

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

Pierre Tramontini

**A SUPREMA CORTE COMO MODELO DE RAZÃO PÚBLICA A PARTIR DE
JOHN RAWLS**

Orientador:

Professor Dr. Denis Coitinho Silveira

São Leopoldo

2019

PIERRE TRAMONTINI

**A SUPREMA CORTE COMO MODELO DE RAZÃO PÚBLICA A PARTIR DE
JOHN RAWLS**

Tese apresentada como requisito 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

Linha de Pesquisa: Filosofia Social e Política

Orientador: Professor Dr. Denis Coitinho Silveira

São Leopoldo

2019

T771s Tramontini, Pierre.
A Suprema Corte como modelo de razão pública a partir de John Rawls / Pierre Tramontini. – 2019.
181 f. : 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, São Leopoldo, 2019.
“Orientador: Professor Dr. Denis Coitinho Silveira.”

1. Tribunais superiores. 2. Justiça social. 3. Equidade (Direito).
4. Direito - Filosofia. 5. Função judicial. I. Título.

CDU 340.12

PIERRE TRAMONTINI

**A SUPREMA CORTE COMO MODELO DE RAZÃO PÚBLICA A PARTIR DE
JOHN RAWLS**

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

Aprovada em: 12/08/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira (Orientador)
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Thadeu Weber
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Alfredo Culleton
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gerson Neves Pinto
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

AGRADECIMENTOS

No dia 15 de abril de 2015, em um quarto do Hospital Alvorada em Brasília, decidi que não iria seguir no processo seletivo para ingresso neste programa de doutorado. Lá estávamos minha mãe e eu. Ela necessitava de cuidados e eu não acreditava que estaria em condições de assumir um projeto de tamanha envergadura. Ouvi dela que eu seria capaz e que o seu desejo era de que eu participasse. Creio que seja a primeira vez que falo sobre aquele momento que permanece em minha memória e entendi conveniente expô-lo aqui. Eu precisava e ela merece! À minha mãe os meus iniciais agradecimentos pelo determinante incentivo à partida, sem o qual a chegada não seria uma realidade. Ao longo do processo de elaboração de uma tese de doutorado sacrifícios são distribuídos a todos que nos circundam, a minha esposa Alessandra, aos meus filhos Giovana e Lorenzo, ao meu pai Nazareno e irmão Henry, obrigado pelo incondicional e costumeiro apoio na vida e as minhas desculpas pela ausência. Aos amigos, que por vezes me distanciei, o meu reconhecimento pelo valor dos seus gestos. À Thâmylla, por acreditar nos meus projetos e pela dedicação ao suporte das minhas atividades diárias, o meu reconhecimento. Ao Grupo Projeção que viabilizou este projeto e concedeu condições à sua execução, os meus agradecimentos. A todos os meus colegas de trabalho da Tramontini Advocacia, obrigado pela compreensão nos momentos em que mesmo presente, ausente estava. Em nossas jornadas, conhecemos pessoas que nos impressionam e na trilha deste trabalho marcas incondicionais foram fincadas por excepcionais professores da UNISINOS. Ao Prof. Dr. Alfredo Culleton, pela conversa que projetou este trabalho, o meu reconhecimento. Ao Prof. Dr. Denis Coitinho, Orientador exemplar, pelas fundamentais orientações que concretizaram este trabalho, a minha reverência. Esta conquista tem as suas duas mãos, Prof. Denis! Aos professores doutores Inácio Helfer, Adriano Naves de Brito, Sofia Stein pelos importantes ensinamentos, obrigado. Enfim, como dito, nestes quatro anos distribuí sacrifícios a muitos, obrigado a todos!

RESUMO

A justiça como equidade, teoria concebida por John Rawls, pressupõe uma concepção política de princípios relacionados ao ideal de cooperação social e instrumentaliza-se mediante a resolução de questões atinentes aos sistemas político-liberais. Ao idealizar a concepção de justiça na qual os juízos ordinários são formulados de acordo com princípios, presume que os indivíduos compartilhem uma cidadania igual, considerando-se a natureza social, a autonomia do próprio cidadão e a existência de doutrinas abrangentes diversas. John Rawls reconhece a necessidade de se estabelecer um poder político para organizar as relações sociais diante do pluralismo razoável, tendo em vista que valores políticos, que se refletem nos princípios de justiça, formatarão uma democracia constitucional. Partindo-se do pressuposto que a sociedade se compõe de diversas doutrinas abrangentes e, diante da existência de decisões judiciais distintas para casos semelhantes, imprescindível é o estabelecimento de um norte, despedido de posicionamentos individuais, capaz de orientar aqueles que detém a competência interpretativa para aplicar a norma ao caso concreto e, assim, promover justiça. À luz da teoria rawlsiana, a razão pública apresenta-se como este fio condutor que capacita a democracia constitucional a reconhecer direitos e a legitimar a formação política das instituições públicas e, se internalizado pelos indivíduos, assegurará a todos a possibilidade de acesso e uso efetivo das liberdades e oportunidades que lhe são inerentes, preconizadas como princípios de justiça. Diante da dificuldade de se alcançar uma situação social de quase-justiça, tal qual a idealizada por Rawls, esse modo de agir como tipo especial de apelo político não se justifica até que providências sejam tomadas dentro da estrutura jurídica. Portanto, sendo inevitáveis os conflitos entre os integrantes desta sociedade, a consequência natural, a fim de garantir a estabilidade das relações sociais, é a busca por um ponto de equilíbrio, e este se ultima no Poder Judiciário, notadamente na Suprema Corte. Este tribunal desempenha papel relevante no sentido de, quando provocado, decidir com base no ideal de justiça, para, assim, harmonizar os conflitos sociais, garantir a estabilidade e alcançar segurança jurídica. Compete a este Poder, portanto, além de atribuir sentido ao direito, torná-lo adequado à realidade, e isso se faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais, a partir de uma interpretação da Constituição clara, efetiva e que reflita a razão pública. Ao debruçar-se sobre os ensinamentos de Rawls e, concomitantemente, analisar decisões históricas do Supremo Tribunal Federal brasileiro, pretendeu-se compreender a importância de adotar a razoabilidade como norte decisório e as consequências político-sociais de posicionamentos judiciais que refletem a razão pública.

Palavras-chave: Justiça como Equidade. Razão Pública. Decisões Judiciais. Suprema Corte. John Rawls.

ABSTRACT

Justice as fairness, a theory conceived by John Rawls, presupposes a political conception of principles related to the ideal of social cooperation and is instrumented by solving issues pertaining to political-liberal systems. In idealizing the conception of justice in which ordinary judgments are formulated according to principles, it assumes that individuals share an equal citizenship, considering the social nature, the autonomy of the citizen himself and the existence of diverse doctrines. John Rawls recognizes the need to establish political power to organize social relations in the face of reasonable pluralism, given that political values, reflected in the principles of justice, will shape a constitutional democracy. Based on the assumption that society is composed of several comprehensive doctrines and, given the existence of different judicial decisions for similar cases, it is essential to establish a north, dismissed of individual positions, able to guide those who hold the interpretative competence for apply the rule to the specific case and, thus, promote justice. On Rawlsian theory, public reason presents itself as the guiding thread that enables constitutional democracy to recognize rights and to legitimize the political formation of public institutions and, if internalized by individuals, will ensure to all the possibility of access and effective use of the freedoms and opportunities that are inherent to it, advocated as principles of justice. Faced with the difficulty of achieving a almost justice social situation, such as Rawls's ideology, this way of acting as a special type of political appeal is not justified until measures are taken within the legal framework. Therefore, being the conflicts between members of this society unavoidable, the natural consequence, in order to guarantee the stability of social relations, is the search for a point of equilibrium, and this ends in the Judiciary, especially in the Supreme Court. This court plays an important role in deciding, on the basis of the ideal of justice, in order to harmonize social conflicts, ensure stability and achieve legal certainty. It is for this Power, therefore, besides assigning meaning to the law, to make it adapted to reality, and this is done through judgments endowed with authority on fundamental political issues, from a clear, effective interpretation of the Constitution and that reflects the public reason. By focusing on Rawls's teachings and, at the same time, analyzing historical decisions of the Brazilian Federal Supreme Court, it was tried to understand the importance of adopting reasonableness as the decision-making power and the social-political consequences of judicial positions that reflect public reason.

Keywords: Justice as Fairness. Public Reason. Judicial Decisions. Supreme Court. John Rawls.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 COMO SE DECIDE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.1 Considerações iniciais sobre o problema.....	15
2.2 Decisões judiciais distintas para casos semelhantes – a evolução da questão no direito brasileiro	16
2.3 A função uniformizadora dos Tribunais Superiores	32
2.4 A interseção da filosofia com o direito	41
3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	45
3.1 A Teoria de John Rawls.....	45
3.2 A sequência em quatro estágios	64
3.2.1 A construção dos princípios de justiça.....	66
3.2.2 O estágio constitucional	67
3.2.3 A legislação ordinária.....	70
3.2.4 A aplicação das leis	72
4 A RAZÃO PÚBLICA NA PERSPECTIVA DE JOHN RAWLS.....	77
4.1 A razão pública	78
4.2 Esclarecimentos conceituais relevantes	92
4.2.1 Critério de reciprocidade.....	92
4.2.2 Princípio da legitimidade	96
4.2.3 Estabilidade pelas razões certas	98
4.2.4 Razoável e racional	100
4.3 As objeções	101
4.3.1 As objeções de Habermas	101
4.3.2 As objeções de Raz	106
4.4 A Suprema Corte como modelo de razão pública	109

5 RAZÃO PÚBLICA E A SUPREMA CORTE	117
5.1 Importantes decisões do Supremo Tribunal Federal.....	118
5.2 Segurança jurídica como fundamento de estabilidade das relações sociais	129
5.3 Ativismo judicial e o desafio de se decidir com justiça.....	138
5.4 A relevância da razoabilidade.....	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS	171

1 INTRODUÇÃO

Não são poucos os acontecimentos a fortalecer o jovem Estado Democrático Brasileiro. Eleições diretas, liberdade de manifestação, Constituição Federal, igualdade, são temas que permeiam o nosso cotidiano com grande habitualidade. Frequentemente ecoam gritos em favor da igualdade: “somos todos iguais perante a lei”, bradam os manifestantes. Argumento clássico a alimentar as mais diversas pretensões é a invocação do princípio da igualdade. Sabe-se que entre a igualdade jurídico-formal e a social, de fato ou material, existe um caminho a ser percorrido. Este caminho, por inúmeras vezes, cruza com os do Poder Judiciário.

Sabendo-se que à Corte Suprema incumbe decidir com justiça, imprescindível é a definição de um norte condutor que, além de legitimar as decisões, as aproximem, o tanto quanto possível, do ideal de justiça. Ocorre que o Poder Judiciário enfrenta dificuldades quanto à uniformização de seus julgados, o que transgride princípios básicos e deságua na tão temida insegurança. Como forma de aplacar tal situação, que se demonstra por meio de decisões distintas para casos semelhantes, o convencimento do juiz deve ser orientado à luz da razoabilidade para que os conflitos sejam harmonizados e para que a estabilidade e segurança jurídica sejam garantidas. Estabilidade é uma característica indispensável a qualquer sociedade que se intitula bem organizada e que é instalada sob a égide de uma democracia constitucional, no entanto, barreiras difíceis de transpor se erguem, quase que inevitavelmente, por diversos fatores, inclusive no aspecto político-jurídico.

Ao Poder Judiciário cabe exercer o seu papel com o fim de promover pacificação social e, sob essa perspectiva, o presente trabalho verificará a importância de a tutela jurisdicional, notadamente a que compete à Suprema Corte, órgão de vértice do Judiciário, refletir a razão pública em suas decisões, adotando-a como norte decisório, mediante a investigação de casos de repercussão nacional que se revestiram de legitimidade e aceitação social.

O Poder Judiciário é inerte, age somente quando é provocado e, ao sê-lo, tem o compromisso de entregar à sociedade um desfecho satisfatório, isto é, não uma decisão que, tão somente, agrade as partes litigantes, mas que se pautem em critérios sérios, despidos de parcialidade e posicionamentos pessoais, e que tenha o condão de pôr fim ao conflito. Para que a missão institucional do órgão que é encarregado pela guarda da Constituição Federal apresente viabilidade efetiva, importa que os parâmetros decisórios partam de um eixo

comum capaz de conduzir o intérprete da norma a proferir decisões coerentes com o ideal de justiça.

O juiz é este intérprete da norma, é ele que analisará o caso concreto, formará o seu convencimento a partir do trâmite processual adequado e, por fim, produzirá a norma jurídica individualizada, ou seja, a norma genérica passa a ter aplicação específica e amoldada ao conflito que ensejou a atuação do Poder Judiciário. É cediço que integram as democracias constitucionais pessoas com as mais diversas características, professando doutrinas religiosas, filosóficas e morais das mais variadas. Isto possibilita que tenham conflitos importantes, que se relacionam com as opções constitucionais fundantes e que precisam de uma solução. Se um destes conflitos perpassa por dois ou mais indivíduos e estes decidem judicializar a questão, o mínimo que se espera é que a norma jurídica individualizada para cada caso seja coincidente ou, ao menos, próximas e justas. A inexistência de um padrão decisório gera, inevitavelmente, decisões que se distinguem, mesmo diante de casos semelhantes, o que afronta princípios basilares do ordenamento instalado e transmuda-se em consequências que podem ser desastrosas, se não aplacadas a tempo e de maneira adequada.

Um dos principais pilares estruturantes de uma sociedade bem organizada é a segurança, que se consolida com arranjos jurídico-sociais equacionados e emanados pelos três poderes da república. Quando o Poder Judiciário decide sem adotar um parâmetro que conduza ao ideal de justiça e, conseqüentemente, proferindo decisões distintas para casos semelhantes, urge o problema da insegurança, instabilidade e desajuste social, o que, inevitavelmente, conferirá descrédito e insatisfação por parte dos indivíduos, tanto os que se sentirem lesados, quanto àqueles que não foram atingidos diretamente, mas que solidarizam no espírito de indignação. Quando falta uma sinalização adequada e permanente quanto ao acordo social, a desordem cresce e, qualquer situação dessa natureza é preocupante, principalmente se esta decorre do órgão encarregado de promover a já enfatizada pacificação social. Sendo assim, quais possíveis soluções podem ser adotadas para prevenir que decisões distintas sejam proferidas para casos semelhantes? Qual o impacto destas decisões judiciais no contexto social? A inexistência de um norte decisório ou a sua inadequação representa um problema para a estabilidade desta sociedade?

Antes de apresentar qualquer hipótese tendente a responder a estas indagações, mister se faz destacar que não é só a existência de decisões judiciais distintas para casos semelhantes que enseja o desalinhamento social. Ainda que o Poder Judiciário adote um norte decisório com vistas a proferir decisões coerentes e isonômicas, o imbróglio poderá se perfazer em decisões legítimas, porém distantes da justiça, primado este que deve ser

incansavelmente objetivado. Não se pode olvidar que pelo positivismo negou-se a possibilidade de fundamentar as decisões em normas de cunho moral e, por não raras vezes, atrocidades foram cometidas ao longo da história, amparadas pela lei. Como contraponto ao positivismo, a jurisdição avançou permitindo-se a prestação da tutela jurisdicional atendendo a um escopo mais amplo: social e político. Defendeu-se que uma posição mais participativa do juiz, ativista, possibilitaria um maior compromisso com decisões caracterizadas pelo senso de justiça. Porém, e se este juiz participativo ganha autonomia para tomar decisões não apenas aplicando a norma, mas interpretando-a com independência sem que lhe seja atribuído um limite decisório valorativo, não passaria a ser um legislador das suas crenças? Este posicionamento ativo seria capaz de contribuir para a estabilização social ou seria um potencializador da insegurança jurídica fomentando ainda em maior escala em decisões judiciais com conteúdos diversos em casos semelhantes?

O aperfeiçoamento do pensar jurídico permitiu enveredar por ares já visitados e caminhou para o reconhecimento da necessidade crucial de se encontrar um equilíbrio interpretativo e, nessa seara, o olhar exclusivo ao direito carece de eficiência. Portanto, para evitar que para casos semelhantes sejam proferidas decisões distintas, bem como que decisões legítimas sejam revestidas de injustiça, uma reflexão voltada para a filosofia política guiou este trabalho, buscando encontrar respostas para as inquietações apresentadas, as quais apontam para a indispensabilidade da definição de um norte decisório. Assim, a investigação pôs luz sob a razoabilidade e o conceito de razão pública, pretendendo-se encontrar nesta seara respostas satisfatórias. Elaborou-se o cotejo destes pontos tendo por base a filosofia de John Rawls, o qual já retumbava a importância de a Suprema Corte ser o espelho da razão pública a sinalizar aos integrantes de uma sociedade plural quanto ao agir baseado na razoabilidade, fruto de um consenso sobreposto. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal reflete a razão pública ao apresentar decisões sobre temas fundamentais? O lastro da razoabilidade é suficiente a dotar tais decisões da legitimidade e aceitação social? A análise de decisões judiciais relevantes do STF é fundamental para que se alcance estas respostas.

Importante iniciar o trabalho com os necessários esclarecimentos acerca de como se decide no Poder Judiciário brasileiro. Assim, o capítulo inicial tem por objetivo oferecer o necessário aparato explicativo quanto às alternativas decisórias, as correlações entre a norma e os fatos sociais e o sistema de uniformização das decisões judiciais. Para tanto, analisa-se a construção dos sistemas *civil law* e *common law*, desde a formação, evolução, o entrelace deles no atual panorama normativo e influência na forma de julgar, bem como a postura do

intérprete, juiz, devido ao desafio que é posicionar-se quando diante do fato concreto e da norma. E este processo decisório é de fundamental relevo, pois a não uniformidade das decisões judiciais gera intranquilidade, aumenta os conflitos e enfraquece a estrutura social e o regime democrático. Como desfecho desta abordagem, apresenta-se a função uniformizadora atribuída aos Tribunais com os instrumentos existentes para harmonização dos julgados. É desafiadora a compreensão de que a liberdade e independência judicante não se traduzem em decidir conforme a consciência do magistrado, mas sim conforme as deliberações emanadas da sociedade, refletidas no texto legal e que por eles, magistrados, serão equacionadas. Ademais, explora-se a necessidade de adotar um viés filosófico nos parâmetros decisórios, ao demonstrar que o atual organograma normativo, se considerado isoladamente, é insuficiente para garantir segurança e justiça.

