature/Alexy,%20Robert%20\(2008\),%20On%20the%20Concept%20and%20the%20Nature%20of%20Law..pdf](http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Alexy_Literature/Alexy,%20Robert%20(2008),%20On%20the%20Concept%20and%20the%20Nature%20of%20Law..pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2021.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonsa da (trad.). 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALTABLE, María Pilar González. Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: uma concepción política del bien). *In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18. Madrid: Universidad de Alicante, p. 117-1136, 1995.
- ANDREAZZA, Tiaraju M. Equilíbrio Reflexivo Amplo e Justificação. *In: II Congresso Internacional de Filosofia Moral e Política, 2011, Pelotas. II Congresso Internacional de Filosofia Moral e Política, 2011*. Disponível em: <<http://cifmp.ufpel.edu.br/anais/2/cdrom/mesas/mesa12/06.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020. Pelotas, 2011.
- ANDREAZZA, Tiaraju M. Equilíbrio Reflexivo, Intuições Morais e a Busca por Coerência. *Veritas – Revista de Filosofia*, Porto Alegre, v. 63, n. 3, p. 894-920, 2018.
- ANDREAZZA, Tiaraju M. Teoria Moral e Equilíbrio Reflexivo. *Argumentos – Revista de Filosofia*, Fortaleza, v. 63, n. 3, p. 281-294, 2015a.
- ANDREAZZA, Tiaraju M. Equilíbrio Reflexivo Amplo e a revisibilidade das crenças morais. *Ethic@*, Florianópolis, v. 14, n. 3, p. 473-489, 2015b.
- ANDREAZZA, Tiaraju M. *Uma abordagem intuicionista do equilíbrio reflexivo*. Tese de Doutorado defendida no PPG Filosofia Unisinos. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7013>>. Acesso em: 26 jan. 2022. São Leopoldo, 2018.
- ARANGO, Rodolfo. John Rawls y los derechos constitucionales. BOTERO, Juan. (Ed.). *In: Con Rawls y Contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, p. 141-156, 2005.
- ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. JORGENSEN JR, Pedro (trad.). 4ª ed., Rio de Janeiro: Difel, 2012.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. SOUZA, Luciano Ferreira de (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. BARAÚNA, Luiz João (trad.). São Paulo: Editora Abril, 1974.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. PUGLIESI, Márcio (trad.). São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. NOGUEIRA, Marco Aurélio (trad.). 2ª ed., São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*. CLASEN, Jaime A. (trad.). São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. MOREL, José Carlos Orsi (trad.). São Paulo: Ícone Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BORGES, Ivan Cláudio Pereira (Org.). *A Teoria Jurídica de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das peans e seus critérios de aplicação*. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. *As Escolas Históricas. Da idade média a nossos dias*. RABAÇA, Ana (trad.). Lousã-PT: Publicações Europa-América. 2012.

BOYD, Richard. How to be a Moral Realist. In: SAYRE-MCCORD, Geoffrey. *Essays on Moral Realism*. Ithaca: Cornell University Press, 1988.

BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. *Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

BRANDÃO, Paulo. Os juízes criam o direito? Uma reflexão sobre o ativismo judicial e direitos fundamentais. In: *e-Pública - Revista Eletrônica de Direito Público*. Lisboa, v. 6, n. 2, p. 168-187, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 94.826/SP, 5ª Turma. Impetrante: Ana Rita Souza Prata. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 17 de abril de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603377/habeas-corpus-hc-94826-sp-2007-0272858-2>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRINK, David O. *Moral realism and the foundations of ethics*. Cambridge NY: Cambridge University Press, 1989.

BURG, Wibren van der; WILLIGENBURG, Theo van (eds.). *Reflective equilibrium: An attractive approach to moral thinking*. In: *Reflective equilibrium: essays in honour of Robert Heeger*. Dordrecht - Holanda: Kluwer Academic Publishers, p. 1-25, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. RODRIGUES, Leda Boechat (trad.). São Paulo: Ed. Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, Maria Margarida M. J. A dor do adoecer e do morrer. In: *Boletim da Academia Paulista de Psicologia*, v. 29, n. 2, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2009000200009>. Acesso em 23 jan. 2023.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; GUCHET, Yves. *As grandes obras políticas. De Maquiavel à actualidade*. CADETE, Luís (trad.). Sintra-PT: Publicações Europa-América. 2004.

COHEN, Joshua. For a Democratic Society. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, p. 86-138, 2003.