Não haveria como prosseguir sem que o trabalho de Rawls fosse minimamente apresentado. E este é o objetivo do capítulo seguinte, Justiça como Equidade, qual seja, lançar as bases para a discussão dos problemas sinalizados no primeiro capítulo e estruturar as respostas que se espera vir nos demais. A construção contratualista para a elaboração dos princípios de justiça, passando pelo procedimento da posição original e pela discussão sobre pontos relevantes para a teoria, tais como os juízos ponderados, o equilíbrio reflexivo, os elementos constitucionais essenciais, o consenso sobreposto e, culminando com uma apresentação inicial acerca da razão pública foram apresentados para melhor compreensão do objetivo proposto pela justiça como equidade, o sistema equitativo de cooperação autossustentável que perdure ao longo do tempo, fundado em um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis a regular a estrutura básica de uma sociedade ambientada em uma democracia constitucional, tendo em vista que a essa sociedade é formada por diversas doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas, filosóficas ou morais, inevitável o questionamento acerca da possibilidade de harmonização cívica diante de um pluralismo razoável. Ao passo em que esta investigação pretende afirmar a razão pública como critério para tomada das decisões judiciais, relevante que se conheça a proposta de Rawls para a funcionalidade dos princípios de justiça e, isto, perpassa pela ideia dos quatro estágios. A concepção dos princípios de justiça representa o primeiro estágio apresentado por Rawls, cediço de que é para uma democracia constitucional que a teoria da justiça foi esboçada, necessário é que os princípios de justiça orientem a concepção de uma constituição, sendo este o segundo estágio. O restante do arcabouço jurídico, representado pela legislação ordinária, também estará vinculado ao conteúdo do texto constitucional e aos limites dos princípios de justiça. As partes como legisladores ordinários, caracterizam o terceiro estágio.

Por fim, o quarto estágio é o da instrumentalização do procedimento, ou seja, o da aplicação dos princípios e das leis à rotina dos integrantes da sociedade. Dessa forma, a partir da análise dos institutos que compõem a teoria e da ideia de que a razão pública se apresenta como um horizonte de justificação pragmática, visto que almeja viabilizar um consenso sobreposto, pretende-se perscrutar de que forma doutrinas abrangentes distintas podem conviver no seio de uma concepção política de regime constitucional.

Com os principais pontos da justiça como equidade apresentados, tem-se o sustentáculo teórico à discussão do que uma Corte Constitucional inserida em uma sociedade integrada por cidadãos livres e iguais, mas divididos por doutrinas abrangentes e razoáveis deve espelhar: a razão pública. Não por acaso, este é o tema a ser abordado no quarto capítulo. É cediço que em uma sociedade política os seus integrantes têm as suas aspirações, os seus projetos, os seus “planos e prioridades” e tomam decisões objetivando realizá-los. Como esta sociedade realiza este projeto é a sua razão. A razão pública “é a característica de um povo democrático, é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual”¹. E com a abordagem acerca da razão pública pretende-se aprofundar a discussão sobre o posicionamento frente a um conflito intersubjetivo de interesses, em que alguém resiste a pretensão do outro e se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário, que com uma frequência muito maior do que a desejada, apresenta soluções distintas para casos semelhantes e, assim agindo, gera um problema de sinalização, de educação, de orientação para a sociedade que deve o ter como modelo de razão pública. É imprescindível que o ideal da razão pública esteja impregnado nos cidadãos, que certamente terão divergências quanto às suas doutrinas razoáveis abrangentes, mas encontrarão a concordância em razão das suas convicções pessoais estarem fundadas em valores que subscreveram a partir dos mesmos critérios, os quais, para Rawls, são os acordados na posição original. É nesse viés que a pesquisa se desenvolve, destinando-se a encontrar uma forma que viabilize essa coexistência pacífica, além de apontar o Poder Judiciário como órgão responsável por imprimir a razão pública em suas decisões, ao passo em que a aceitação desta razão pelos mais variados grupos está atrelada ao exercício do poder político conforme os elementos constitucionais essenciais, também objetos de análise. A razão do tribunal supremo de um país é o espelho da sua razão pública. E com esta demonstração, tem-se a perspectiva de avanço do último capítulo.

¹ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 251.

O quinto capítulo, “Razão Pública e a Suprema Corte”, inicia com a análise de *hard cases* que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal e que tiveram expressiva repercussão nacional, devido às temáticas objeto de julgamento, polêmicas, inovadoras e que desafiaram distintos posicionamentos perante a sociedade, são elas: (i) pesquisas com células-tronco embrionárias, (ii) reconhecimento da união estável homoafetiva, (iii) possibilidade de aborto de feto anencefálico e (iv) execução da pena após condenação em segunda instância. Tais julgados foram categoricamente escolhidos por expressarem, na prática e de forma contundente, os benefícios advindos da adoção de parâmetros decisórios à luz da razoabilidade. Além destes casos, fora feita referência, por mais uma vez, às dificuldades enfrentadas quando a Suprema Corte não decide motivada pela razão pública, ou mesmo quando tarda em resolver determinado conflito pelo seu órgão colegiado, o que favorece a aplicação de concepções individuais em decisões monocráticas.

Como consequência natural de decisões conflitantes ou mesmo legítimas, mas que não atendem ao ideal de justiça, surge a insegurança jurídica e esta depõe contra a estabilidade necessária às instituições que compõem uma sociedade formada por grupos sociais variados. A incerteza sobre a compreensão das normas de conduta referentes aos elementos constitucionais essenciais arrefece o sentimento de responsabilidade social. Indubitável, portanto, que a segurança jurídica é fundamental para a pacificação social, vez que se traduz na confiança da sociedade civil no funcionamento adequado das instituições públicas.

Com o avançar do sistema processual constitucional, concentrou-se no juiz poderes, exigindo-se o compromisso de que ele impenda os ditames do direito como instrumento do Estado para pacificação social. Neste contexto, um juiz mais participativo com autonomia evidenciada, passa a tomar decisões que não se limitam a mera aplicação da norma ao caso concreto, mas de efetiva atividade interpretativa e criativa. Esta acentuada liberdade e independência gera situações em que as decisões judiciais restam permeadas de valores pessoais pertencentes ao próprio julgador. Percebe-se a necessidade de um padrão valorativo-decisório que permita conjugar a necessária solução para os conflitos de interesses que se apresentam ao Poder Judiciário, preservando a autonomia dos julgadores, bem como a segurança e autoridade.

Ante a análise dos *hard cases*, pretende-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, ao qual atribui-se o papel de guardião da Constituição e, aos seus membros, de intérpretes maiores do pacto social, tem proferido manifestações dotadas de legitimidade e fundadas em razões certas. Denota-se que quando questões referentes aos elementos

constitucionais essenciais estão em análise pelo colegiado da Suprema Corte, as expectativas rawlsianas se confirmam e o reflexo da razão pública no conteúdo decisório fortalece o sentimento de segurança e reforça, sobremaneira, o consenso possível. Reforçar-se-á, assim, que a razão pública não é especificada por uma concepção política particular, mas seu conteúdo alcança uma série de concepções políticas razoáveis de modo a caracterizar a estrutura e o conteúdo das bases fundamentais da sociedade. Se a razoabilidade se apresentar nas decisões do STF, poderá residir na razão pública o norte decisório a balizar as autoridades judicantes, a promover a estabilização do debate no âmbito social, a evitar o ativismo judicial descontrolado, bem como a prolação de decisões legítimas, porém injustas, minorando a ocorrência de conclusões contraditórias para casos semelhantes.

2 COMO SE DECIDE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

As transformações sociais refletem diretamente na evolução do direito, e é nesse cenário que o Poder Judiciário desempenha função de grande relevância no que tange à efetivação e à garantia dos direitos fundamentais², uma vez que possui papel decisivo no modelo do atual Estado Democrático de Direito. A Revolução Francesa ocorrida no século XVIII representou um marco divisório entre o judiciário antigo e o moderno. A partir da modernização do Estado e, conseqüentemente, de sua organização jurídica pautada no princípio da separação dos poderes proposto por Montesquieu, o Poder Judiciário passou a exercer grande influência no aperfeiçoamento das instituições políticas, sendo elo fundante e imprescindível na construção de uma teoria de justiça moderna.

Para a correta compreensão do que se propõe com esta pesquisa é indispensável situar o leitor quanto à problemática e o seu enfrentamento jurídico. Para tanto, esclarecimentos sobre algumas questões acerca da função jurisdicional são necessárias, equacionando-as com os problemas enfrentados para se decidir com justiça. Continuando a caminhada a embasar a discussão proposta, avança-se sobre a compreensão da norma e a sua correlação com os fatos e as influências que estes exercem sobre a realidade social.

A forma como atua o juiz, a importância desta tomada de decisão e a ação interpretativa do texto legal também são tratados, pois, a não uniformidade das decisões judiciais gera inquietude e aumenta os conflitos, bem como viola princípios constitucionais. A preocupação, portanto, reside em assegurar segurança na aplicação do direito. Neste cenário, necessário se faz conhecer as ferramentas existentes a evitar o problema, tais como o sistema de precedentes, a observância de súmulas ou da jurisprudência, que são impactados de forma intensa a depender da escola de origem: *civil law* ou *common law*.

Entretanto, mesmo diante de um sistema bem formatado, com juízes metrificadas pela lei, as divergências persistem e os tribunais se apresentam (ou deveriam se apresentar) como resposta a esse dilema. Entre as principais funções dos Tribunais, no julgamento de recursos, tem-se a uniformizadora, com vistas a garantir os princípios da legalidade e isonomia, bem como a manutenção da unidade do direito. Para além disso, as decisões judiciais devem coadunar-se aos demais princípios que regem a vida em sociedade, membros

² Não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o arcabouço legal. A citação expressa a estes se justifica pela estreita relação com os temas debatidos neste trabalho.

do Poder Judiciário e demais órgãos da Administração, refletindo, assim, os princípios professados e defendidos por todos.

A tutela da confiança nos precedentes das Cortes Superiores é fundamental não só para garantir a realização dos direitos, mas também para viabilizar os primados básicos da sociedade, tais como segurança jurídica, igualdade e previsibilidade das decisões. Quando o próprio Estado, mediante órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito.³

Diante do problema posto, parece-nos que a resposta ao problema não está evidenciada no seu âmbito jurídico por excelência, qual seja, o direito processual. Imprescindível, portanto, buscar soluções outras que possam contribuir para equacionar o problema crucial para a estabilidade social. E esta solução pode ser construída a partir da reflexão filosófica consubstanciada no trabalho de John Rawls. A necessidade de se recorrer à filosofia para uma solução viável aos questionamentos que este trabalho apresenta é a conclusão que se alcança já neste primeiro momento.

2.1 Considerações iniciais sobre o problema

De modo geral, o Direito possui a função de coordenar os interesses relativos à vida social, viabilizando a cooperação entre as pessoas e estabelecendo normas que servem para prevenir e dirimir conflitos. No entanto, nas fases primitivas da civilização, a figura do Estado não era revestida de legitimidade e força suficiente para impor o direito em detrimento da vontade dos particulares. Institutos como o da autotutela e autocomposição⁴ foram ganhando espaço, mas apresentavam tendências que se distanciavam do poder estatal, uma vez que a interferência externa se dava por sacerdotes, anciãos, árbitros. Historicamente surge o juiz antes do legislador e, conforme o Estado foi se afirmando e se impondo perante os particulares, gradativamente nasceu a tendência a “absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos”⁵ que, ao consolidar-se, passou a prescindir da voluntária submissão dos

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

⁴ Na autotutela tem-se a ausência de juiz distinto das partes e, por essa razão, a decisão é fruto de uma imposição de uma das partes à outra. Enquanto que a composição estabelece que uma das partes envolvidas no conflito, ou ambas, renunciam ao próprio interesse ou de parte dele.

⁵ CINTRA, Carlos Antonio de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros. 26ª ed. São Paulo, 2011, p. 28.

particulares ao impor-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos. A esta atividade dá-se o nome de jurisdição.

A autonomia do Poder Judiciário se deu sob a influência dos ideais iluministas, é em virtude da jurisdição, exercida por meio do processo, que os juízes agem em substituição às partes para eliminar os conflitos ao darem cumprimento e efetividade à norma posta. A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, conseqüentemente, de todo o sistema processual, sistema este que compreende o complexo de normas e princípios que orientam o exercício conjugado do Estado-juiz. A força da Constituição é inerente à eficiência do Poder Judiciário, é ela que estabelece as normas gerais pertinentes à independência dos tribunais, às atribuições de autogoverno em termos financeiros e administrativos do Poder Judiciário, bem como a competência de iniciativa para leis pertinentes à sua organização interna, termos de ingresso na magistratura, promoção, garantias e vedações. Ao passo que a Constituição avaliza a condição de poder do Judiciário, é a própria existência deste poder estatal que garante a existência e eficácia da Constituição.

É crescente a importância do novo papel designado ao Poder Judiciário brasileiro, repercutindo no alargamento de assuntos tradicionalmente legislativos, ao permitir, indubitavelmente, que novas técnicas interpretativas alarguem a atuação jurisdicional. Alterações profundas têm sido exigidas para garantir maior legitimidade e representatividade ao que se entende por razão social, inclusive perante os Tribunais Superiores. No entanto, receber a alcunha de guardião da Constituição tem se traduzido em autorização para ampla profusão de decisões que são interpretadas como invasivas às competências do Poder Legislativo. Verifica-se, ainda, uma enormidade de decisões que não dialogam, que conflitam e que são fomentadoras da alegada insegurança jurídica. O desafio reside em equacionar a aplicação do texto legal com os diversos e novos conflitos sociais que se apresentam. Estando a lei subordinada à Constituição, corolário que a sua interpretação emanada da Suprema Corte seja uníssona em refletir a mesma imagem. Ao avançar nesta seara, o próximo subtítulo se debruça sobre a evolução desta atividade judicante, discorrendo sobre temas que vão desde a lei e a sua correlação com fatos sociais até a recente valorização pelo ordenamento jurídico pátrio da teoria dos precedentes.

2.2 Decisões judiciais distintas para casos semelhantes – a evolução da questão no direito brasileiro

O princípio da separação de poderes, positivado no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira, estabelece a independência e harmonia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Apesar da nomenclatura dada por Montesquieu, o que de fato vigora é a separação das funções de legislar, administrar e julgar. O objetivo central é dar máxima efetividade à Carta Constitucional e ao ordenamento jurídico como um todo, uma vez que o poder estatal é uno.

A norma, produto da função típica do Poder Legislativo, sobre a influência natural da defasagem temporal, por vezes, deixa de corresponder à realidade e valores da sociedade contemporânea. Constantemente repercutem novas, diversas e mutáveis ocorrências sociais que exigem uma frequente renovação da lei. Em razão dessa evolução, se faz necessário entender de modo diferente textos jurídicos, independentemente da alteração de seu teor literal, para adaptá-los às alterações havidas na sociedade. Destinar interpretação coerente, dentre as inúmeras possibilidades interpretativas, é tarefa árdua e que requer extrema cautela, a fim de que se alcance justa prestação jurisdicional.

A lei tem uma estrutura linear, em que se busca a máxima clareza, inclusive através de definições dos conceitos utilizados. A aplicação combinada dos vários métodos hermenêuticos pode conduzir a diversos entendimentos sobre a mesma proposição normativa. Há acentuada dificuldade em encontrar uma só interpretação para uma decisão judicial, em que se cruzam, de forma livre, argumentos jurídicos e de fato, questões principais e acessórias, e até premissas não articuladas expressamente.⁶ Ronald Dworkin assevera que a interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, tendo em vista que a prática jurídica é, sempre, um exercício dessa interpretação; tido o direito sob essa ótica, este torna-se algo profundamente político, pois sua finalidade precípua é coordenar o esforço geral e o individual, resolver disputas sociais, assegurar justiça entre os cidadãos e seus governos.⁷

A visão codificada do Século XIX de que a lei é a principal fonte do direito não mais prevalece, tendo em vista que se subordina à Constituição e, inclusive, deve ser aplicada mediante ao favorecimento da efetividade dos direitos fundamentais⁸. A função do juiz,

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 228.

⁸ A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios e nas regras constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se agora exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução Virgílio A. Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

portanto, deixou de ser, tão somente, aplicar a lei ao caso concreto⁹, mas também, aliado a lei, valer-se dos métodos interpretativos e das diversas fontes do direito para a efetivação da justiça.

Nesse ponto, é imprescindível asseverar que o sistema jurídico de um país sofre influência de diversos fatores sociais desde a sua concepção. Montesquieu¹⁰, em sua célebre obra *O Espírito das Leis*, já previa essa questão e, para tanto, associou os princípios de governo e as constituições dos países às causas física, moral, econômica e geográfica que influenciaram a criação e a evolução das leis.¹¹

Sob a ótica da sociologia jurídica – que examina a influência dos fatores sociais sobre o direito e sua incidência na sociedade –, o direito não é resultado da exclusiva vontade do homem, mas é fruto da atividade social, da vida em sociedade, portanto, é produto condicionado e que condiciona o comportamento social. Émile Durkheim¹² elaborou o conceito de fato social (generalidade, exterioridade e coercitividade), considerando que a ciência jurídica, cujo objeto é a lei¹³, está acima dos conflitos sociais e que o direito tem como responsabilidade essencial manter a estrutura social, sendo necessário, para tanto, estipular regras.

Por sua vez, Weber desenvolveu uma sociologia do direito de caráter histórico, analisando as divergências metodológicas entre a dogmática jurídica e a sociologia. Para o autor, quando se fala de “direito”, “ordem jurídica” e “norma jurídica” é primordial fazer a diferenciação sob a ótica jurídica e sociológica¹⁴. Destaca, ainda, as influências da sociedade

⁹ Até porque a mera aplicação da lei ao caso concreto, apesar de já ter sido considerado como a expressão máxima de justiça, não mais reponde sozinho aos questionamentos da sociedade.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis* (1748). Tradução: Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1966, p. 15.

¹¹ A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana. Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. Devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer; quer se elas o formam, como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis. Devem ser relativas ao *físico* dos países; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos esses pontos de vista que elas devem ser consideradas. (Ibid., p. 17.)

¹² DURKHEIM, Émile. *Divisão do Trabalho* (1893). Tradução de Eduardo Brandão. - 2ª Ed. - São Paulo, Martins Fontes, 1999.

¹³ Durkheim distinguiu as normas morais e as normas jurídicas, a partir da sanção. As normas jurídicas suporiam a sanção jurídica, que é aplicada por intermédio de órgão definido; as normas morais estão sujeitas à sanção moral, que é distribuída pelo corpo social inteiro, de modo indistinto.

¹⁴ Quanto ao primeiro, cabe perguntar o que idealmente se entende por direito, isto é, que significado, que sentido normativo, deveria corresponder, de modo logicamente correto, a um complexo verbal que se apresenta

sobre a formação do direito e, ao analisar os dois tipos de solidariedade social, percebe que a medida em que a sociedade orgânica vai se sobrepondo à mecânica, o direito vai perdendo seu caráter repressivo e restitutivo. A norma é, portanto, apenas o resultado da realidade em que o direito está inserido, o direito não é norma, mas fato social, fenômeno verificável a partir de condicionantes sociais.

Destoando dos autores até então colocados, Hans Kelsen categoricamente desenvolveu a teoria pura do direito, que trata basicamente da “lei e as relações entre as leis”, ao compreender o direito como uma ciência pura, isenta de toda e qualquer influência e contaminação exterior. Para o filósofo, o “direito não precisa respeitar um mínimo moral para ser definitivamente aceito como tal, pois sua natureza não requer nada além do valor jurídico traduzido pela sua validade formal”¹⁵. Kelsen ignora fenômenos que contribuem para a construção do ordenamento jurídico, tais como o histórico, temporal, social, cultural e econômico, uma vez que não se destinam ao estudo de direitos positivos concretos, exclui de seu objeto todas as vertentes da sociologia, política ética e justiça¹⁶.

Ademais, em dissonância às demais correntes, Miguel Reale¹⁷ desenvolveu desde a década de 1940 a Teoria Tridimensional do Direito, em que o direito é analisado a partir da integração de três elementos – fato, valor e norma¹⁸. Para o autor, em determinado momento, direito é fato, no outro é valor e em um terceiro é norma, mas sem deixar de ser todos os três ao mesmo tempo, tendo em vista que estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica. Há que se reconhecer a relevante contribuição do positivismo

como norma jurídica. Quanto ao último, ao contrário, cabe perguntar o que de fato ocorre, dado que existe a probabilidade de as pessoas participantes nas ações da comunidade – especialmente aquelas em cujas mãos está uma porção socialmente relevante de influência efetiva sobre essas ações –, considerarem subjetivamente determinadas ordens como válidas e assim as tratarem, orientando, portanto, por elas suas condutas. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. (1922). Tradução: vol. 2. Brasília, São Paulo: Editora da UnB, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 209).

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (1934). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁶ A pureza metodológica, proposta por Kelsen, leva a que se considere o direito, visto a partir da norma, que decorre de uma norma fundamental, como justo, pois direito, produto da vontade estatal. A norma será então sempre justa e o aplicador ao utilizá-la no caso concreto estará fazendo justiça. Por este prisma, isento de valores e ideologia - aspecto sempre repudiado por Kelsen - toda sentença será justa, pois prolatada a partir da aplicação do direito. Esta forma de ver o direito causou a Kelsen o dissabor de reconhecer legítimo o direito nazista que o perseguiu por sua ascendência judia.

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 749.

¹⁸ O Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta, não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo. (Id. *Lições Preliminares de Direito*. – 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59)

jurídico de Hans Kelsen, o que não se pode admitir é a formulação de uma teoria de direito a partir da norma sem levar em consideração o fenômeno das influências exercidas pelos fatos socioculturais.

O verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de se considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso.¹⁹

Acertadamente pondera Luís Roberto Barroso²⁰ que “o intérprete, diante de um caso concreto e da ausência de normas específicas ou conflitantes, não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas”. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos.

Ressalte-se, por oportuno, que a ideia de que “o juiz está submetido apenas à lei” tem relação com épocas autoritárias, em que predominava o arbítrio do governo e a manipulação das instituições, assim como na época da ditadura militar de Getúlio Vargas. As decisões judiciais, em fases de grande fervor populista e de exercício autoritário do poder, são facilmente manipuladas, inclusive a partir da própria ideologia do poder dominante, as reações a períodos desse tipo realçam a independência dos juízes, subordinando o exercício do seu poder apenas à lei, vista como expressão da vontade democrática.²¹

A utilização de cláusulas gerais e a adoção de princípios constitucionais para a leitura das regras legais, por si só, ampliou a latitude de poder do juiz, o seu espaço de subjetividade

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em 20 fev. 2017.

²¹ MARINONI. Op. cit., p. 92. Esta afirmação merece esclarecimento. Concordamos com a mesma se considerarmos a lei como fruto perfeito de um processo legislativo que reflita os fundamentos basilares da sociedade para a qual foi editada. Até porque, como veremos, a lei pode conter vícios que a maculem e levam a sua declaração de inconstitucionalidade.

para a definição dos litígios. A chamada criatividade judicial²² deve exercer-se quando se está diante de *hard cases*, isto é, casos que se encontram em uma esfera nebulosa devido ao vácuo jurídico não previsto pela legislação. Nas palavras de Teresa Wambier²³, são casos em que o método subsuntivo clássico, que se consubstancia fundamentalmente na lógica formal aristotélica, não é apto a resolver satisfatoriamente. Sem objetivar antecipar a discussão, tampouco aprofundá-la, interessante é análise feita por Denis Coitinho²⁴, sobre o uso do princípio aristotélico e a importância fundamental de uma concepção limitada de bem para a determinação do que pode ser considerado justo em uma sociedade bem-ordenada²⁵. O senso de justiça é considerado um bem no âmbito restrito e garante a estabilidade, tendo em vista que “princípios de justiça têm por objeto o acordo de pessoas racionais em uma posição original de igualdade”.

Quando não há, para o caso concreto, norma no ordenamento jurídico que se aplique, ou quando a solução do caso destoa dos costumes da coletividade, o magistrado se depara com um caso difícil, que demandará uma análise profunda e genérica. Esses *hard cases* vêm se tornando cada vez mais numerosos em função da complexidade das sociedades contemporâneas e da infinitamente maior quantidade de casos que têm chegado ao Judiciário. Ao exercer a criatividade, o juiz deve fazê-lo de forma imparcial, considerando os valores encampados pelo direito e os princípios constitucionais, e não segundo as suas concepções pessoais ou razões não públicas²⁶ sobre o que deva ser a decisão acertada para o caso. Por tais motivos, principalmente com o impacto do constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, é natural que decorram interpretações conflitantes. O que não é natural,

²² A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a norma jurídica do caso concreto; e a segunda, a norma geral do caso concreto, pela qual, o juiz deverá demonstrar o fundamento, a norma geral do ordenamento jurídico, que soluciona o caso concreto (não apenas a lei em si, mas o entendimento do juiz acerca dessa lei). Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo. As normas gerais criadas a partir de casos concretos estão na fundamentação das decisões e se configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto. (LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 2016, p. 4. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso: em 19 jun. 2017)

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

²⁴ COITINHO, Denis. *Justiça e Coerência – Ensaio sobre John Rawls*. São Paulo: Loyola, 2014, p. 240.

²⁵ Rawls afirma que em uma sociedade bem ordenada é racional ser razoável e isso 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. Para o autor, esse tipo de sociedade é um bem para as pessoas individualmente em razão da observação de que o exercício das faculdades morais (concepção de bem e senso de justiça) é relevante, bem como garante as bases sociais do auto respeito e do respeito mútuo. (Ibid., p. 241).

²⁶ Sobre razões não públicas verificar o entendimento de John Rawls. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 259).

todavia, é que essas decisões conflitantes se cristalizem, ensejando a quebra do princípio da igualdade perante a lei.

Desde os primórdios do ordenamento jurídico a doutrina se debruça sobre os efeitos produzidos pela segurança jurídica. No período da Revolução Francesa, a lei era indispensável para a realização da liberdade e da igualdade, por este motivo, a certeza jurídica também era indispensável diante das decisões judiciais, o que impossibilitava os juízes de proferirem decisões destoantes da lei²⁷, se assim não fosse, os propósitos revolucionários estariam comprometidos. A lei deveria ser abstrata e dotada de generalidade, capaz de albergar quaisquer situações futuras e impedir que o juiz, ao decidir, sopesasse as características específicas do conflito em concreto. Em razão das inúmeras possibilidades de interpretação, bem como as percepções pessoais do julgador, a lei, por si só, não assegura à sociedade a mínima segurança jurídica.

O anseio por segurança jurídica se acentuou a partir do Século XX, devido ao crescente número de decisões judiciais diferenciadas diante de fatos semelhantes. A divergência da exegese legal é fenômeno natural e previsível no modelo político-jurídico e no ordenamento jurídico vigente, que possui estrutura piramidal, com órgãos sobrepostos. Entretanto, é a unidade do direito que contribui para a clareza, atributo indispensável para a orientação da vida social e à previsibilidade. A multiplicidade de decisões diferentes para casos semelhantes inviabiliza a postura de respeito ao direito, que perde força e faz desaparecer a responsabilidade sobre o sujeito.

Nesse contexto, tem-se por direito não apenas a norma positivada – desvinculada de toda e qualquer influência principiológica, histórica ou moral – definida por Hans Kelsen como “um ordenamento jurídico coativo”, em que a validade se baseia em uma norma fundamental pressuposta”²⁸, segundo a qual se deve obedecer a uma constituição efetivamente estabelecida e às normas que dela decorrem²⁹, mas, principalmente, mais

²⁷ Manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. O próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63).

²⁸ HANS, Kelsen (1960). *Teoria Pura do Direito* - (tradução brasileira). São Paulo, Martins Fontes, 7ª ed., 2006, p. 45.

²⁹ Conforme bem salientado por Delamar Volpato, em certo sentido, neste ponto, Rawls se aproxima de Kelsen pois descreve a constituição como o mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições. (VOLPATO, Delamar. O Direito de uma Teoria da Justiça de Rawls. *Dissertatio*, Volume 34, 63 – 89, 2011, p. 72. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8696/5739>>. Acesso em: 16 out. 2017).

próximo ao que Robert Alexy³⁰ afirma, ou seja, que o “direito não é idêntico à totalidade das leis escritas”, por conservar sua importância mesmo quando as decisões *contra legem* são consideradas inadmissíveis em geral, em virtude da existência de um processo de controle concreto de normas.

O direito, no âmbito de conceitos positivistas e sob o olhar de Alexy, orienta-se mediante sua eficácia e normatização. No que tange à esfera da eficácia, a norma consiste na regularidade de sua observância³¹, bem como no que “as pessoas que convivem em alguma comunidade reconhecem reciprocamente como norma e regra dessa convivência”. Quanto à normatização, o direito é definido como a totalidade dos comandos de um soberano que são reforçados por sanções. Hart³², por sua vez, conceitua o direito como um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento ou de reconhecimento (*rule of recognition*), cuja existência é um fato social.

A fim de que haja preservação do direito como um todo harmônico, a segurança jurídica, tida como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas é indissociável do modelo de Estado Democrático de Direito atual. Segundo Marinoni³³, “o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado”, além disso, a segurança também serve para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e suas ações.

A busca por maior segurança jurídica³⁴ nas decisões judiciais, bem como a necessidade de evitar o exame de casos idênticos já decididos anteriormente, repercutiu na adoção de mecanismos capazes de guiar e orientar as decisões judiciais para um mesmo

³⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 11.

³¹ Weber assevera que um ordenamento se chamará direito quando for garantido externamente pela possibilidade de coação (física ou psíquica) por meio de uma ação, dirigida para a obtenção forçada da observância ou para a punição da violação. Para Luhmann, direito é a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento. (WEBER, 1976. LUHMANN, 1972 apud ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista o. Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 18).

³² Hart compreende o direito como uma união de regras primárias e secundárias. As regras primárias prescrevem a conduta das pessoas, impõem deveres. Enquanto que as secundárias estabelecem a aplicação, introdução, modificação ou extinção das regras primárias e seus efeitos, bem como o modo de controle, instituindo também a sanção. As regras de reconhecimento, portanto, são secundárias, uma vez que fixam os pressupostos ou requisitos para a existência válida das regras primárias. (HART, Helbert. *O Conceito de Direito*. 1961. Tradução brasileira. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 104).

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

³⁴ Para Canotilho, a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Para se tutelar a confiança do cidadão, no sentido de haver previsibilidade das decisões. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257).

sentido. O princípio da segurança jurídica constitui um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade é a proteção e preservação das justas expectativas da sociedade. A atuação interpretativa do juiz, diante do subjetivismo a ela inerente, pode acarretar em distintas decisões judiciais, gerando uma verdadeira situação de insegurança e imprevisibilidade. A preocupação, portanto, reside em assegurar certeza na aplicação do direito.

A certeza jurídica é uma das mais relevantes causas para a instituição do *stare decisis*³⁵, bem como para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes. A incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito arrefece o sentimento de responsabilidade pessoal. Quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se difícil desenvolver uma consciência social pautada no respeito ao direito e no sentimento de responsabilidade.³⁶

Não se pode desconsiderar que este modelo judicante está inserido em uma sociedade em que os interesses são os mais variados possíveis e que os seus integrantes professam doutrinas religiosas, filosóficas e morais das mais variadas, desafiando a estabilidade do ordenamento jurídico. Daí a importância de se conceber um modelo de convivência social baseado em princípios que todos possam assumir e defender. É nesse cenário que autores como John Rawls³⁷ buscam conceber a sua teoria de justiça. O problema do liberalismo político, que será melhor trabalhado posteriormente e que também embasa o fato de haver tantas decisões destoantes no âmbito do Poder Judiciário, consiste no desafio de elaborar uma concepção política de justiça diante de uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, e, para este trabalho de forma mais específica, como este conjunto de fatores pode auxiliar para que o Poder Judiciário emita sinalizações a reforçar todo este sistema de justiça.

O ideal de uma justiça equânime, que responda isonomicamente aos casos afins, interessa a vários ordenamentos jurídicos. Entretanto, o que varia são as alternativas para a consecução da segurança jurídica e a família jurídica a que o país esteja filiado. Os dois principais modelos jurídicos existentes na ordem mundial são o *civil law* e o *common law*,

³⁵ O *stare decisis* é um instrumento para o alcance da previsibilidade num direito percebido como de menor racionalidade do que o do direito da época do positivismo científico, tem grande relevância para se apontar para a imprescritibilidade de um sistema de Precedentes obrigatórios num direito como o brasileiro contemporâneo, em que se tornou absolutamente comum decidir casos iguais de modo diferente, sem se dar qualquer importância para a previsibilidade, valor moral indispensável para o homem se desenvolver e requisito necessário para a racionalidade econômica. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43)

³⁶ *Ibid.*, p. 113.

³⁷ RAWLS, John. *Liberalismo Político* (1993). Tradução. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2011, p. 17.

ambos sofreram influência do direito romano em sua formação e primam pela segurança jurídica³⁸, mas se desenvolveram de forma distinta. O direito brasileiro tem como fonte primordial a lei, por se filiar ao sistema *civil law*, uma vez que o sistema *common law* adota como fonte a jurisprudência.

A base do modelo *civil law*, desenvolvida principalmente em Bolonha, na Itália, a partir do Século XI, época em que os textos romanos foram reestudados, é a lei. O principal objetivo desses estudos era transformá-los em um sistema coerente e, para tanto, conceberam-se técnicas aptas a dar coerência, harmonia e segurança jurídica entre os textos legais.³⁹ Essa fase foi marcada pela reorganização da sociedade como um todo, desenvolvimento das cidades e comércio, separação entre o direito e a religião, o que deu ensejo à autonomia do direito. Os países da América Latina, colonizada por portugueses e espanhóis, bem como Alemanha, França, Espanha, Itália e Portugal adotam o modelo *civil law*, enquanto que nos países de origem anglo-saxônica vigora o *common law*, que privilegia o direito costumeiro e caracteriza-se pela ausência de norma escrita, sendo aplicado com base em precedentes. Remonta ao tempo da conquista normanda de 1066⁴⁰, mas foi por volta do Século XIII que as decisões passaram a ser reduzidas a termo e compiladas de modo sistemático em anuários jurisprudenciais.

Desde a sua formação, o sistema *common law*⁴¹ preocupou-se com o problema dos julgamentos contraditórios, enfatizando a importância de ater-se a casos já julgados anteriormente na decisão de casos similares, a fim de conferir certeza e continuidade do direito. Enquanto prevalece no modelo *civil law* o direito escrito, de índole prevalentemente codicística⁴², cujo primado recai na norma legal que, por sua vez, demanda interpretação e é fruto do racionalismo jurídico, predomina no sistema *common law* o precedente judiciário, que prioriza a justiça do caso concreto, que só pode ser alcançada quando casos iguais são tratados isonomicamente.

³⁸ Os dois sistemas supramencionados foram fiéis ao princípio da segurança jurídica; na Europa continental buscou-se os ideais de justiça por meio da codificação da lei, ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, cujo sistema de precedentes prevaleceu sobre a codificação.

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

⁴¹ O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano. (WAMBIER. Op. cit., p. 54).

⁴² MANCUSO. Op. cit., p. 200.

Cumpra ressaltar que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, este fundamentou-se no *stare decisis*, enquanto que aquele voltou-se para interpretação pura da lei, negando a importância dos tribunais e suas decisões, o que dava ensejo a decisões diferentes em “casos iguais”. Em que pese a lei ser fonte primária do sistema da *civil law*, adotado pelo Brasil, em uma concepção pós-positivista, não se pode mais admitir um ordenamento jurídico dissociado de qualquer interpretação jurisdicional, haja vista que a sociedade, em sua dinâmica evolutiva, passa por diversas transformações e que, por óbvio, não são acompanhadas pela lei, em decorrência da dificuldade do legislador em prever todas as situações concretas que podem ser abrangidas.

Deve-se abandonar a ilusão de que a norma legal, quando se apresenta clara e precisa em seu enunciado, oferece um conteúdo unívoco, absolutamente estável e estreme de dúvida, de tal sorte a dispensar a tarefa interpretativa⁴³. A lei é apenas o ponto inicial a partir do qual o juiz elabora sua decisão, visto que não se interpreta sem valorar e optar por resultados da atividade interpretativa; a decisão, portanto, atribui significado ao texto, expressa a norma jurídica. Assevera Tereza Wambier que normas que se encaixam no mundo empírico de modo integral e levam em conta justamente as peculiaridades de cada caso, dão lugar para a “liberdade” do juiz, de analisar todas as facetas do quadro fático e destinar-lhe a interpretação devida.⁴⁴

A evolução da teoria da interpretação⁴⁵, o impacto do constitucionalismo e a transformação do próprio conceito de direito fizeram surgir uma nova racionalidade jurídica no *civil law* e coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito. A dicotomia entre *civil law* e *common law* já não é tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre os regimes. A globalização alcança o direito à medida em que há a formação de sistemas jurídicos que adequam seus

⁴³ Muitas razões que vão desde as dificuldades vernaculares até o próprio evoluir dos acontecimentos, valores e interesses ao longo do tempo de duração da norma, impõem a indispensabilidade do labor exegético e induzem o seu inevitável corolário: a virtualidade de mais de uma inteligência sobre um mesmo texto, preparando terreno para o dissídio jurisprudencial. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164).

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

⁴⁵ A teoria da interpretação que se aproxima da época da Revolução Francesa é denominada formalista ou cognitivista. A interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva, resultando numa descrição ou declaração. Nessa teoria o conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz investiga ou conhece para declarar o que está gravado no texto. O intérprete está preso à uma norma preexistente. Porém, a evolução da teoria fez ver que o intérprete valora entre um dos resultados interpretativos possíveis. A norma, portanto, não está implícita no texto legal, não antecede à interpretação, mas dela deriva. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64).

valores e fundamentos à nova realidade social, a fim de encontrar soluções coerentes entre as propostas dos modelos *civil law* e *common law* e, conseqüentemente, estabelecer previsibilidade e isonomia. A principal característica dessa aproximação deve-se à maneira de interpretação e aplicação do direito, no *common law* tem havido crescente produção legislativa, ao passo que no *civil law* a criatividade judicial e utilização de outras fontes do direito, que não a lei, tem possibilitado discussões para cada caso concreto.