COITINHO, Denis. Complementaridade entre uma ética das virtudes e dos princípios na Teoria da Justiça de Aristóteles. In: *Véritas – Revista de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 52, n. 2, p. 35-55, jun. 2007a.

COITINHO, Denis. A justificação por consenso sobreposto em John Rawls. In: *Philosophos – Revista de Filosofia*, Goiás, v. 12, n. 1, p. 11-37, 2007b.

COITINHO, Denis. Teoria da Justiça de John Rawls: entre o Liberalismo e o Comunitarismo. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, 30(1): 169-190, 2007c.

COITINHO, Denis. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v. 32, n. 1, p.139-157, 2009a.

COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. In: *Revista Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, v. 10, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2009b.

COITINHO, Denis. Uma justificação coerentista dos Direitos Humanos em Rawls. *Philosophica*. Lisboa, v. 36, p.109-125, 2010.

COITINHO, Denis. Construtivismo político: além do realismo e antirrealismo. *In: Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 63-78, 2011a.

COITINHO, Denis. Justificação Pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls. *In: Kriterion*, Belo Horizonte, n. 123, p. 197-211, Jun./2011b.

COITINHO, Denis. Epistemologia moral coerentista em Rawls. *In: Dissertatio* [34], p. 161 – 182, 2011c.

COITINHO, Denis. Justiça como Equidade e o Problema da Razoabilidade. *In: Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 37-59, Abr./2013.

COITINHO, Denis. *Justiça e Coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014a.

COITINHO, Denis. Responsabilidade moral razoável. *In: Veritas – Revista de Filosofia da PUCRS*, v. 59, n. 1, p. 38-58, jan./abr. 2014b.

COITINHO, Denis. Significado, razões e contexto. *In: Revista Filos, Aurora*, Curitiba, v. 27, n. 40, p. 297-324, jan./abr. 2015a.

COITINHO, Denis. Moralidade, justificação e coerência. *In: Kriterion Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, n. 132, p. 557-582, Dez. 2015b.

COITINHO, Denis. Rawls e a justificação da punição. *In: Trans/Form/Ação*, Marília, v. 40, n. 3, p. 67-92, Jul./Set., 2017.

COITINHO, Denis. Virtudes e Democracia. *Conjectura: Filos. Educ.*, v. 23, n. especial, dossiê Ética e democracia, 2018.

COITINHO, Denis. Moral e Direito: uma relação peculiar. *In: Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 35, n. 73, 2021a.

COITINHO, Denis. Percurso histórico e características do contratualismo e do neocontratualismo. *In: Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, Ed. 436, mar. 2014c. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5347-denis-coitinho-silveira>>. Acesso em: 07.10.2021b.

COITINHO, Denis. Entendendo o equilíbrio reflexivo. *Estado da Arte – Estadão*, São Paulo, p. 1-6. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/denis-coitinho-equilibrio-reflexivo/>>. Acesso em: 21.10.2021. 2021c.

COITINHO, Denis. Equilíbrio Reflexivo e Conhecimento Moral: o caso da teoria da justiça como equidade. *In: Voluntas*, Santa Maria (RS), v. 13, n. 1, p. 1-35, 2022a.

COITINHO, Denis; ROSAURO, João Victor. Injustiça Epistêmica e o papel da *Epieikeia*. *In: As Teorias da Justiça em perspectiva: novas propostas dos clássicos aos contemporâneos*. WEBER, Thadeu. CARPES, Ataliba (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022b.

COLLSTE, Goran. Infanticide in Reflective Equilibrium? *In: BURG, Wibren van der; WILLIGENBURG, Theo van (eds.). Reflective equilibrium: essays in honour of Robert Heeger.* Dordrecht - Holanda: Kluwer Academic Publishers, p. 239-250, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica.* Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Saraiva, 2012.

DALL'AGNOL, Darlei. Equilíbrio Reflexivo na Bioética. *In: Dissertatio* [34] p. 135 – 159, 2011.

DAGGER, Richard. Citizenship as Fairness: John Rawls's Conception of Civic Virtue. *In: MANDLE, J. & REIDY, D. A. (eds.). A Companion to Rawls.* Chichester: Wiley Blackwell, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes.* São Paulo: Saraiva, 1996.

DANIELS, Normam (org.). *Reading Rawls. Critical studies of A Theory of Justice.* Stanford-CA: Stanford University Press, 1989.

DANIELS, Normam. Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics. *In: The Journal of Philosophy*, v. 76, n. 5, p. 256-282, 1979.