A transformação da família *civil law* em razão do impacto do constitucionalismo, do desenvolvimento da teoria da interpretação e do emprego acentuado de cláusulas gerais eliminaram as pretensões do positivismo logicista. O ideal de justiça equânime é o anseio comum de ambos os sistemas jurídicos, a distinção reside na administração da justiça, mas é inquestionável que a previsibilidade sempre foi indispensável à vida dotada de racionalidade. Para Mancuso⁴⁶, os regimes que partiram de diferentes pontos na história, agora caminham na mesma direção ao compartilhar os mesmos objetivos. Portanto, a atenuação progressiva da diferença entre esses dois grandes sistemas traduz claramente que o direito não é estático, sofre influência decorrente da mudança da realidade social, sendo indispensável encontrar soluções razoáveis e coerentes, uma vez que a multiplicidade de decisões distintas para casos semelhantes inviabiliza o respeito ao direito e à segurança jurídica. A segurança e a previsibilidade, no *civil law*, só podem ser viabilizadas por meio da lei e de sua estrita aplicação pelo juiz, por sua vez, no *common law* nunca houve dúvida que o juiz interpreta a lei e cria o direito para o caso concreto, diante dessas premissas e da contemporânea aproximação dos sistemas, a força vinculante dos precedentes passa a ser instrumento capaz de garantir a tal segurança e previsibilidade que a sociedade precisa para se desenvolver.

As decisões dos juízes do *civil law*, no mínimo quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade nos mesmos moldes das decisões do *common law*, o que significa que a realidade brasileira, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais por qualquer juiz ou tribunal ordinário e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das supremas cortes.⁴⁷ O alicerce dos precedentes na família *civil law*

⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

está no princípio da legalidade e da isonomia, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro foi “concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança jurídica para o jurisdicionado”⁴⁸, por também ser essa a finalidade do sistema *common law*, a distinção está no modo de operacionalizá-los.

É evidente que a teoria dos precedentes obrigatórios pode atender às necessidades de ambos sistemas jurídicos. Com o reconhecimento da importância de se valer de julgamentos anteriores para nortear a decisão de casos semelhantes, a fim de afastar as possíveis contradições, um exemplo salutar da aproximação do *civil law* e *common law* no Brasil é a entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 2015, que estabeleceu taxativamente a obediência aos precedentes, mas já a alguns anos o direito processual brasileiro vem tomando contornos para uma atuação paradigmática dos tribunais superiores.

Precedentes judiciais são decisões judiciais de casos concretos, cujo cerne essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Assim, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada precedente.⁴⁹ Por ter sido desenvolvido no sistema *common law*, os precedentes encontram na teoria do *stare decisis* o meio de operacionalização do sistema retro mencionado, que determina a força obrigatória dos precedentes quando derivados dos tribunais superiores e formam a base da função criativa da jurisprudência. Entretanto, *stare decisis*⁵⁰ e *common law* não se confundem, tendo em vista que aquele constitui apenas um elemento deste, cuja origem é bem mais antiga.

Entendido como precedente de respeito obrigatório, o *stare decisis* corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, devido ao *status* do órgão que a criou, deve ser respeitada pelos órgãos de grau inferior. Assinala Elpídio Donizete⁵¹ que, no Brasil, ainda que de forma mitigada, aplica-se o *stare decisis*, porém, totalmente desvinculado da ideia de

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009. p. 49. Disponível em

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* – Volume único. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2328.

⁵⁰ Do latim, *stare decisis et non quieta movera*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

⁵¹ DONIZETE, Elpídio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revistas UNIFACS*, p. 4. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

que o juiz deve apenas declarar o direito oriundo de precedente firmado em momento anterior, obviamente, com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas. O ponto central está na capacidade que o *stare decisis* tem de promover a previsibilidade, estabilidade e a eficiência do sistema legal, enquanto também limita o poder de discricionariedade judicial e amplia a integridade do processo judicial. Os precedentes revelam algo que é autônomo diante da lei, que dela não é mera consequência lógica. Fundamentos que explicam o sentido outorgado ao texto da lei, a declaração da sua validade ou invalidade, ou ainda a admissão da validade de determinada interpretação em detrimento de outra, para Marinoni, constitui algo que se insere numa ordem jurídica de maior amplitude, integrada pelas leis e pelos precedentes judiciais.⁵² Portanto, estes são indispensáveis para que se tenha unidade e racionalidade do direito, inclusive previsibilidade e igualdade.

Em que pese há mais de vinte anos o direito brasileiro vir adotando a teoria dos precedentes judiciais, inúmeras decisões são proferidas sem observar os julgados das Cortes Supremas. A expressão do caminhar evolutivo dos precedentes brasileiros se deu com a Lei 8.038/90, em que o relator, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, passou a poder decidir monocraticamente e negar seguimento a pedido ou recurso que contrair, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. Além disso, a Emenda Constitucional nº 03/1993 alterou o artigo 2º da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade.

A referência mais significativa na aplicação dos precedentes judiciais no Brasil foi o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 que, além de ter realizado a reforma do Poder Judiciário, inseriu no ordenamento a repercussão geral nas questões que desafiam recurso extraordinário (artigo 2º, §3º, da Constituição Federal) e as denominadas súmulas vinculantes. Indispensável para a clara absorção do sentido e importância da obrigatoriedade dos precedentes e atenuação das disparidades entre os dois sistemas jurídicos é a distinção dos institutos destinados a uniformizar decisões conflitantes em casos semelhantes.

Precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas são elaborados exclusivamente por tribunais colegiados. Partindo do pressuposto que o intérprete pode, a partir de atividades- interpretação legítimas e razoáveis, retirar mais de uma norma de um só texto legal, surge por consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

significado atribuível à lei⁵³. Não se pode negar que o direito assume o posto das decisões das Cortes Supremas, por ter abandonado a análise fria do texto legal. Essas decisões passaram a ser critérios de orientação da sociedade e de solução de conflitos, dando ensejo à origem dos precedentes.⁵⁴ Entretanto, esta função de definir o significado atribuível a lei não pode ter por fundamento convicções particulares do magistrado, mas sim o conjunto de princípios que fundamentam o sistema legislativo na qual está inserida.

Mancuso⁵⁵ conceitua jurisprudência como uma “sucessão de acórdãos consonantes, sobre um mesmo tema, prolatados em modo reiterado e constante, por órgão jurisdicional colegiado, num mesmo foro ou justiça”. É abstrata porque não se materializa de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica. A jurisprudência ajuda a esclarecer o real sentido da norma, pode ser invocada, juntamente com a doutrina, como argumento de reforço nos arrazoados forenses⁵⁶. Em que pese ter a jurisprudência elevada carga de eficácia, servindo de fundamento em recursos e podendo converter-se em súmula, no direito brasileiro não é considerada fonte formal, como ocorre nos países que adotam o *common law*; o que prevalece é a norma legal, a lei continua sendo a principal fonte de direitos e obrigações imposta a todos.

O precedente possui caráter objetivo, visto que se trata de uma decisão específica que será utilizada como fundamento na decisão de outros processos. Um precedente já é o suficiente para fundamentar a decisão do processo julgado posteriormente, enquanto a jurisprudência como razão de decidir exige do julgador a indicação de vários julgados no mesmo sentido. Em outras palavras, o precedente corresponde a um pronunciamento judicial relativo a um caso específico, enquanto a jurisprudência encerra uma pluralidade de decisões atinentes a vários casos concretos.

Como consolidação objetiva de reiterados precedentes e da jurisprudência tem-se a súmula. Diante de teses jurídicas antagônicas e questões controversas, os tribunais produzem súmulas que pacificam o entendimento sobre determinada matéria e se consubstanciam em enunciados (redução substancial do precedente vinculante ou jurisprudência). A súmula

⁵³ Ibid., p. 93.

⁵⁴ A questão que precisa ser esclarecida são as balizas a serem utilizadas pelos integrantes destas cortes para responderem de maneira satisfatória aos conflitos que se apresentam. Estas questões decididas orientam a sociedade quanto ao seu comportamento, mas também são frutos das decisões sociais. Enfim, é uma via pública de mão dupla que não admite visões particulares.

⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁵⁶ Ibid., p. 205.

consiste na eleição entre opções interpretativas relativas a normas gerais e abstratas e, portanto, não pode ser considerada um precedente em sentido próprio. O principal objetivo desses enunciados é expungir do ordenamento jurídico as divergências jurisprudenciais, a fim de resguardar uniformidade na interpretação e aplicação do direito.⁵⁷ É dever do Tribunal, ao pacificar entendimento majoritário sobre específica situação jurídica, formalizar tal posicionamento por meio de enunciado de súmula, a fim de determinar expressamente a jurisprudência do tribunal a respeito da matéria.

Ressalte-se, por oportuno, que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 927⁵⁸, dotou de eficácia vinculante os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. As questões de direito definidas por precedentes iluminarão a vida social e servirão de bússola para os demais juízes e tribunais resolverem os casos concretos. Em países federados como o Brasil, os tribunais superiores têm a missão de exercer a função nomofilática⁵⁹ em detrimento da uniformização da interpretação do direito, funcionando como verdadeiras cortes de precedentes. Esse sistema oportuniza o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo e sofisticado, que não há qualquer relação de paralelismo entre definir o sentido do direito e obstaculizar o seu desenvolvimento; ao contrário, o poder de atribuir sentido ao direito traz em si o de desenvolvê-lo. Para Tereza Wambier⁶⁰, o precedente não é sinal de “engessamento” do direito, mas de estabilidade.

Um sistema judicial que, apesar da intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir “justiça” aos casos concretos. Em contrapartida, se esse mesmo sistema confere autoridade

⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidade y justicia, Proceso y Constitución - El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra. Ed., 2015, p.136-137.

⁵⁸ BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

⁵⁹ É a função que os tribunais superiores têm de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito. Na jurisprudência, o termo foi usado no voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento da RCL 4.335/AC: após constatar a “evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos”, consignou que o STF e o STJ “têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades ‘que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente’ e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes”. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 30 jun. 2017.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: civil law e common law*. *RePro*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

às decisões judiciais e as estabelecem como precedentes dotados de força obrigatória ou vinculante, estará garantindo a imparcialidade da prestação jurisdicional em todas as esferas do Poder Judiciário e, por consequência, dificultará o “jeito” e o “lobby”, peculiares às relações dotadas de pessoalidade e características à formação cultural brasileira.

O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da justiça, com todas as suas perversas consequências. Os problemas que acometem o Poder Judiciário, tais como a morosidade da justiça e tratamento não isonômico das partes litigantes, devem ter sua origem nos excessos ou desvirtuamentos provocados pela divergência que acarreta em decisões diferentes em casos semelhantes, e não na divergência em si mesma.⁶¹ Quando o direito é desenvolvido mediante uma análise profunda das novas e distintas realidades, ocorre, por consequência natural, um processo gradual e lógico que desaguará em questões de extrema importância para a sociedade, com a segurança jurídica e o tratamento isonômico. A obrigatoriedade de as decisões judiciais orientarem-se sob a ótica dos precedentes confere à atividade judicial um caráter peculiar que contribui para a coerência na aplicação do direito.

2.3 A função uniformizadora dos Tribunais Superiores

Em razão da existência de vários ângulos sob os quais a lei pode ser examinada, é compreensível que haja divergências interpretativas. A lei tem uma estrutura linear, visa alcançar a máxima clareza para definir os conceitos a ela inerentes. Alerta Mancuso que é imperioso abandonar a ilusão de que a norma legal, quando se apresenta clara e precisa em seu enunciado, oferece um conteúdo unívoco, absolutamente estável e estreme de dúvida, de tal sorte a dispensar a tarefa interpretativa⁶². O operador do direito não pode furtar-se de utilizar os métodos hermenêuticos, tais como o gramatical, histórico, teleológico, sistemático, dentre outros, para interpretar e aplicar a lei, levando em consideração as mutáveis ocorrências sociais e as múltiplas possibilidades interpretativas.

Além da divergência de interpretação, a que se relaciona às distintas jurisprudências resulta das dificuldades imanentes à própria tarefa interpretativa, constituindo-se em uma

⁶¹ Divergência jurisprudencial, em si, não é um mal, mas pode vir a se converter, se faltarem critérios lógicos e racionais que permitam contê-la em limites razoáveis, a saber, ali onde o dissídio se justifique ou seja inevitável, e ainda assim numa dimensão administrável, que não comprometa a boa distribuição da justiça. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 165).

⁶² *Ibid.*, p. 161.

ocorrência previsível e inevitável, tanto é assim que a própria lei processual prevê recursos fundados em dissídio pretoriano, seja no interior de um mesmo órgão fracionário de Tribunal, entre frações de um mesmo Tribunal, ou entre Tribunais diversos. Essa dissonância causa efeitos nocivos aos cidadãos e fragiliza o próprio sistema jurídico. Entretanto, o engessamento da norma através de precedentes é prejudicial, o que de fato deve haver é um equilíbrio, que será alcançado por meio de decisões uniformes que causem uma estabilidade relativa.

Há que ressaltar que a divergência jurisprudencial, por si só e dentro de limites razoáveis, não constitui um problema tangencial. Conforme renomada doutrina⁶³, a divergência exegética deve ser vista como uma virtualidade previsível, em um sistema jurídico cujo primado reside na normal legal, que por definição é abstrata, geral e impessoal; é inevitável interpretar a lei diante de sua aplicação no caso concreto. No ordenamento jurídico brasileiro há a preocupação em saber como o Judiciário deve se expressar diante da inafastabilidade de diversas interpretações, sendo a solução para o problema a imposição da interpretação pelos tribunais superiores.

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, tais como princípios implícitos, costumes, precedentes, visando solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade e racionalidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão.⁶⁴ O problema não reside na divergência em si, visto que é fenômeno natural do modelo adotado pelo ordenamento jurídico, mas em sua utilização excessiva, no nível e modo em que vem se manifestando⁶⁵,

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 278.

⁶⁵ O exame isento e desapaixonado da questão vai pondo em evidência que a *origem dos males* está na sua ocorrência em situações em que ela não se justifica, ou quando ela se distende para além do que seria razoável, à semelhança do que se passa com as células no organismo humano: sua reprodução é fenômeno normal, fisiológico e necessário, mas o descontrole exacerbado nessa multiplicação conduz a quadros patológicos, de difícil e, às vezes, impossível tratamento. A divergência jurisprudencial incidente sobre casos análogos, à exceção de situações em que o dissenso é compreensível ou mesmo se mostra inevitável, deixa de ser aceitável na ausência de fatores que poderiam justificá-la, a saber: a defasagem da norma em face da alteração de suas originárias fontes substanciais; a superveniência de direito novo; o advento de exegese jurídica em muito superior à precedentemente assentada. (MANCUSO. Op. cit., p. 169).

no entanto, poderá tornar-se em um significativo mal se inexistirem critérios lógicos e racionais capazes de contê-la. O direito de acionar o Judiciário, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não pode conduzir os cidadãos a uma situação processual aleatória, despedida de previsibilidade e segurança jurídica.

A divergência jurisprudencial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, também estimula a litigiosidade. Em que pese ser natural a dissonância interpretativa e, por vezes, haver reiteradas decisões (de primeiro grau) conflitantes diante de casos similares, uma afronta à unidade do direito é que essa divergência judicial perpassa os Tribunais (órgãos colegiados) cuja função é, por meio da jurisprudência, orientar a atuação dos juízes de primeira instância.

Em todo e qualquer sistema judicial dotado de racionalidade, cabe à corte de vértice definir o sentido dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais, sendo apenas por essa razão lógica incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal ordinário conferir a uma norma constitucional significado diverso daquele que já lhe foi atribuído pela Corte Suprema. Ao expressar o sentido do direito, a corte de vértice passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais. Suas decisões devem ser revestidas de autoridade, em que os demais tribunais inferiores lhes prestem obediência e correspondam ao que a ordem jurídica propõe. Quando a função da Corte Suprema se resume à declaração do sentido exato da lei, nada é adicionado à legislação e, portanto, a decisão não revelará um sentido atribuído à lei, não havendo, assim, precedente dotado de autoridade. Em contrapartida, se a decisão da Corte atribui sentido ao direito, uma vez que há dissociação entre texto e norma, concede-se uma unidade ao direito com a elaboração do precedente.⁶⁶

Às Cortes Supremas é necessário conferir organização e estrutura capazes de lhes permitir o exercício de suas funções, ainda que a teoria da interpretação tenha possibilitado melhor compreensão do papel uniformizador a ser desenvolvido. O juiz passa a colaborar com o legislador para a frutificação do direito, ao passo que não é mais servo da lei e tem o dever de atribuir sentido ao direito. De acordo com Alfredo Buzaid, a necessidade de uniformizar a jurisprudência para evitar decisões contraditórias surgiu há vários séculos, com o instituto do assento, que era um ato do Poder Judiciário consistente em dar à lei interpretação autêntica. Pelo assento não se julgava um caso concreto, mas se determinava

⁶⁶ Proclamar a interpretação mediante precedente e, assim, garantir a unidade do direito, é a função da Corte Suprema, o que significa que a “uniformidade da interpretação” não pode mais ser meio de controle da legalidade, devendo ser vista como sinônimo de “unidade do direito”. A interpretação uniforme era meio de controle da legalidade e o precedente é o meio de tutela da igualdade. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 66).

o entendimento da lei, quando a seu respeito ocorriam divergências manifestadas em sentenças.⁶⁷ Antes mesmo do Código de Processo Civil de 1939, já existia a preocupação com os prejuízos tidos com decisões conflitantes para casos análogos, conforme evidencia Pontes de Miranda.⁶⁸

É papel dos órgãos jurisdicionais manter a estabilidade de suas decisões, uma vez que os motivos para as partes recorrerem crescem na proporção em que há descompasso entre a decisão proferida e a jurisprudência do tribunal. Outro fator preponderante para o acréscimo de recursos e demora na entrega da prestação jurisdicional é a divergência interna entre turmas dos tribunais. São Cortes Supremas, no Brasil – em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal⁶⁹; e infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores – que têm o dever de dar sentido ao direito e torná-lo adequado à realidade. A compreensão de que a interpretação deve se pautar na unificação do direito deveria gerar nos juízes, desembargadores e ministros um sentimento racional de compartilhamento da jurisdição⁷⁰, principalmente porque ao prestar a tutela jurisdicional, o Judiciário garante o controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador, e decisão desse nível não pode deixar de observar os precedentes da Corte Suprema.

Diante de reiteradas decisões sobre assuntos específicos, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, conservar a liberdade do juiz intacta, como se nenhuma orientação decisória houvesse, significaria negar a estes tribunais a própria função paradigmática, além de afrontar o princípio da economia processual, tendo em vista que dificilmente a decisão proferida no processo viria a coadunar-se com o entendimento já pacificado nas cortes.⁷¹ A tutela da confiança nos precedentes das Cortes Supremas é fundamental não só para garantir a realização dos direitos, mas também para viabilizar os

⁶⁷ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 15, ago. 1984, p. 17. Disponível em <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35081/jurisprudencia.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, Prejulgado e Revista no Direito Processual Brasileiro*: Corte Suprema e Lei nº 319, de 25 de novembro de 1937, relativa às Cortes de Apelação de todo o Brasil. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1937.

⁶⁹ Desde a primeira Carta republicana, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Cabe-lhe, em contrapartida, o dever institucional de divulgar aos jurisdicionados e aos cidadãos em geral, de maneira simples e didática, qual é a compreensão da Corte acerca dos distintos preceitos da Lei Maior. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. – 5. ed. atual. até a EC 90/2015. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/constituicaoedosupremo/>>. Acesso em: 23 maio 2017).

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.133.

primados básicos da sociedade, tais como segurança jurídica, igualdade e previsibilidade das decisões. Quando o próprio Estado, mediante órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito.

Sabendo-se que precedente constitui decisão acerca de matéria de direito e não de matéria de fato, conforme já anteriormente pormenorizado no item 2.2, tem-se por imprescindível a análise dos principais argumentos pertinentes ao mérito, uma vez que é formado a partir da decisão judicial.⁷² O significado de precedente não é atingido apenas mediante a diferenciação dos conceitos de decisão, súmula, jurisprudência, já explicitados alhures, mas também a partir da consideração dos seus conteúdos e, especialmente, das porções que, em seu interior, identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de dada questão jurídica. É de imperiosa relevância salientar que o precedente é identificado como o instrumento que orienta as pessoas e obriga os juízes, mas não imobiliza as relações sociais, sequer impede a produção de um direito apropriado à realidade e suas novas e constantes transformações.

O aumento considerável de ações judiciais, devido à cultura da litigiosidade impregnada no cidadão brasileiro, além da aproximação do sistema pátrio ao *common law* – que permite uma atuação mais criativa do juiz⁷³ –, levou ao desenvolvimento de diversos institutos para combater decisões contraditórias, bem como conferir celeridade ao processo e desafogar o Judiciário. Os instrumentos destinados a uniformizar o entendimento dos tribunais estão previstos na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais. Desde a década de 1970, o Código de Processo Civil (1973) previa o incidente processual de uniformização de jurisprudência, como mecanismo para padronizar as decisões dentro dos Tribunais; a Constituição de Federal de 1988 previu também o controle de constitucionalidade, mas apenas em 1999 é que a Lei n. 9.868 foi publicada, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷² Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais, são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir delas. Por ser esta a matéria-prima, os precedentes trabalham essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão. Por encontrar justificção nas decisões, os precedentes operam dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios. (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentando*. 3. ed. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1005.)

⁷³ Vide subtítulo 2.2.

No que tange ao controle de constitucionalidade, a ação direta – dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ou no curso de qualquer ação voltada à solução de um caso concreto –, é o meio de materializá-lo. Também pode ser realizado por meio de técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto”, conforme autoriza o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99⁷⁴. Diante de um caso conflitivo, que chega ao Supremo Tribunal Federal por interposição de Recurso Extraordinário, o controle de constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. No entanto, tem-se entendido, já há algum tempo, que a eficácia da decisão não se restringe apenas às partes destinatárias da decisão, desde que tenha seus efeitos modulados⁷⁵ e estendido *erga omnes* (autorizado pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal) vinculando, assim, todos os órgãos da Administração e do Poder Judiciário.

No direito brasileiro o controle de constitucionalidade pode ser incidental, aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal, ou abstrato, em que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência exclusiva. Quando o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal Federal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, visto que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

A ideia de controle de constitucionalidade está relacionada à supremacia da Constituição sobre todo ordenamento jurídico, bem como à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. A possibilidade desse instituto é uma das inovações mais importantes da jurisprudência, uma vez que os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o direito constitucional.⁷⁶ A Constituição deve ser aplicada literalmente, quando surgem indícios de dúvidas interpretativas se faz presente a lógica da autoridade dos precedentes da Suprema Corte, até porque o controle judicial da constitucionalidade das leis, possui intrinsecamente, a força unificadora do direito, na exata medida em que, num sistema de recíproco controle entre os poderes – *checks and balances* –, não se pode conceber a

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, avr. jun, 2004, p. 164.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. – 33. ed. rev. e atual. até a EC 91/2016. São Paulo: Atlas, 2017, p. 518.

fragmentação do que é dito pelo Poder Judiciário, como decisões judiciais variadas sobre a validade das leis.⁷⁷

Devido à realidade sobrecarregada do Judiciário, à omissão em prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável e ao aumento considerável de ações repetitivas, tornou-se imperioso desenvolver medidas capazes de instrumentalizar os conflitos e assegurar segurança à sociedade. O atual Código de Processo Civil extinguiu o referido incidente, mas reforçou a necessidade de uniformização por meio da implementação do incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos e da própria teoria dos precedentes. A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito, a preservação do princípio da isonomia se dá com o tratamento igualitário de situações fáticas semelhantes com mesma solução jurídica. Para Daniel Neves ⁷⁸, “a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o direito”, além de desestimular a litigância excessiva e atender à estabilidade, confiança, igualdade, coerência, imparcialidade, economia processual e eficiência.

Nesse linear, destaca-se como exemplo emblemático a atuação do Supremo Tribunal Federal em determinar qual interpretação deveria ser dada ao artigo 124, 126 e 128 do Código Penal, que dispõem sobre o aborto. Até a Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54/2004⁷⁹, que teve liminar deferida, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo era conduta ilícita por estar enquadrada na tipificação dos artigos retro mencionados, diante da celeuma, o Supremo Tribunal posicionou-se no sentido de declarar a inconstitucionalidade de tal interpretação, por entender que “o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida, uma vez que no caso do anencéfalo não existe vida possível”.⁸⁰

Para além dessa decisão uniformizadora, cujo julgamento final ocorreu em abril de 2013 – demonstrando, na prática, que a jurisprudência não deve ser estática, mas estável –,

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2333.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54/2004*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

⁸⁰ BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. – 5. ed. atual. até a EC 90/2015. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016, p. 52. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/aconstituicaoedosupremo/>>. Acesso em: 23 maio 2017.

a 1ª Turma do Supremo Tribunal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016⁸¹, inaugurou nova jurisprudência sobre assunto ao entender também não ser crime a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Em que pese o Código Penal ser de 1940, é imprescindível que a jurisprudência acompanhe a evolução moral da sociedade e adeque a legislação, sempre com o escopo de garantir os preceitos básicos de segurança jurídica, igualdade, previsibilidade das decisões e liberdade.

Outra manifestação da Corte Suprema que merece destaque, e que também será pormenorizada oportunamente, é o caso da união homoafetiva e o seu enquadramento como união estável, que se deu por meio da ADPF nº132 e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 4.277, de 2011. Para o Supremo, valendo-se do fenômeno da mutação constitucional, “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”⁸², portanto, a isonomia entre casais héteros e homoafetivos somente ganha plenitude se houver igual direito subjetivo à formação de uma “autonomizada família”. Mais uma vez a Constituição, por meio da interpretação a ela destinada, acompanha a evolução no plano dos costumes.

Ademais, o artigo 926 do novo Código de Processo Civil determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Como já ventilado alhures, além da divergência interpretativa dos juízes de primeiro grau, os próprios órgãos internos dos tribunais relutam e divergem entre si. Diante dessa celeuma, o dispositivo legal em análise é fundamental para que o ambiente decisório alcance a devida isonomia e previsibilidade. Por jurisprudência estável entende-se que há uma proibição aos tribunais em deixar de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa plausível. Alerta Daniel Neves⁸³ que “a exigência de que os tribunais mantenham sua jurisprudência uniformizada estável não cria uma vedação completa para a sua modificação, o que traria indesejável engessamento do Direito”. Estável é a jurisprudência que não se altera com tanta frequência. Íntegra é a jurisprudência construída com base no histórico de decisões proferidas pelo tribunal, com observância à interpretação e aplicação da norma em situações

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 124.306*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2EENUME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

⁸² BRASIL. A Constituição e o Supremo. – 5. ed. atual. até a EC 90/2015. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016, p. 1475. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/constituicaoedosupremo/>>. Acesso em: 23 maio 2017.

⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* – Volume único. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2335.

fático-jurídicas análogas. A essência da ideia de uniformização de jurisprudência está na coerência exigida pelo art. 926 do diploma processual vigente, uma vez que assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, principalmente, em razão da função que exercem estes tribunais no organograma do Poder Judiciário, deve exercer influência definitiva nas decisões dos demais órgãos⁸⁴. Entretanto, apesar das distintas funções dos tribunais de segundo grau e das Cortes Supremas (tribunais de superposição), o dever de uniformização não é exclusivo dos tribunais superiores. Aos tribunais de superposição é vedado reexaminar os fatos da demanda, em razão dos limites do efeito devolutivo, ao contrário do que ocorre no âmbito dos tribunais de segunda instância, ainda assim, em qualquer órgão colegiado existe o dever de harmonização do entendimento⁸⁵.

Ao se reportar ao dever moral de uniformização de jurisprudência, destinado aos componentes individualmente considerados do tribunal, Daniel Neves⁸⁶ assinala que “caso o desembargador ou ministro perceba que seu entendimento é isolado, poderá se submeter ao entendimento da maioria, ainda que não exista qualquer precedente vinculante ou súmula que o obrigue juridicamente a adotar tal conduta”. Tal modo de agir é moralmente digno de elogios por destinar devida preocupação com o dever de uniformizar a jurisprudência, colhendo-se os frutos benéficos dela. Corrobora nesse sentido também Luiz Guilherme Marinoni, ao asseverar que “a compreensão de que a interpretação da lei e a solução das questões de direito é um ‘processo’ que deve gerar aos juízes, desembargadores e ministros um sentimento racional de compartilhamento da jurisdição”, uma vez que a análise inicial se dá pelos juízes de primeiro grau e tribunais de apelação e culmina na Corte Suprema, “a quem compete atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo para torna-lo adequado à realidade”.⁸⁷ A dificuldade reside justamente no fato de compreender tal realidade por meio de uma lente que tenha os parâmetros corretivos necessários a evitar distorções naturais decorrentes das condições particulares de cada magistrado.

Uma vida conforme o direito e, conseqüentemente, permeada pela responsabilidade, só é viável em um Estado que resguarda a coerência jurídica. A compreensão que a

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.133.

⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2334.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 2335.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

magistratura precisa alcançar é a de que a sua liberdade e independência judicante não se traduz em decidir conforme a consciência do magistrado, mas sim conforme as deliberações emanadas da sociedade, refletidas no texto legal e que por eles serão equacionadas. Nos capítulos seguintes, busca-se chegar a uma resposta sobre qual seria este norte deliberativo a ser observado.

2.4 A interseção da filosofia com o direito

Resta claro que o problema investigado tem estreita ligação com a interpretação e a natural aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Considera-se que o sistema atual não atende perfeitamente aos requisitos de segurança e justiça, pois produz decisões díspares para situações semelhantes. O sistema jurisdicional, tal qual acima exposto, tem buscado instrumentos e as suas conseqüentes soluções sem, entretanto, lograr êxito em suplantar o problema. Os tribunais, mesmo com os instrumentos processuais disponíveis, depararam-se com dificuldades pontuais para uniformizar as suas decisões, demonstrando que a resposta ao problema não tem encontrado guarida no âmbito exclusivo do direito processual. A praticidade do direito processual demanda soluções que transcendam a simples prática e que estejam fundadas em um pensamento multidisciplinar, e é neste contexto que se pretende a correlacionar e evidenciar a importância da filosofia na busca por decisões justas e coerentes.

Considerando a filosofia como uma visão universal da realidade, a justiça insere-se em posição central dos temas que lhe são próprios para reflexão. Assim, sempre que a perplexidade diante do real aflora, a filosofia encontra espaço perfeito para o seu desenvolver. Nas palavras de Paulo Nader, “a filosofia se identifica como método de reflexão pelo qual o homem se empenha em interpretar a universalidade das coisas”⁸⁸. A indagação constante é uma característica peculiar do filósofo que está em busca permanente e incessante pelo conhecimento. Destas perguntas advém respostas que geram novas indagações até que o sentido das coisas seja alcançado, notabilizando o filósofo em um intérprete fundamental da realidade. A verdade é a grande paixão do filósofo, constituindo-se em motivo determinante para a incansável caminhada até encontrá-la⁸⁹.

Já o direito, tido como mais factual do que a filosofia, é entendido como o regulamento concreto acerca dos fatos sociais que objetiva encontrar soluções para os

⁸⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

⁸⁹ O exercício reflexivo constante do filósofo fez com que a pergunta sobre a utilidade da filosofia ganhasse relevo sem, contudo, ter qualquer fundamento a lhe sustentar.

problemas que se apresentam. Conforme afirma Miguel Reale, “o direito é a realidade universal, onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e de convivência”⁹⁰. Sem o direito não foi possível a vida em sociedade, como também sem a sociedade o direito perderia a sua razão de existir. O direito representa um dos aspectos da vida social, sendo esta muito mais ampla em seu objeto de estudo do que aquele, servindo a filosofia do direito como um dos braços de ligação do direito com as ciências afins⁹¹.

Aduz Paulo Gusmão que se a norma foi editada conforme as regras do processo legislativo, estará de acordo com o direito, terá atingindo os seus requisitos formais. Não obstante, filosoficamente, pode lhe faltar validade, por ser incompatível com a “ideia do direito”, a esta ideia é que a norma deve espelhar. Este espelho, não raras vezes, reflete a imagem com deformações, são os tribunais reverberando as suas posições. Para o autor, sob o viés filosófico, tais manifestações distorcidas dos tribunais são discrepâncias jurídicas, abrindo-se um caminho de distanciamento entre a filosofia e o direito, vez que este reconhece esta manifestação como o próprio direito, enquanto “a filosofia do direito nega-lhes juridicidade”⁹².

Este elo de correlação existente entre a filosofia e o direito é de fundamental relevância para o desenvolvimento da ciência jurídica, pois instiga e fomenta dúvidas sobre o que se tem como definitivo no direito, incentivando reformas jurídicas e apresentando alternativas para os problemas postos pela ciência jurídica, notadamente o tido por insolúvel problema do conflito entre o direito normativo e a justiça⁹³. Os atuais currículos das faculdades de direito são recheados de disciplinas voltadas para o mercado de trabalho, formando profissionais pragmáticos para os quais os códigos são as tábulas de salvação sem uma origem clara, mas aos quais lhes devem obediência incondicional, o pensar crítico e reflexivo deixou de ser exigência neste novo cenário de mera aplicação da norma. Reside neste atual cenário normativo-interpretativo a grande relevância da reflexão filosófica a

⁹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20a ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

⁹¹ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 89.

⁹² Interessante a metáfora utilizada pelo autor ao afirmar que “o filósofo sabe que o direito, como as joias, tem falsificações perfeitas, muito bem elaboradas, passíveis, muitas vezes, de enganar juristas e políticos. Não correspondendo a sua ideia são direitos com letra maiúscula. Mas, mesmo observando-a, mesmo assim a Humanidade jamais conseguirá que o direito esgote, em suas formas históricas, a sua ideia. Será, assim, sempre imperfeito, como toda obra humana, jamais igual ao seu modelo. Daí ter razão Gurvitch quando define o direito como tentativa de realizar a justiça”. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 75-76).

⁹³ Este dilema restou perenizado por Eduardo Couture ao descrever os seus 10 mandamentos do advogado, asseverando no 4 mandamento que: teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça”. (COUTURE, Eduardo Juan. *Os mandamentos do advogado*. Trad. Ovídio Baptista da Silva. S.A. Fabris Editor, 1999).

representar um saber crítico a respeito das construções jurídicas que não pode ser relegado, sob pena da ciência jurídica estagnar⁹⁴.

Já quando se fala em direito processual, a correlação com a filosofia não é tão evidente quanto a acima disposta. O direito processual tem por objeto de estudo um conjunto de normas que regula a jurisdição, compreendendo norma como gênero, e os princípios e as regras são espécies⁹⁵. Desta forma, tem como resultado a atividade jurisdicional caracterizada por um ato do juiz denominado sentença, este ato judicial tem por finalidade resolver um conflito fático existente, portanto, concreto. O direito processual tem na concretude do seu objeto uma das suas características mais contundentes, e esta concretude que serve de base para o direito processual pode se apresentar como um ponto de distanciamento com a filosofia.

A falta de cordialidade do direito processual para receber uma reflexão mais profunda sobre seus temas de interesse fez com se perguntasse se aquele não seria uma região inóspita para a reflexão filosófica⁹⁶. O problema apresentado neste trabalho mantém correlação com as consequências de decisões judiciais que, apesar de legítimas – dado o caráter iminentemente processual –, por vezes, não se coadunam com a justiça, tão esperada e necessária. A resposta que se busca é pela reflexão filosófica. A filosofia começa como um estado de inquietação e de perplexidade, tal qual nas raízes deste trabalho, para depois culminar com uma atitude crítica diante do real e da vida⁹⁷. Não é correto caracterizar a filosofia como puro exercício mental ou uma atividade lúdica, ao entregar um modelo de interpretação, ela se correlaciona com a realidade e passa a influenciar não só as ciências, mas o comportamento dos atores sociais⁹⁸.

⁹⁴ Bittar e Almeida, ao comentarem sobre a correlação entre o direito e a filosofia, chamam a atenção para a importância do caráter universal da filosofia do direito afirmando que “a reflexão filosófica sobre o direito não pode extenuar-se. De fato, seu compromisso é manter-se acesa e atenta às modificações quotidianas do Direito, à evolução ou à inovação dos institutos jurídicos das instituições jurídicas-sociais, às práticas de discurso do Direito, às realizações político-jurídicas, ao tratamento jurídico que se dá a pessoa humana. Então, a Filosofia do Direito é sempre atual, é sempre de vanguarda, pois reserva para si esse direito-dever de estar sempre impregnada da preocupação de investigar as realizações jurídicas práticas e teóricas”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 59-60).

⁹⁵ No sentido explorado por Robert Alexy.

⁹⁶ Pergunta cunhada e desenvolvida em artigo de autoria de Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira. (ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista dos Tribunais online*. Revista de Processo. Vol. 166, p. 27. Dez, 2008, p. 02. Disponível em <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidadedoprocesso.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

⁹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, fls. 6.