DANIELS, Normam. *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice.* Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

DELLEN. Johannes J.M. van; THIEL, Ghislaine J.M. W. van. Reflective Equilibrium as a Normative-Empirical Model in Bioethics. *In: BURG, Wibren van der; WILLIGENBURG, Theo van (eds.). Reflective equilibrium: essays in honour of Robert Heeger.* Dordrecht - Holanda: Kluwer Academic Publishers, p. 251-259, 1998.

DESCARTES, René. *Discurso do Método.* MIORANZA, Ciro (trad.). São Paulo: Lafonte, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico.* São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. The original position. *University of Chicago Law Review* 40, 1973, p. 500-533. Reimpresso *In: DANIELS, Normam. (ed.). Reading Rawls. Critical studies of A Theory of Justice.* Stanford-CA: Stanford University Press, p. 16-53, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Rawls and the law.* Fordham Law Review. Nova York, v. 72, n. 5, p. 1387-1405, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* BORGES, Luis Carlos (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços.* DUARTE, Pedro Elói (trad.). Lisboa: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 34, p. 15-53, 2011. ISSN 2386-4702. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

FISTEIN, Elizabeth. *How can compulsory detention in hospital for psychiatric treatment be justified? An analytic and empirical investigation*. Cambridge NY. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298550529_How_can_compulsory_detention_in_hospital_for_psychiatric_treatment_be_justified_An_analytic_and_empirical_investigation>. Acesso em: 05 set. 2022.

FREEMAN, Samuel Richard. *Rawls*. SIENRA, Adolfo García de la (trad.). Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

FREEMAN, Samuel Richard. Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution. In: *Philosophy and Public Affairs*, v. 21, n. 1, pp. 3-42, 1992.

FREEMAN, Samuel Richard (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

FREEMAN, Samuel Richard. *Justice and the Social Contract: Essays on Rawlsian Political Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007.

FREEMAN, Samuel Richard. *Original Position*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2008. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/original-position/>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

FREITAS, Mara de Sousa. Justiça: Perspectiva Filosófica e Bioética na Esteira de Rawls. In: *RJLB*, Ano 1, n. 4, p. 963-979. Lisboa - Portugal, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

FRIED, Reis. O Magistrado e o ideal de Justiça. In: *Revista Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 217-223. 2009.

FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho*. NAVARRO, Francisco (trad.). Cidade do México: Editorial F. Trilhas S.A., 1967.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law – Revised Edition*. New Haven – CT: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon L. *Anatomy of the Law*. Westport: Greenwood, 1987.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. PESSOA, Fernanda (trad.). 2ª ed. Leme-SP: Edijur, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. MEURER, Flávio Paulo (trad.). 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

GARGARELLA, Roberto. John Rawls, la razón pública y el papel del poder judicial. JURAMILLHO, Leonardo García (trad.). In: *Praxis Filosófica – Nueva Serie*, Buenos Aires, n. 26, p. 287-296, 2008.

GARGARELLA, Roberto. El Constitucionalismo según John Rawls. In: *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla - ES, v. 7, n. 14, 2005.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: *Perfiles Latinoamericanos – Revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, 2006.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. ALÓ, Ilana (trad.). In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, 2013.

GOMES, Luiz Roberto; BORGES, Bento Itamar, JESUS, Osvaldo Freitas de (org.). *Direito e Democracia em Habermas: pressupostos e temas em debate*. São Paulo: Xamã, 2010.

GOODMAN, Nelson. *Fact, Fiction and Forecast*. 4. ed., Cambridge MA: Harvard University Press, 1983.

GREENE, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*. New York: The Penguin Press, 2013.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (trad.). v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALIS, Denis de Castro. A problematização do processo decisório dos juízes: a contribuição de Benjamin Nathan Cardozo. In: *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, 2006.

HARE, R. Rawls' Theory of Justice. In: DANIELS, Norman (org.). *Reading Rawls*. Oxford: Blackwell, 1989, p. 81-107.

HARMAN, Gilbert. Three trends in moral and political philosophy. Princeton (USA): *Journal of Value Inquiry*, p. 415-425, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. MENDES, A. Ribeiro (trad.). 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, [S.l.], v. 75, n. 2, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. MONTEIRO, João Paulo e SILVA, Maria Beatriz Nizza da (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. STEIN, Ernildo (trad.). 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

HOLLAND, J. G.; SKINNER, B. F. *A análise do comportamento*. EDUSP Editora da USP: São Paulo, 2003.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento*. LEITE, Cássio de Arantes (trad.). Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. QUINTELA, Paulo (trad.). Lisboa: Edições 70, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina e do direito*. BECKENKAMP, Joãozinho (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. MACHADO, João Baptista (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. MACHADO, João Baptista (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea. Uma introducción*. GARGARELA, Roberto (trad.). Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LIMA, Mariana Luzia Oliveira. *Fundamentação substancial de decisões judiciais*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

LITTLE, D. Reflective Equilibrium and Justification. In: *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 22, 1984: 373-387.