⁹⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

O magistrado, ao decidir, assim o faz tranquilo quando amparado pelo texto legal. Já o filósofo indaga qual a razão do magistrado ter de apoiar-se na lei ou porque não admitir que o magistrado possa decidir contra a lei, criando uma solução para o caso, convencido da injustiça que a aplicação da lei determinará. Quais seriam os limites da obrigatoriedade da lei? Nas palavras de Reale, enquanto o jurista constrói a sua ciência partindo de certos pressupostos, que são fornecidos pela lei e pelos códigos, o filósofo do direito converte em problema o que para o jurista vale como resposta ou ponto assente e imperativo. A missão da Filosofia do Direito é, portanto, de crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-se possível.⁹⁹

A inegável contribuição da filosofia para o direito precisa encontrar reverberação semelhante no recorte do direito processual. Aduzem Abbud e Oliveira que tal reverberação não deveria ser nem ao céu, nem ao inferno, ou seja, não deve se dar uma rebelião dos processualistas em detrimento da prática, tampouco um absolutismo filosófico que determine a resolução dos problemas processuais por meio único da filosofia¹⁰⁰. É neste contexto simbiótico que este trabalho pretende se desenvolver, ao considerar que na seara filosófica se encontra a noção geral e absoluta do Direito na busca pelo ideal de justiça. E, mais especificamente, buscaremos na teoria da justiça como equidade de John Rawls as bases filosóficas para o direito.

⁹⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

¹⁰⁰ ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista dos Tribunais online*. Revista de Processo. Vol. 166, p. 27. Dez, 2008, p. 02. Disponível em <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidadedoprocesso.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

3 JUSTIÇA COMO EQUIDADE

A compreensão da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com a delimitação de sua função precípua no tocante à análise de conflitos inerentes à vida em sociedade, aplicação da norma ao caso concreto sob o olhar integrador dos mecanismos existentes no ordenamento jurídico para o alcance da uniformização do entendimento dos tribunais, tendo por finalidade evitar decisões conflitantes, é um norte para o nosso trabalho. Entretanto, sob qual prisma analisar os fatos postos à discussão, qual o suporte teórico a balizar as decisões dos magistrados é o que precisa ser discutido.

O presente capítulo apresentará questões básicas e introdutórias no que pertine a teoria da justiça como equidade idealizada por John Rawls. Diante da incógnita apresentada, estabelecida pelo questionamento da possibilidade de haver uma sociedade estável e justa em meio a inúmeras doutrinas religiosas, filosóficas e morais, por vezes incompatíveis entre si, Rawls propõe uma teoria que, fundamentalmente, reflete a maneira de garantir a estabilidade de uma sociedade bem ordenada marcada pelo pluralismo moral razoável. Princípios de justiça, juízos ponderados, elementos constitucionais essenciais, os modelos de justificação (equilíbrio reflexivo e consenso sobreposto), bem como a razão pública são apresentados com o intuito de situar o leitor e lhe municiar de argumentos para o debate que será realizado nos capítulos seguintes.

3.1 A Teoria de John Rawls

Justiça como equidade é o termo pelo qual ficou conhecida a teoria da justiça concebida por John Rawls na segunda metade do século XX, que revigorou a filosofia política, arejando o debate filosófico e fazendo um contraponto explícito ao utilitarismo¹⁰¹. Que não fique entendido aqui o esforço em condensar alguns pontos desta importante construção da filosofia política em poucas páginas como tentativa de simplificação ou diminuição da sua importância.

¹⁰¹ O objetivo de Rawls é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, portanto, a todas as suas versões. Segundo Stuart Mill, utilitarismo “é a teoria ética que responde as questões com base na maximização da utilidade ou da felicidade, sendo corretas ou incorretas as ações na medida em que promovem ou não a felicidade”. (BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Trad. Desidério Mrucho et alii. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 396-397).

Em sua obra mais conhecida, *Uma Teoria da Justiça (A Theory of Justice)*¹⁰², Rawls idealiza o seu modelo de justiça social discorrendo sempre pelo coletivo e não almejando encontrar explicações para o individual, a definição do justo ou injusto para o indivíduo não é o escopo do seu trabalho. A teoria da justiça rawlsiana busca responder a seguinte questão:

“(...) como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis entre si? Em outras palavras: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente divergentes, ainda que razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política de um regime constitucional? Quais são a estrutura e o conteúdo de uma concepção política que é capaz de conquistar o apoio de tal consenso sobreposto?”¹⁰³

E para responder a estas indagações pela via da justiça como equidade como postuladas no *Liberalismo Político*, Rawls exhibe, ao longo das suas obras, alguns importantes marcos fundantes que precisam ser compreendidos para que a teoria não se mostre descaracterizada. Pode-se não concordar com a estrutura e desenvolvimento da justiça como equidade e até mesmo da sua possibilidade de atingir os resultados pretendidos, como aliás, muitos autores assim fizeram, levantando diversas objeções à teoria supracitada. Entretanto, o que se deve evitar é a superficialidade no debate sobre a tão relevante construção teórica.

Rawls apresenta uma concepção política de justiça a ser aplicada à estrutura básica da sociedade e aos seus membros, considerados como pessoas políticas¹⁰⁴. O autor deixa claro que não se pretende firmar compromissos com quaisquer doutrinas abrangentes – religiosas, morais ou filosóficas – uma vez que estas refletem o cotidiano do indivíduo inserido no seu grupo profissional, religioso, recreativo, dentre outros. É o que ele chama de cultura do social e não do político. A justiça como equidade traz consigo valores políticos que se refletem nos princípios de justiça que formatarão uma democracia constitucional em que coexistirão, em uma sociedade estável, cidadãos, com doutrinas abrangentes e razoáveis, em liberdade e igualdade de oportunidades.

O desafio inicial da justiça como equidade reside em definir os princípios que norteariam a construção do arcabouço legal e do convívio social. Para tanto, Rawls utiliza-

¹⁰² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰³ Id. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. XIX.

¹⁰⁴ Ibid., p. 13.

se da teoria do contrato social. Cumpre esclarecer que o contratualismo rawlsiano não é amplo como o dos contratualistas clássicos, uma vez que este utiliza a teoria do contrato para, a partir do acordo original, em um exercício hipotético, deduzir os princípios de justiça sem que disto signifique “inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo”¹⁰⁵.

As regras seriam acordadas por cidadãos livres e iguais, adotando uma concepção política de pessoa que é detentora de direitos e deveres, que integram um regime democrático e que compõe uma sociedade bem ordenada, entendida como aquela em que os cidadãos reconhecem a existência e aceitam os mesmos princípios de justiça que são implementados pela estrutura básica da sociedade, e que, por fim, norteia o agir dos cidadãos, pois consideram esta estrutura justa¹⁰⁶. Por ser uma concepção política, a justiça como equidade tem por objeto a estrutura básica da sociedade e não indivíduos ou grupos determinados, pois não se trata de viabilizar ou legitimar o domínio de um grupo social ou doutrina abrangente sobre o outro, mas da convivência cooperativa entre as diversas doutrinas abrangentes que compõe a sociedade. Resta claro que esta sociedade bem ordenada, composta por cidadãos livres e iguais, não é uma sociedade homogênea caracterizada por uma doutrina abrangente, mas sim que tem como cultura de fundo variadas doutrinas abrangentes e razoáveis, sejam elas filosóficas, morais ou religiosas.

A estrutura básica da sociedade tida como o conjunto de instituições políticas, sociais e econômicas, e o modo como a integração entre estes eixos concretizam a distribuição dos benefícios obtidos, à luz da diversidade social, política e moral, depara-se com a inafastável situação de coexistência de cidadãos em posições sociais e expectativas distintas. A justiça como equidade reconhece tais diferenças, mas não se conforma, tendo em vista que apresenta alternativas para equilibrá-las. É cediço que a distribuição dos benefícios dentro desta estrutura básica tem por objetivo imediato suprir determinados bens essenciais, que Rawls trata como bens primários, sendo necessário definir quais seriam estes bens úteis para a sociedade bem ordenada, beneficiando-a coletiva e cooperativamente, pois trata-se de uma concepção política de justiça que não atende, uma vez que não enxerga, interesses individuais¹⁰⁷. Estes bens primários para Rawls seriam: direitos e liberdades fundamentais,

¹⁰⁵ Como afirma o próprio autor, “a justiça como equidade não é uma teoria contratualista completa (...)”. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. – 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 20).

¹⁰⁶ Id. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 42.

¹⁰⁷ Chama atenção a satisfação de condições necessárias para a realização da concepção normativa de pessoa e não simplesmente de indivíduos como seres humanos. A preocupação com o mínimo existencial, em sentido

liberdades de movimento e livre escolha de ocupação, capacidade e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica, renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito¹⁰⁸. Assim, as liberdades fundamentais estariam garantidas e a igualdade de oportunidade fomentada, admitindo-se a diferença mediante a compensação por intermédio de ganhos sociais e econômicos, zelando pela igualitária distribuição da renda e da riqueza.

Rawls atribuiu especial destaque ao autorrespeito¹⁰⁹, devendo ser compreendido com significado ampliado, pelo qual a pessoa teria o entendimento certo de que vale a pena realizar o seu projeto de vida. Mas não se limita a isto, não basta que a pessoa esteja certa que vale a pena realizar o seu projeto, ela precisa confiar que é capaz de realizar isto. Normalmente, não há prazer em realizar aquilo que não se acredita ou que não tenha valor para a própria pessoa, trata-se da autoconfiança para promover os seus objetivos¹¹⁰. É aqui que reside a importância do autorrespeito.

A distribuição dos bens primários caracteriza o contraponto proposto por Rawls ao utilitarismo¹¹¹. Sabe-se que o critério normativo da maximização da felicidade ou bem-estar não logra êxito por não alcançar a todos, mas apenas uma parcela da sociedade, o que pode

convencional, é o ser humano em suas condições de vida minimamente digna. Quando fala em bens primários, o autor refere-se àquilo que as pessoas, não apenas como seres humanos, mas como cidadãos, precisam para serem "membros plenamente cooperativos da sociedade[...]". São coisas de que os cidadãos precisam como pessoas livres e iguais em uma vida plena; não são coisas que seriam simplesmente racional querer ou desejar, preferir ou até mesmo implorar". São exigências que decorrem de uma concepção política de pessoa e de justiça. (WEBER, Thadeu. A ideia de um mínimo existencial de John Rawls. *Kriterion*. Volume 54, n. 172. Belo Horizonte, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹⁰⁸ Rawls faz uma diferenciação entre bens primários sociais e os naturais, alertando que os por ele elencados fazem parte dos sociais, pois os naturais, v.g. saúde e inteligência, fogem ao controle direto do cidadão. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 213).

¹⁰⁹ Id. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 543.

¹¹⁰ "O autorrespeito baseia-se em nossa confiança, enquanto membros plenamente cooperativos da sociedade; ele proporciona um sentimento seguro do próprio valor, uma convicção firme de que vale a pena procurar realizar sua própria concepção do bem. Ele depende de e é incentivado por certas características públicas das instituições sociais básicas, de como elas funcionam juntas e como se espera que as pessoas aceitem esses arranjos considerem e tratar umas às outras. O sentimento de nosso próprio valor, assim como nossa autoconfiança, depende do respeito e da reciprocidade que os outros demonstram ter por nós." (WERLE, Denilson Luis. Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. *Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 194. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹¹¹ Para Rawls, o princípio da utilidade é incompatível com a ideia de reciprocidade: é injusto porque submete os direitos individuais ao cálculo do interesse social. Rawls não aceita a tese utilitarista do balanço automático das perdas e ganhos, transpondo-a de uma moral empírica fundado em fatos, para uma moral *a priori*, fundada em princípios. (THITY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*. Vol. 26, n. 3, set/dez 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000300007>. Acesso em: 14 out. 2017).

gerar instabilidades graves. Admitir que o mais adequado ou pretendido é que os bens sejam disponibilizados ao maior número possível de cidadãos pode refletir um esforço em maximizar o resultado, mas jamais possibilitará que este seja igualitário. Conforme se verá, a justiça como equidade não se conforma com esta condição e, por meio de um dos seus princípios, propõe uma alternativa que seja mais igualitária e justa.

Nesse cenário, como fazer para promover a liberdade e a igualdade por meio de princípios de justiça que reflitam a ideia da cooperação social? Ao descartar a possibilidade de a indagação ser resolvida por intervenção divina¹¹² ou pela sapiência de uma autoridade externa, Rawls propõe que os próprios beneficiários definam quais seriam estes princípios norteadores, apresentando soluções para que nenhum integrante desta sociedade esteja em situação de vantagem ou tenha possibilidade de barganha que outros não possuem. A questão que se apresenta nesse momento é como justificar este acordo quando as partes se apresentam como representantes de diferentes doutrinas abrangentes – religiosas, morais e filosóficas? Não se chegaria a princípios de justiça adequados quando a coerção, a força ou outras situações particulares dos contratantes não fossem suspensas.

A proposta do contrato social notoriamente não era inovadora, mas era desafiadora, uma vez que precisaria superar dificuldades atreladas ao estado de natureza e à própria concepção do acordo: como superar as distorções oriundas dos desejos particulares impregnados por doutrinas abrangentes? Em resposta, Rawls afirma que para conceber tais princípios de forma justa, os cidadãos ingressariam na posição original¹¹³, em que as condições sociais, as inclinações e concepções individuais, não seriam de conhecimento dos partícipes¹¹⁴. Assim, os termos do contrato seriam definidos por cidadãos em condição de

¹¹² Obviamente, da leitura de *Uma Teoria da Justiça* e mesmo de artigos anteriores à obra magna, observa-se que, dentre todas as possíveis vias de justificação apontadas pela tradição filosófica, Rawls rechaça teorizações dogmáticas, que ancoram os princípios de justiça numa lei derivada da divindade, em ordens de valores *a priori*, esquemas intuicionistas ou referências à lei natural. (VOLPATO, Delamar. O direito de uma Teoria da Justiça de Rawls. *Dissertatio*, Volume 34, 63 – 89, 2011, p. 66. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8696/5739>>. Acesso em: 16 out. 2017)

¹¹³ Para Rawls “A posição original é um dispositivo analítico empegado para formular uma conjectura, que é a de que quando perguntamos quais são os princípios mais razoáveis de justiça política para uma democracia constitucional cujos cidadãos são considerados livres e iguais, razoáveis e racionais, a resposta é que esses princípios são fornecidos por um dispositivo de representação no qual partes racionais (como representantes dos cidadãos, uma para cada cidadão) encontram-se situadas sob condições razoáveis e restringidas de forma absoluta por essas condições. Assim é como se cidadãos livres e iguais chegassem eles próprios a um acordo sobre esses princípios políticos, sob condições que os representam como pessoas tanto razoáveis quanto racionais”. (Resposta a Habermas. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 451).

¹¹⁴ Na posição original, exclui-se o conhecimento de posições sociais, doutrinas abrangentes, raças, etnia, sexo, dons naturais, ou seja, as partes escolhem sob o véu da ignorância para assegurar um ponto de vista não egoísta de escolha. (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 129).

simetria, o que determinaria a deliberação de princípios de justiça razoáveis, sendo esta a aposta de Rawls quando optou por esse modelo de justificação.

Mas inserir cidadãos nesta posição original, em condição compatível com o estado de natureza existente em outras construções contratualistas não seria suficiente a garantir a equidade proposta pelo autor. E é por tal razão que Rawls apresenta o véu da ignorância, um instrumento apto a garantir que os partícipes deste procedimento hipotético estariam desprovidos de informações que poderiam gerar discórdia e comprometer a escolha dos princípios de justiça¹¹⁵. É o véu da ignorância que garante a condição equitativa dos integrantes da posição original, impedindo que as suas condições sociais e concepções individuais ou que as contingências do mundo social tenham relevância nesta etapa do procedimento. Nas palavras de Rawls:

“Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu de ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais. Presume-se, então, que as partes não conhecem certas particularidades.”¹¹⁶

E é nesta posição original¹¹⁷, diante de um artifício de representação em sua essência, onde os indivíduos estariam cobertos pelo véu da ignorância, que os cidadãos extrairiam os princípios de justiça que, em regra, seriam aceitos como definidores iniciais das condições estruturantes da sociedade. São eles que influenciariam os acordos subsequentes, o texto constitucional, o agir nos fóruns públicos, que serviriam de garantia da estabilidade desta sociedade composta por membros que possuem interesses pessoais e particulares, dado o pluralismo razoável¹¹⁸, mas que não abrem mão de serem livres e iguais diante de uma

¹¹⁵ Para Rawls “o objetivo é excluir os princípios que seriam racionais para alguém propor para aceitação, por menor que fosse a possibilidade de êxito, se essa pessoa conhecesse certos fatos que, do ponto de vista da justiça, são irrelevantes. Por exemplo, se determinado homem soubesse que era rico, poderia achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 22).

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 166.

¹¹⁷ Sobre o tema afirma o autor, introduz-se “uma ideia como a da posição original porque não parece haver forma melhor de elaborar uma concepção política de justiça para a estrutura básica a partir da ideia fundamental de sociedade como um sistema permanente e equitativo de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais” (Id. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 31).

¹¹⁸ O pluralismo razoável é uma característica básica da democracia, onde a sua cultura de instituições livres permite a coexistência de uma pluralidade de doutrinas razoáveis e conflitantes, sejam elas religiosas, morais ou filosóficas (Resposta a Habermas. *Ibid.*, p. 522).

sociedade cooperativa. Não se trata de uma doutrina metafísica a respeito da natureza do eu, mas sim de um exercício, como já dito, de representação, que pode ser relacionado com a participação em uma peça de teatro onde os atores representam uma situação posta, mas isto não os leva a pensar que fora do ambiente de representação, as suas vidas sejam como as que representam no palco¹¹⁹.

Assim, são sob estas condições, em uma sociedade bem ordenada, em que cidadãos ingressam quando nascem e somente a deixam quando morrem, que Rawls desenvolve a sua teoria contratualista, apresenta o seu contrato hipotético, rumo aos princípios de justiça¹²⁰. Tal contrato, como aduz Coitinho, é atemporal e a-histórico, uma vez que não apresenta o que foi acordado, mas sim o que poderiam acordar¹²¹. E é pela via deste procedimento, observando a posição original e o véu da ignorância que Rawls propõe os dois princípios de justiça que acreditaria que seriam os escolhidos¹²². São eles:

“Primeiro princípio: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Segundo princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar em maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.”¹²³

Rawls orienta que os princípios seguem uma prioridade de acordo com a sua ordem de formulação, reforçando a importância da liberdade e da igualdade explicitamente

¹¹⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 32.

¹²⁰ Assim, o que Rawls visa definir são os princípios que irão auxiliar as deliberações na posição original e sob o véu da ignorância capazes de levar à decisão e ao consenso sobre as diferentes concepções de direito. Trata-se de uma situação totalmente hipotética e fictícia na qual, estruturada com princípios, procedimentos e prioridades, ajudam os envolvidos a raciocinar e tomar decisões consensuais sobre as concepções de justiça e de direito. (ZANIN, Fabrício Carlos. MIZUTA, Alessandra. *A teoria da justiça de John Rawls e as contradições do liberalismo: a difícil ação de despir-se das vestes metafísicas*. p. 126. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabriccio. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios fundamentais de justiça*. Curitiba: Juará, 2015).

¹²¹ COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 129.

¹²² É claro que o autor está tratando de uma possibilidade na qual acredita, mas não pode atestar que seriam estas as escolhas. Tal situação fica claro quando afirma que “os princípios acordados desse modo realmente sejam os mais razoáveis, esta é uma conjectura que pode, é claro, mostrar-se incorreta. É necessário confrontá-los com os pontos fixos dos juízos pessoais ponderados em diferentes níveis de generalidade. Deve-se também examinar quão bem eles se aplicam a instituições democráticas, quais seriam seus resultados e, deste modo, determinar quão bem na prática ajustam-se a nossos juízos ponderados após cuidadosa reflexão. Em uma direção ou em outra, é possível rever os próprios juízos”. (Resposta a Habermas. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 451).

¹²³ RAWLS. Op. cit., p. 345.

ressalvadas no primeiro princípio¹²⁴. Esta ordem de prioridade é lexicográfica, não possuindo nenhuma fundamentação metafísica.

Igualdade de gênero, raça, garantias básicas de liberdade, direito a locomoção, a liberdade de expressão e de consciência, direito de propriedade, os princípios basilares de um estado democrático, como o direito ao voto e ao exercício de cargo público, seriam garantidos pelo primeiro princípio. Sem querer reduzir a importância do princípio, poder-se-ia simplificá-lo, como o próprio autor fez, afirmando que a sua aplicação exige que as leis que definam as liberdades fundamentais sejam aplicadas a todos de maneira igualitária, permitindo a maior liberdade possível¹²⁵.

O fortalecimento da liberdade no primeiro princípio, faz dele um suporte para todo o sistema, pois as liberdades fundamentais estão colocadas para todos em igualdade, sem necessitar tecer qualquer conjectura sobre valores sociais, ou melhor, ao não permitir tais conjecturas, garante a todos o que de fato é importante e racional. A relevância dos princípios como garantidores do senso de justiça, faz com que os integrantes desta sociedade se sintam ainda mais motivados e confiantes, prevalecem aqui as bases do autorrespeito e a importância dele para a justiça como equidade, que encontrarão na reciprocidade uma alternativa segura para realização e manutenção dos seus projetos¹²⁶.

Quanto ao segundo princípio, fica evidente que Rawls reconhece a existência de desigualdades sociais e econômicas. Afirma que tais desigualdades seriam admissíveis se

¹²⁴ Dentre as controvérsias políticas mais profundas latentes na cultura política moderna, Rawls destaca como uma das mais importantes o desacordo sobre “como os valores da liberdade e da igualdade são realizados da melhor forma possível, na estrutura básica da sociedade”. (WERLE, Denilson Luís. Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. *Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 186. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹²⁵ Ver como Rawls desenvolve o tema em sua obra *Uma teoria da justiça*. Interessante também, a posição externada por Fukuyama trazendo à lume a tensão eterna entre os princípios da liberdade e da igualdade, fazendo a defesa de que nas sociedades liberais qualquer movimento no sentido de diminuir desigualdades será agressivo ao direito de liberdade de outros. (FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 353). Dallari também trata do “dilema entre a supremacia da liberdade ou da igualdade”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 304).

¹²⁶ Em resumo, apresenta Pansieri, “a presunção de John Rawls é a de que todos os que estivessem por trás do véu da ignorância escolheriam estes dois princípios. Primeiro a liberdade, pois não tendo qualquer conhecimento sobre a sua situação real ou local que estariam no seio da sociedade, dar-se-ia preferência a ela como um instrumento mais adequado na persecução de seus objetivos e ideais. Em outra análise, uma vez que o véu da ignorância impede qualquer conhecimento prévio e barra todas as formas de articulações predeterminadas, seria escolhido o segundo princípio como uma forma de minimizar os efeitos no caso de se estar em um nível social inferior. Em ambos os casos, restaria, portanto, a solução menos pior no quadro de possibilidades possível dada a cada pessoa.” (PANSIERI, Flávio. A crítica de Amartya Sen à concepção rawlsiana de justiça. *Sequência*, v. 37, n. 74, 2016. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2016v37n74p181/33126>>. Acesso em: 16 out. 2017).

decorrentes de um modelo em que os cargos seriam abertos a todos em condições equitativas de oportunidades e que tal desigualdade se revestisse em maiores benefícios para os mais fragilizados¹²⁷. A primeira parte do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades, não resolveria a questão sob o aspecto da justiça social, uma vez que os indivíduos, mesmo diante de oportunidades iguais, possuem aptidões e talentos distintos que poderiam levá-los a condições distintas na sociedade, gerando desigualdades¹²⁸. E estes desequilíbrios precisariam ser resolvidos sob pena de se inviabilizar o conceito proposto por Rawls.

A integridade do cidadão é protegida pelo primeiro princípio e, conseqüentemente, estes talentos e aptidões naturais também o são. É exatamente neste ponto que atua o princípio da diferença – a segunda parte do segundo princípio – estabelecendo um sistema de cooperação social, em que a diferença passa a ser admissível desde que favoreça, também, os menos favorecidos¹²⁹. Nesta compreensão, o princípio da diferença auxilia no combate ao argumento de que as liberdades básicas seriam apenas formais¹³⁰. Portanto, não se nega a existência das diferenças, mas preocupa-se com que tenham fundamento em uma melhor condição para aqueles que delas, a princípio, não se beneficiariam¹³¹.

¹²⁷ Para Rawls, “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos”. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 75).

¹²⁸ Sobre a questão arremata Thadeu Weber: “além do mais ninguém ignora que existem variações entre as pessoas; variações que dizem respeito às capacidades e habilidades morais, intelectuais e físicas, bem como aos gostos e preferências. Elas não são, obviamente, injustas. Injusto é o tratamento que delas se dá. O desafio é saber lidar com essas variações. Delas decorrem deveres e obrigações por parte do estado no sentido de dar oportunidades de qualificação para favorecer a igualdade equitativa de oportunidades. O acesso à educação é um "mínimo social" necessário. Variações nas capacidades físicas, decorrentes de doenças ou outras fatalidades podem ser resolvidas mediante legislação própria ("estágio legislativo") e previsão orçamentária do poder público. (WEBER, Thadeu. A ideia de um mínimo existencial de John Rawls. *Kriterion*. Volume 54, n. 172. Belo Horizonte, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹²⁹ “A grande inovação desse filósofo consiste, outrossim, em fazer das desigualdades um subcaso das igualdades: se há desigualdades, estas se inserem na esfera maior das igualdades, sendo, portanto, aceitáveis. Como todos possuem os mesmos direitos e deveres, as desigualdades (de riqueza e autoridade, por exemplo) são justas, fair, equitativas, na medida em que promovem benefícios para todos, em particular para os menos privilegiados, por exemplo, através da ação afirmativa (sistema de cotas).” (OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2003, p. 20).

¹³⁰ O argumento de Rawls visa mostrar que as liberdades básicas são, efetivamente, bens primários e sua importância é justificada enquanto condições formais e materiais necessárias ao desenvolvimento da autonomia plena das pessoas como cidadãos. (WERLE, Denilson Luís. A estrutura básica como objeto da justiça: liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito. *Cadernos de Filosofia Alemã*, vol. 19, n. 1, 63-83, p. 76).

¹³¹ Alcino Bonella apresenta uma crítica ao princípio da diferença e afirma que “mesmo o princípio da diferença é criticado como parte da ideologia tradicional do capitalismo mundial porque, argumenta-se, ignoraria a relação de dominação entre as classes, pensando dentro de uma moralidade burguesa que admite as desigualdades como fato natural. Rawls inventaria, segundo Dussel, este subterfúgio (princípio da diferença) que serviria apenas para justificar a manutenção das desigualdades existentes no arranjo social predominante, já que sob a alegação de favorecer os menos afortunados, permitiria a aceitação e manutenção das

É evidente que Rawls busca justificar a preponderância do primeiro princípio sobre o segundo, pois é aquele que garante as liberdades fundamentais para o exercício de todos os demais direitos da pessoa em sua concepção política. Com a garantia dos direitos sedimentada, o segundo princípio se ocupa em assegurar a maior igualdade possível dentro de um sistema em que todos têm a garantia de que o acesso aos recursos sociais se daria de forma equitativa¹³². Uma vez que os cidadãos se encontram cobertos pelo véu da ignorância e envolvidos neste procedimento de representação da teoria contratualista (justiça como equidade), para continuidade faz-se apropriado abordar cinco conceitos importantes para uma melhor compreensão, a saber: juízos ponderados, equilíbrio reflexivo, elementos constitucionais essenciais, consenso sobreposto e razão pública.

Insta salientar acertada colocação feita por Denis Coitinho¹³³ ao aduzir que Rawls buscou, através de uma estratégia coerentista, um critério de justificação baseado não na correspondência entre alguma crença moral e um fato, mas entre estas crenças, que passou a chamar de um sistema coerente de crenças. Não se trata, portanto, de um critério de justificação baseado na sua correspondência com um fato, mas com o resultado de um procedimento em que os partícipes já carregam as suas crenças morais, que deverão estar em sintonia com os juízos ponderados¹³⁴. Portanto, não se busca com o procedimento da posição original um caminho puramente dedutivo, pretende-se um caminho a harmonizar os juízos morais trazidos pelos partícipes e que seriam determinantes para a concepção dos princípios de justiça em consonância com a estrutura básica da sociedade. Estes juízos morais seriam objeto de ampla reflexão com o intuito de que aqueles que não fossem claros, seguros, que expressassem um sentimento de dúvida, enfim, que não fossem coerentes com princípios razoáveis, fossem excluídos. Estes juízos morais resultantes deste processo são os juízos

desigualdades). ” (BONELLA, Alcino Eduardo. Liberalismo político igualitário. *Dissertatio*, vol. 34, 231 – 252, 2011, p. 236. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8703/5746>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹³² Importante esclarecimento traz Werle quanto explicita a posição de Rawls de que “a concepção da justiça como equidade preocupa-se, principalmente no segundo princípio, com os meios materiais necessários para os cidadãos usarem efetivamente suas liberdades iguais e realizaram os seus planos de vida. Muitos argumentam, principalmente os democratas radicais e os socialistas, que embora possa parecer que os cidadãos são efetivamente iguais, são demasiado grandes as desigualdades sociais e econômicas e que aqueles com amor riqueza e responsabilidade podem controlar a elaboração legislativa em benefício próprio. (WERLE, Denilson Luis. A estrutura básica como objeto da justiça: liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito. *Cadernos de Filosofia Alemã*, vol. 19, n. 1, 63-83, p. 79).

¹³³ COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 23.

¹³⁴ “Rawls defende uma teoria coerentista (holística e pragmatista) de justificação em ética, que enfatiza que uma crença é justificada como parte de um sistema coerente de crenças e, também, por resolver o problema prático de assegurar a estabilidade, afastando-se do fundacionalismo. A coerência se dá entre os princípios de justiça, teoria da justiça como equidade e juízos morais ponderados em equilíbrio reflexivo amplo”. (Ibid., p. 199).

ponderados e servem de critério de justificação, pois é a eles que os princípios de justiça devem coerência¹³⁵. Para Rawls, o papel dos juízos ponderados, como o do repúdio à escravidão e à intolerância religiosa é o de caracterizar a nossa sensibilidade moral, que servirá de base para o procedimento de construção dos princípios de justiça.¹³⁶

Destaca-se e ganha importância, nesse ponto, o equilíbrio reflexivo¹³⁷. No procedimento de justificação é necessário que os princípios de justiça estejam em equilíbrio reflexivo com os juízos ponderados para a perfeita validade do contrato. Caso tal circunstância não se verifique, imperioso será revisar o procedimento para que os princípios sejam reflexo de um equilibrado senso de justiça¹³⁸. Reforça-se, assim, o argumento de utilização de uma estratégia coerentista, pois os juízos morais não são tomados como fatos ou válidos aprioristicamente, mas sim decorrentes de um procedimento em que a sua validade é testada mediante a aceitação dos sujeitos, o que não invalida todos os juízos morais, mas destaca os juízos ponderados que em equilíbrio reflexivo¹³⁹ com os princípios de justiça podem evidenciar uma maior estabilidade social¹⁴⁰.

¹³⁵ Ibid., p. 135.

¹³⁶ Segundo afirma Hermano Thiry-Cherques, “Rawls pode sintetizar esses conceitos em um todo porque o sistema que elaborou não se baseia em um critério, mas em um procedimento. Ele concebeu a tarefa da ética não como sendo a de descobrir princípios, mas a de estabelecer princípios mediante processos que permitissem alcançar um equilíbrio moral razoável.” (THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*. Vol. 26, n. 3, set/dez 2011, p. 553).

¹³⁷ O equilíbrio reflexivo tem o papel de estabelecer a coerência entre os juízos morais particulares dos agentes e os princípios éticos definidos em uma teoria moral, no caso os princípios da justiça, como em um esquema procedimental que orienta regras para a ação moral, de forma que se estabeleça a complementaridade entre a cultura política democrática de uma sociedade e o ideal normativo de pessoa e sociedade bem – ordenada. (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 127).

¹³⁸ Rawls esclarece que se deve “examinar quão bem eles se aplicam às instituições democráticas, quais seriam seus resultados e, deste modo, determinar quão bem na prática ajustam-se aos juízos ponderados após cuidadosa reflexão. Em uma direção ou em outra, é possível haver uma revisão de posicionamentos”. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 451). Coitinho também aduz, “se eles não corresponderem, será necessário revisar as restrições na situação contratual até se chegar a um acordo que gere princípios que estejam em equilíbrio reflexivo com os juízos ponderados sobre a justiça”. (Op. cit., p. 141).

¹³⁹ O equilíbrio reflexivo é um dos procedimentos de justificação propostos por Rawls, que juntamente com a razão pública, são pontos essenciais para este trabalho.

¹⁴⁰ Pansieri bem resume a questão em análise quando afirma que “a ideia elementar pode ser trabalhada pelas seguintes assertivas: primeiro, partir dos juízos morais concordantes entre todas ou pelo menos a maioria das sociedades democráticas – por exemplo, a tolerância religiosa ou a liberdade de expressão –, identificando sua coerência com os princípios de liberdade e de igualdade. Depois utilizar os princípios da justiça como niveladoras de juízos morais em que haverá discordância, como os critérios para a distribuição de bens perante a sociedade. Por fim, tais juízos terem por base uma teoria moral e política. Assim, o método do equilíbrio reflexivo visa revisar crenças particulares em contraste a crenças invariáveis – ou seja, entre os princípios ponderados que, no caso de Rawls, são os princípios de justiça – de modo a obter a melhor forma de diálogo possível entre tais crenças, aproximando os princípios de justiça do cotidiano de julgamento morais das pessoas. (PANSIERI, Flávio. A crítica de Amartya Sen à concepção rawlsiana de justiça. *Sequência*, v. 37, n. 74, 2016. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p181/33126>>. Acesso em: 16 out. 2017).

A justiça como equidade é uma concepção política de justiça para uma sociedade bem ordenada, em um modelo constitucional democrático, em que cidadãos professam doutrinas abrangentes razoáveis, ao passo que a estrutura básica dessa sociedade reflita por meio de seus juízos ponderados os princípios de justiça. Desta forma, a justiça como equidade não se caracteriza como uma doutrina abrangente, mas sim como uma concepção política de justiça que possibilita que uma sociedade cooperativa, com cidadãos livres e iguais, conviva de forma harmônica, compartilhando os juízos políticos, ao menos no que tange aos elementos constitucionais essenciais.

Os elementos constitucionais essenciais seriam a espinha dorsal do texto constitucional da sociedade bem ordenada. Tais elementos seriam suficientes à compreensão de questões complexas oferecendo respostas razoáveis. Eles afiançariam o acordo entre os integrantes da sociedade e, para Rawls, “conseguiriam preservar a cooperação política e social voluntária entre cidadãos livres e iguais”¹⁴¹.

Segundo o autor, os elementos constitucionais essenciais seriam:

- 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 participação política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de direito”¹⁴².

Os primeiros se relacionam diretamente com a concepção do Estado e a sua estruturação política. Ter segurança e clareza quanto às instituições políticas é fundamental para a concepção política de justiça rawlsiana. É impossível conviver de forma pacífica e ordenada em uma sociedade em que as instituições políticas não são previamente definidas, onde não seja estabelecido o regime de governo, a tripartição dos poderes e o seu equilíbrio de forças¹⁴³. A estabilidade das relações sociais passa por esta definição. Os elementos constitucionais essenciais descritos na alínea “b” não permitem qualquer tipo de negociação e possuem características muito semelhantes em regimes livres¹⁴⁴. O direito ao voto, a

¹⁴¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 272.

¹⁴² Ibid., p. 270.

¹⁴³ Para Rawls a tripartição dos poderes e a sua igualdade de forças é um dos princípios do constitucionalismo. Vejamos: “O poder supremo pertence aos três poderes, em uma relação adequadamente especificada entre si, em que cada um deles é responsável perante o povo”. (Ibid., p. 274).

¹⁴⁴ Sempre importante lembrar que a justiça como equidade foi pensada para uma democracia constitucional.

liberdade de expressão e de consciência, as formas de acessar aos diferentes cargos são exemplos que integram esta categoria de elementos constitucionais essenciais.

A Constituição Federal do Brasil, em sua parte inicial, é exemplo perfeito da aplicação do que seriam os elementos constitucionais essenciais de primeira e segunda categoria. A seguir:

“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.”¹⁴⁵

Tais dispositivos introduzem os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e a separação dos poderes e evidenciam os elementos básicos essenciais, classificados por Rawls como integrantes da primeira categoria. Logo na sequência, tem-se o artigo 5º do texto constitucional:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

¹⁴⁵ BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
 VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
 IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹⁴⁶

Os direitos e as liberdades fundamentais estão explicitados na Carta Magna a partir do referido artigo, o qual ajuda a compreender a construção rawlsiana sobre os elementos constitucionais essenciais, bem como a comprovar a sua aplicação. Percebe-se a importância que esta temática alcança em uma organização social por constituir um dos seus pilares e ser condição determinante a que todo o resto se concretize. São estes elementos que deverão integrar o texto constitucional de forma prioritária, devendo ser evitado temas outros que possam contaminar a Carta Magna e torná-la alvo de constantes ataques.

Uma constituição composta por estas duas categorias de elementos básicos tem grande perceptiva quanto a longevidade, estabilidade do texto, legitimidade e conformação quanto aos demais temas que geram debate no âmbito social. Para Rawls, um texto constitucional recheado de apêndices, com debates periféricos não seria o mais adequado¹⁴⁷. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, diferente das primeiras constituições de cunho democrático e que trouxeram em seu bojo princípios essenciais, como a dos Estados Unidos (1787) e a da França (1791), é classificada como analítica (ou dirigente)¹⁴⁸. Segundo José Afonso da Silva¹⁴⁹, o constituinte brasileiro rejeitou a constituição sintética por ser construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, por sua vez, primou pela constituição-dirigente por esta definir fins e programas de ação futura.