LYONS, D. Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments. In: DANIELS, Norman (org.). *Reading Rawls*. Oxford: Blackwell, 1989, p. 141-159.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Elnora Maria Gondim; RODRIGUES, Osvaldino Marra. *John Rawls: construtivismo político e justificação coerentista*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2838>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

MACHADO, Elnora Maria Gondim; RODRIGUES, Osvaldino Marra. John Rawls: Educação, Cidadania e Equilíbrio Reflexivo. In: *Revista Filosofia Capital*, v. 6, n. 12, p. 25-33, jan/2011.

MANDLE, Jon. The Choice from the Original Position. In: MANDLE, J. & REIDY, D. A. (eds.). *A Companion to Rawls*. Chichester: Wiley Blackwell, 2014.

MANERO, Juan Ruiz. *El legado del Positivismo Jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. Lima: Palestra Editores, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed., rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARDEN, Carlos; MARTINS, Gabriela (Orgs.). *Direito e Neurociência: além das primeiras impressões*. Curitiba: Juruá, 2020.

MARTINS, Angela Vidal Gandra da Silva. *A moralidade do direito como condição de liberdade em Lon Fuller*. 2ª ed., Porto Alegre: Lex Magister, 2017a.

MARTINS, Angela Vidal Gandra da Silva. *Antropologia Filosófica e Direito: um conflito entre Lon Fuller e Richard Posner*. São Paulo: Noeses, 2017b.

MAYNEZ, Eduardo García. *Lógica del raciocínio jurídico*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, p. 394-425, 2003.

MICHELMAN, Frank. Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment. *72 Fordham L. Rev.*, 1407, 2004.

MIKHAIL, John. *Elements of Moral Cognition: Rawls' linguistic analogy and the cognitive science of moral and legal judgment*. New York: Cambridge University Press, 2011.

MIKHAIL, John. Rawls' concept of reflective equilibrium and its original function in a theory of justice. In: *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 11-103, 2011.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. GALVÃO, Pedro (trad.). Porto - Portugal: Porto Editora, 2005.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. NEIVA, Rita de Cássia Gondin (trad.). São Paulo: Escala, 2007.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. PEDRO, Madeira (trad.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Maramélia. Doenças Desmielinizantes – 2021. In: *Blog iNeuro – Neurologia Inteligente*. Disponível em: <http://www.ineuro.com.br/para-os-pacientes/doencas-desmielinizantes/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MOLLER, Josué Emílio. *A Justiça como Equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito-Positivo e Ciência do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentários aos Princípios de Bangalore*. MAIA, Marlon da Silva; KLOTH, Ariane Emílio (trad.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NAGEL, Thomas. Rawls and Liberalism. In FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, p. 62-85, 2003.

NAGEL, Thomas. Rawls on Justice. In: DANIELS, Normam. (ed.). *Reading Rawls. Critical studies of A Theory of Justice*. Stanford-CA: Stanford University Press, 1989.

NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEDEL, José. A teoria da justiça de John Rawls: um esboço. In: AGASSIZ, Almeida Filho. *Compêndio de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 482-515.

NIELSEN, Kai. *In Defense of Wide Reflective Equilibrium*. In: *After the demise of the tradition*. New York: Routledge, p. 19-37, 1991.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

NUNES, Rizzatto. *Manual de Filosofia do Direito*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Tractatus ethico-politicus*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999. Disponível em: <http://www.oocities.org/nythamar/rawls1.html>. Acesso em: 13 jul. 2020.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de. *Justiça Global e Democracia: homenagem a John Rawls*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2009.

OLIVEIRA, Nythamar de; BONHEMBERGER, Marcelo. Bioética, Universalismo e Pluralismo: Revisitando o Problema do Fundacionismo. *In: Revista Ethic@* - Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, v. 18, n. 1, p. 01 – 20, 2019.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Caetano. Equilíbrio reflexivo. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/equilibrio-reflexivo/>>. *InfoEscola.com*, 2018. Acesso em: 27 ago. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 1357195/Curitiba. Apelante: Ministério Público. Apelado: F. A. do O. Relator: Des. Eli R. de Souza. Curitiba, 20 de agosto de 1999. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4325873/apelacao-crime-acr-1357195?ref=serp>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

PARIJS, Philippe Van. *O que é uma sociedade Justa? Introdução à prática da filosofia política*. CARVALHO, Cíntia Ávila de (trad.). São Paulo: Ática, 1997.

PARIJS, Philippe Van; ARNSPERGER, Christian. *Ética econômica e social*. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

PARIJS, Philippe Van. Por que os surfistas devem ser alimentados: o argumento liberal em defesa de uma renda básica incondicional. COSTA, Roberto Cataldo (trad.). *In: Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, p. 229-264, 2014.

PEREIRA, Áurea Pimentel. Aborto de Anencéfalos. *In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 73, p. 77-83, 2016.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. GALVÃO, Maria Ermantina (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000a.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. PUPI, Virgínia K. (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000b.

PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. DÍEZ-PICAZO, Luis. (trad.). Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

PILON, Almir José. *Liberdade e Justiça: uma introdução à Filosofia do Direito em Kant e Rawls*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

POSNER, Richard A. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. CIPOLLA, Marcelo Brandão (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

POZZOLO, Suzzana; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Landy Editora, 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2ª ed., Campinas: Millenium, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John Bordley. Outline of a Decision Procedure for Ethics. *In: The Philosophical Review*, Durham NC, Duke University Press, Vol. 60, n. 2, p. 177-197, 1951. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2181696>>. Acesso em: 19.05.2020.

RAWLS, John Bordley. The Sense of Justice. *In: The Philosophical Review*, Durham NC, Duke University Press, Jul., 1963, Vol. 72, n. 3, p. 281-305, 1963. Disponível em: <<http://www.jstor.com/stable/2183165>>. Acesso em: 16.10.2021.

RAWLS, John Bordley. The Independence of Moral Theory. *In: Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Delaware, v. 48, p. 5-22, 1975.

RAWLS, John Bordley. Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica. ANDRADE, Regis Castro (trad.). *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 25, p. 25-59, 1992.

RAWLS, John Bordley. *Teoría de la Justicia*. GONZÁLES, Maria Dolores (trad.). 2ª ed., Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

RAWLS, John Bordley. Réplica a Habermas. *In: Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998.

RAWLS, John Bordley. *A Theory of Justice – Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999a.

RAWLS, John Bordley. A Kantian concept of equality. *In: RAWLS, John. FREEMAN, Samuel (ed.). Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John Bordley. Justice as Fairness. *In: RAWLS, John. FREEMAN, Samuel (ed.). Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John Bordley. Justice as Fairness: Political not Metaphysical. *In: RAWLS, John. FREEMAN, Samuel (ed.). Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John Bordley. Kantian constructivism in moral theory. *In: RAWLS, John. FREEMAN, Samuel (ed.). Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John Bordley. The Sense of Justice. *In: RAWLS, John. FREEMAN, Samuel (ed.). Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John Bordley. *O Liberalismo Político*. VITA, Álvaro de (trad.). 2ª ed., Ed. Ática. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John Bordley. *Uma Teoria da Justiça*. PIZETTA, Altamiro e ESTEVES, Lenita Maria Rímoli (trad.). 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002a.

RAWLS, John Bordley. *Justiça e Democracia*. PATERNOT, Irene A. (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002b.

RAWLS, John Bordley. *Justiça como Equidade. Uma reformulação*. BERLINER, Cláudia (trad.). KELLY, Erin (org.). Ed. Amp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John Bordley. *A Theory of Justice – Original Edition. Reprint*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

RAWLS, John Bordley. *O Liberalismo Político*. VITA, Álvaro de (trad.). Ed. Amp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John Bordley. *A Lei dos Povos e a ideia de Razão Pública Revisitada*. BARCELOS, Paulo (trad.). Lisboa: Edições 70 - Almedina, 2014.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Revised Edition, Oxford: Clarendon Press, 1996.

RIBEIRO, Carlos Dimas Martins. Bioética, pesquisa qualitativa e equilíbrio reflexivo. In: *Revista Bioética*, vol. 25, núm. 1, pp. 44-51, 2017.

RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da Justiça*. CASIMIRO, Vasco (trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RICOEUR, Paul. *O Justo 2: Justiça e Verdade e outros estudos*. BENEDETTI, Ivone C. (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. *Amor e Justiça*. BRANDÃO, Eduardo (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROGOZINSK, Jacob. *O dom da Lei: Kant e o enigma da ética*. ROSA FILHO, Sílvio (trad.). São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008.

ROUANET, Luiz Paulo. Rawls. PECORARO, Rossano (org.). In: *Os Filósofos: Clássicos da Filosofia*. 2ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, v. III, p. 237-255, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 2ª ed., Leme: Edjur, 2018.

SADLER-SMITH, Eugene. *Mente intuitiva: o poder do sexto sentido no dia a dia e nos negócios*. WOLFFENBUTTEL, Andréa (trad.). São Paulo: Évora, 2011.

SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. AMARAL, Carlos E. Pacheco do (trad.). 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. MÁXIMO, Maria Alice; MATIAS, Heloísa (trad.). 25ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *Positivismo jurídico e não positivismo jurídico: concepções teóricas e distinções práticas*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SAVULESCU, Julian; GYNGELL, Christopher; KAHANE, Guy. Collective Reflective Equilibrium in Practice (CREP) and Controversial Novel Technologies. *Bioethics*, pp. 1-12, 2021.

SAYRE-MCCORD, Geoffrey. Coherentist Epistemology and Moral Theory. *In: SINNOTARMSTRONG, Walter; TIMMONS, Mark (orgs.). Moral Knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SCANLON, T. M. Rawls on Justification. *In: FREEMAN, Samuel (Ed.). The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 139-167, 2003.

SCANLON, T. M. *Being realistic about reasons*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SCHLESINGER JR, Arthur M. The Supreme Court: 1947. *In: Revista Fortune*, v. XXXV, n. 1, 1947.

SCHROTEN, Egbert. The 'Herman Case': The Usefulness of the Wide Reflective Equilibrium Model for Ethics Committees. *In: BURG, Wibren van der; WILLIGENBURG, Theo van (eds.). Reflective equilibrium: essays in honour of Robert Heeger*. Dordrecht - Holanda: Kluwer Academic Publishers, p. 219-229, 1998.

SCHUMACHER, Gláucia; LEAL, Mônia Clarissa. A ponderação de direitos fundamentais como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: decisionismo (leia-se ativismo judicial ou juízo fundamentado? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 202-220, jan./jun., 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. BOTTMANN, Denise; MENDES, Ricardo Doninelli (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*. Seventh Edition. London: Macmillan, 1962.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA FILHO, Lídio Modesto da. *Mecanismos internacionais não-convencionais de proteção do meio ambiente: a prática interamericana*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SILVA, Sidney Reinaldo da. *Formação Moral em Rawls*. Campinas: Alínea, 2003.

SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. *In Coleção Theotônio Negrão*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Moral Skepticisms*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

- SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. LUFT, Lya (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- SMOLAK, Marek. *The Method of Reflective Equilibrium in Moral Reasoning*. In: *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*. Poznań: Adam Mickiewicz University, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ouimaginacao-alguns>>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- TERSMAN, Folke. *Reflective Equilibrium: An Essay in Moral Epistemology*. Stockholm: Almqvist & Wiksell International, 1993.
- THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 113, p. 657-676, 2016.
- TIMMONS, Mark. *Morality without Foundations: A Defense of Ethical Contextualism*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- TOPEDINO, Gustavo. Ativismo Judicial e construção do Direito Civil: entre dogmática e práxis. In: *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí - SC, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019.
- VITA, Álvaro. A tarefa da filosofia política em John Rawls. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 25, p. 05-32, 1992.
- VALCANOVER, Fabiano Haselof. *Segurança jurídica e recursos repetitivos*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- VOLPATO DUTRA, D. J. A posição original como mediação entre Estado de Natureza e imperativo categórico: Rawls entre Hobbes e Kant. In: *Ethic@*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 112-140, jun. 2014.
- VOLPATO DUTRA, D. J.; ROHLING, M. O Direito em uma Teoria da Justiça de Rawls. In: *Dissertatio*, v. 34, p. 63-89, 2011. Disponível em: <<http://www2.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/34/03.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. MIORANZA, Ciro; SILVA, Antônio Geraldo da (trad.). São Paulo: Lafonte, 2018.
- WALDEN, Kenneth. In defense of Reflective Equilibrium. In: *Philosophical Studies*, v. 166, n. 2, p. 243-256, 2013.

WERLE, D. L. Tolerância, legitimação política e razão pública. *In: Dissertatio*, v. 34, p. 141-161, 2012b. Disponível em: <<http://www2.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/35/07.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.