Ademais, Canotilho¹⁵⁰ assevera que a grande problemática em se definirem os limites de uma constituição-dirigente, sendo núcleo principal de estudo o que deve e pode uma

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁴⁷ Uma das principais críticas da Constituição do Brasil é o fato de ser analítica, abordando temas que transcendem o conteúdo de uma Carta Magna e que deveriam compor a legislação ordinária.

¹⁴⁸ Constituições analíticas examinam e regulamentam todos os assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado, enquanto que as sintéticas preveem apenas princípios e normas gerais, organizado e limitando o poder estatal, por meio de estipulação de direitos e garantias fundamentais.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 89-91.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 257.

constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o de que (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais, implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social. Luís Roberto Barroso¹⁵¹ aduz que constituições sintéticas, tal qual o modelo que Rawls considera mais adequado, tende a garantir maior estabilidade, na medida em que se abre mais facilmente à evolução interpretativa, sem necessidade de modificações formais.

Os elementos constitucionais essenciais, esta espinha dorsal constitucional são, portanto, expressão do eixo principal da razão pública¹⁵², e ambos responsáveis pela estabilidade das relações sociais. Quando os cidadãos, racionais e razoáveis, livres e iguais, integrantes desta sociedade bem ordenada, que professam doutrinas abrangentes razoáveis, assumem e aceitam os princípios de justiça e os elementos constitucionais essenciais, temos um consenso sobreposto¹⁵³. Através deste consenso, cidadãos razoáveis que professam doutrinas razoáveis destacam e referendam valores que lhe são importantes e que integram as suas doutrinas abrangentes, mas que também avalizam uma concepção política de justiça cooperativa e equitativa, compartilhando de tal sorte que todos os demais também possam razoavelmente aceitar. Alcançar o consenso sobreposto é tarefa que não seria possível por nenhuma doutrina abrangente considerada isoladamente, daí relevante argumento de Rawls em defesa da justiça como equidade¹⁵⁴.

Neste ponto, Rawls introduz no debate o conceito de *modus vivendi*¹⁵⁵ e de consenso constitucional¹⁵⁶. É importante para o autor elucidar as dúvidas e críticas de como seria possível que valores políticos prevaleçam sobre quaisquer outros valores com que eles

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 91.

¹⁵² A razão pública será objeto de abordagem do capítulo 3 e lá o debate se desenvolverá amplamente.

¹⁵³ Em tal consenso, essas doutrinas subscrevem a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social se baseia em um consenso acerca da concepção política; e a estabilidade se torna possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade quando as exigências da justiça não conflitam por demais com os interesses essenciais dos cidadãos, considerando-se o modo como esses interesses se formam e são fomentados pelos arranjos sociais de sua sociedade (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 158).

¹⁵⁴ “O consenso sobreposto só pode ser compreendido em uma sociedade democrática, com pluralidade pensamentos e costumes, havendo a busca de equilíbrio entre as diversas e muitas vezes contraditórias, posições. O mínimo aceitável deve estar em consonância com todas as posições e o meio a obtenção desse resultado é a concepção compartilhada de justiça política e social”. (PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. Mínimo social e formação do interesse público. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabrício. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios fundamentais de justiça*. Curitiba: Juará, 2015, p. 157).

¹⁵⁵ O *modus vivendi* é apresentado por Rawls pelo fato de ser mencionado por críticos como sendo equiparado ao consenso sobreposto. (RAWLS. Op. cit., p. 172-173).

¹⁵⁶ Ibid., p. 165.

possam conflitar. O liberalismo político e o seu modelo constitucional não toleram a utilização do poder político para impor uma determinada doutrina abrangente, seja ela religiosa, moral ou filosófica. Por se tratar de uma concepção política de justiça, a interpretação dos valores é feita tendo por base valores políticos legitimados pela sociedade, cabendo aos cidadãos fazer a articulação individual destes valores com seu espectro privado e os valores da sua doutrina abrangente. Esta almejada estabilidade decorre do fato de que as pessoas passam a integrar a sociedade com o nascimento e a deixam apenas com a morte, socializam-se dentro deste contexto de instituições básicas justas, adquirindo um senso de justiça. Não se trata, portanto, de fundamentar esta concepção política de justiça em qualquer doutrina abrangente, mas apenas nos fatores integrantes de sua própria concepção. A intenção é que cada cidadão possa aceitar esta concepção política de justiça como razoável a partir da ótica de sua própria doutrina abrangente¹⁵⁷.

Uma convergência de interesses próprios ou de grupos que fundamenta um consenso que determine a aceitação de determinadas autoridades ou o cumprimento das exigências de determinados arranjos institucionais define um *modus vivendi*¹⁵⁸, o que se afasta muito de um consenso sobreposto. O *modus vivendi* depende, fundamentalmente, de circunstâncias de momento e das oportunidades que cada parte tem em alcançar os seus objetivos. Trata-se de um pacto de convívio momentâneo que é respeitado pelas partes por refletir um equilíbrio que a todos interessa naquele tempo, mas que, como dito, não suplantam os objetivos perseguidos por cada um¹⁵⁹.

O consenso constitucional, por sua vez, decorre do processo legislativo próprio de concepção do texto constitucional, alcança questões referentes a estrutura do Estado e aos direitos e liberdades fundamentais. Inicialmente, este processo de construção constitucional pode ocorrer como resultado de um *modus vivendi*, e incorpora certos princípios. Tais princípios, por vezes, ao representarem um ganho para as partes, tendem a modificar as suas doutrinas abrangentes no caminho da aceitação destes princípios que, como já mencionado,

¹⁵⁷ Conforme leciona Thadeu Weber “fundamentação moral do Direito fica, assim, claramente evidenciada. Os princípios de justiça, para terem estabilidade, precisam do endosso das diferentes concepções éticas abrangentes. A liberdade de consciência, como direito fundamental, é endossável pelas doutrinas religiosas, uma vez que lhes assegura livre profissão de suas crenças, na medida em que não entram em conflito com os direitos fundamentais”. (WEBER, Thadeu. *Justiça: ética, direito e moral*. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabriccio. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios fundamentais de justiça*. Curitiba: Juará, 2015, p. 13).

¹⁵⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 174.

¹⁵⁹ Excelente exemplo de *modus vivendi* é trazido pelo autor quando cita o princípio da tolerância adotado pelas doutrinas de católicos e protestantes no século XVI. A aceitação de um pelo outro era fruto da dificuldade encontrada em uma se sobrepor a outra. (Ibid., p. 175).

referem-se a questões de estrutura do Estado e direitos e liberdades políticos fundamentais. Assim agindo, passa-se a condição de uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável e alcança um consenso constitucional.

Rawls diferencia o consenso sobreposto de um consenso constitucional, demonstrando que aquele é muito mais amplo do que este. O consenso constitucional habitualmente decorre de um *modus vivendi* em um determinado momento histórico, aborda as questões referentes aos princípios políticos de uma estrutura social, não adentrando nos temas afetos à estrutura básica da sociedade. Diferentemente do consenso sobreposto amplo que pressupõe os arranjos do consenso constitucional, mas avança sobre princípios que englobam toda a estrutura básica da sociedade. O consenso sobreposto, ao dar sustentação à concepção política de justiça, não considera a incompatibilidade com valores fundamentais de qualquer doutrina religiosa, moral ou filosófica razoável e é isto que de fato lhe faz uma alternativa estável a sustentar o convívio social na sociedade cooperativa por Rawls defendida.

A discussão acerca da verdade não é o objetivo deste consenso, mas sim da ideia do politicamente razoável tendo por pressuposto o princípio da reciprocidade¹⁶⁰. Este princípio responde à questão de como, nessa sociedade liberal imersa em um pluralismo razoável, os cidadãos poderiam compartilhar o poder político e cada qual justificar as decisões políticas que defendem. O liberalismo político pressupõe que as decisões políticas serão aceitas por todos, pois os integrantes desta sociedade acreditam que tais decisões são razoáveis e passíveis de aceitação, pois tomadas em observância aos princípios de justiça e às regras constitucionais, as quais em consenso sobreposto, atendem ao critério da reciprocidade¹⁶¹. Conforme Rawls expõe em sua “Resposta a Habermas”, este consenso é a estrutura mais razoável e mais profunda que uma sociedade democrática pode alcançar¹⁶², a sua explicação está fundada no argumento de que se a concepção política de justiça é a mais razoável, e assim o é por estar amparada pelas diversas doutrinas abrangentes existentes na sociedade, essa concepção detém legitimidade, vez que subscritas pelos cidadãos conforme as suas convicções mais profundas. É o que o autor chama de estabilidade pelas razões certas.

¹⁶⁰ Este é um dos pontos que Rawls menciona em sua “Resposta a Habermas”, concluindo que “o uso do conceito da verdade não é rejeitado nem questionado; deixa-se às doutrinas abrangentes que o empreguem, ou neguem, ou façam uso de outra ideia em seu lugar” (Resposta a Habermas. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 467).

¹⁶¹ O exercício do poder político é apropriado somente quando é possível com sinceridade supor que as razões que oferecidas para a ação política podem razoavelmente ser aceitas, com uma justificação dessas ações, por outros cidadãos (Ibid., p. XLIX).

¹⁶² Ibid., p. 462-463.

Um diferencial da justiça como equidade é o seu intento em atender as questões inerentes à estrutura básica da sociedade, não adentrando em discussões periféricas. Para tanto, não fomenta o confronto entre doutrinas abrangentes, nem tenta responder aos questionamentos da sua teoria através de uma mistura entre tais doutrinas. Definitivamente não busca um termo médio para satisfazer a maioria do grupo. Segundo Rawls, recorrer a estas estratégias significaria “recorrer a uma ideia errada de consenso e a fazer com que a concepção política se tornasse política da forma errada”¹⁶³. A fórmula encontrada foi estruturar uma concepção política para uma sociedade cooperativa¹⁶⁴ e que se sustenta pelo critério da reciprocidade. Assim, as diversas doutrinas abrangentes adotariam tal concepção pelas razões adequadas e, desta forma, chegariam a um consenso sobreposto razoável.

É cediço que nesta sociedade cooperativa, os cidadãos e as instituições da sociedade civil têm as suas aspirações, os seus projetos, os seus planos e prioridades e tomam decisões objetivando realizá-los. A forma que esta sociedade realiza este projeto é a sua razão¹⁶⁵. Esta razão pode ter por objetivo a concretização de planos e projetos pessoais de pequenos grupos familiares, a qual Rawls chamou de razão doméstica¹⁶⁶, e razão social, advinda de grupos maiores, como associações, igrejas e universidades. Portanto, indivíduos e entidades coletivas possuem a sua forma de deliberar atendendo a critérios e métodos de cada um, que valem dentro deste universo específico, sendo livremente aceito pelos seus integrantes. Esta razão, social e doméstica, é chamada de razão não pública. Afirma Rawls,

“(...) a distinção entre público e não público não corresponde à distinção entre público e privado. Deste último não me ocupo: não existe algo como uma razão privada. Existe a razão social – as muitas razões de associações na sociedade que constituem a cultura de fundo. Também há, digamos uma razão doméstica – a razão de famílias e pequenos grupos da sociedade – que contrasta tanto com a razão pública quanto com a razão social. Na condição de cidadãos, participamos de todos esses tipos de razão e preservamos os direitos de cidadãos iguais quando assim o fazemos”.¹⁶⁷

¹⁶³ Ibid, p. LI.

¹⁶⁴ “Portanto, o foco da justiça como equidade recai nas pessoas não apenas enquanto indivíduos racionais abstratos orientados apenas pelas suas preferências privadas (autonomia privada), mas enquanto pessoas capazes de serem membros normais e plenamente cooperativos da sociedade (na sua autonomia social e pública). A capacidade para a cooperação social é vista como fundamental, uma vez que se adote a estrutura básica como objeto primeiro da justiça”. (WERLE, Denilson Luis. *Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 192). Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹⁶⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 250.

¹⁶⁶ Os termos razão doméstica e razão social são usados pelo autor em diversas passagens. (Ibid., p. 259).

¹⁶⁷ Ibid., p. 259-260.

Existem várias razões não públicas, mas apenas uma razão pública. A razão pública “é a característica de um povo democrático, é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual”¹⁶⁸. A explicitação dos valores morais e políticos que determinam a relação dos seus cidadãos com seu poder político e entre si se consubstancia na ideia de razão pública¹⁶⁹. As partes integrantes do procedimento ao definirem os princípios de justiça, também devem definir critérios de razão pública que efetivem a aplicação destes princípios. Por isto, os princípios de justiça e a razão pública tem na essência os mesmos fundamentos¹⁷⁰, servindo de instrumento de justificação pública para a justiça como equidade.

Enquanto as razões não públicas orientam os debates nos diversos grupos com doutrinas religiosas, filosóficas e políticas diferentes que compõe a sociedade, a razão pública encontra o seu espaço para discussão nos fóruns públicos dos três poderes que compõe o Estado Democrático¹⁷¹.

A aceitação da razão pública pelos mais variados grupos está atrelada ao exercício do poder político conforme os elementos constitucionais essenciais. Trata-se de uma questão moral e não legal. São deveres que todos cidadãos razoáveis aceitariam se partes fossem do procedimento, decorrendo disto a sua legitimidade¹⁷². O importante é que o ideal da razão pública esteja impregnado nos cidadãos, os quais certamente terão divergências quanto às suas doutrinas razoáveis abrangentes, mas encontrarão a concordância em razão das suas convicções pessoais estarem fundadas em valores que subscreveram a partir dos mesmos

¹⁶⁸ Ibid., p. 251.

¹⁶⁹ Neste sentido, afirma Denilson Werle que “a ideia de razão pública está implícita na própria relação política fundamental da cidadania democrática em uma democracia constitucional. A razão pública expressa duas relações: a relação dos cidadãos com a estrutura básica da sociedade, no sentido de que oferece um conjunto de princípios e valores políticos que os cidadãos devem seguir para orientar a formação de seus juízos sobre questões políticas fundamentais; e segundo, a relação de reconhecimento recíproco dos cidadãos livres e iguais entre si, que exercem poder político último como um corpo coletivo. (WERLE, Denilson Luis. *Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 201). Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹⁷⁰ Álvaro de Vita define a razão pública como “a modalidade de razão que idealmente os cidadãos deveriam empregar para justificar uns aos outros os arranjos institucionais e as decisões políticas que têm por objeto duas categorias de questões públicas: os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica” (VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário*. Sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 156).

¹⁷¹ Este tema será melhor desenvolvido no capítulo 3.

¹⁷² Afirma Rawls sobre o tema: “Se estamos falando de razão pública, o conhecimento e os modos de argumentação – as verdades incontroversas que agora são de conhecimento comum e que estão disponíveis para todos os cidadãos – que fundamentam a escolha que as partes fazem de princípios de justiça têm de ser acessíveis à razão comum dos cidadãos. Caso contrário, a concepção política não proporciona uma base de legitimidade política”. (RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127).

critérios, os quais, para Rawls, são os acordados na posição original. Daí decorre a importância da definição dos elementos constitucionais essenciais, pois servirão de balizas de contenção para eventual investida contrária de maiorias transitórias ou grupos estreitos.

Em sua obra, John Rawls desenvolve critérios de justificação da justiça como equidade, quais sejam, a posição original, o equilíbrio reflexivo e o consenso sobreposto. Nestes três modelos encontra-se a ideia de que o outro é capaz de compreender e aceitar proposições referentes a justiça básica da sociedade, vez que amparadas em um consenso que as legitima e confere uma base pública de justificação. Preocupar-se com a justificação pública é relevante e fundamental para uma teoria de justiça que se propõe adequada à solução dos desafios de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo razoável¹⁷³.

Quando uma sociedade assume o razoável como o adequado em apelo permanente à razão pública, não há uma doutrina abrangente que se sobreponha ou que possa ser assumida como verdadeira. Torna-se viável, portanto, alcançar o objetivo proposto pela justiça como equidade, qual seja, um sistema equitativo de cooperação autossustentável que perdure ao longo do tempo, fundado em um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis a regular a estrutura básica de uma sociedade ambientada em uma democracia constitucional.

3.2 A sequência em quatro estágios

Estabelecidos os princípios de justiça através do procedimento da posição original sob o véu da ignorância, Rawls indica como eles funcionariam dentro de uma democracia constitucional, com variadas doutrinas abrangentes e razões sociais e domésticas conflitantes. É neste cenário que as instituições da estrutura básica precisam funcionar. Segundo o autor, não bastariam a existência dos princípios de justiça se não se concebesse uma forma de aplicação e exteriorização que garantissem a sua efetividade¹⁷⁴. Necessário que o círculo, que tem início com a formulação dos princípios de justiça, seja integralmente fechado, ou seja, que se una a criação com a funcionalidade. Chegar aos princípios de justiça é o caminho inicial para a justiça como equidade e esta não estaria completa e nem faria sentido se suas últimas reflexões fossem estabelecidas, exclusivamente, nesse ponto.

¹⁷³ Ao aceitar que o pluralismo razoável é uma condição permanente da cultura pública sob instituições livres, as ideias do razoável é mais apropriada. (RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154).

¹⁷⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 240.

Como seria o retorno das partes integrantes do procedimento hipotético da posição original à sociedade se não se pensasse em como resolver os problemas que lá enfrentariam? Não se pode perder de vista o objeto desta concepção de justiça: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente divergentes, ainda que razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política de um regime constitucional? Quais são a estrutura e o conteúdo de uma concepção política que é capaz de conquistar o apoio de tal consenso sobreposto?”¹⁷⁵. A proposta do liberalismo político é, por meio de um critério político autossustentado, alcançar um consenso sobreposto entre as mais variadas doutrinas abrangentes e razoáveis que emergem em uma sociedade constitucional¹⁷⁶. Os princípios de justiça por si só, portanto, não encerram esta teoria.

Visando a completude do seu raciocínio e, por consequência da sua teoria, Rawls idealiza uma sequência de quatro estágios que orientarão a aplicação dos dois princípios da sua teoria da justiça¹⁷⁷. Deve restar claro que Rawls não está indicando um caminho estanque a ser seguido pela sociedade, ou seja, não se trata de um processo político prático, mas de uma construção hipotética a orientar a organização desta sociedade bem ordenada¹⁷⁸.

A concepção destes princípios de justiça representa o primeiro estágio apresentado por Rawls. Cediço de que é para uma democracia constitucional que a teoria da justiça foi esboçada, necessário é que os princípios de justiça orientem a concepção de uma constituição, sendo este o segundo estágio. O restante do arcabouço jurídico, representado pela legislação ordinária, também estará vinculado ao conteúdo do texto constitucional e aos limites dos princípios de justiça. As partes como legisladores ordinários, caracterizam o terceiro estágio. Por fim, o quarto estágio é o da instrumentalização do procedimento, ou seja, o da aplicação dos princípios e das leis à rotina dos integrantes da sociedade.

Se esta investigação pretende trabalhar com o critério para tomada das decisões e se estas devem encontrar sustentáculo neste caminho legislativo, fundamental que se conheça a proposta de Rawls para a funcionalidade dos princípios e, isto, perpassa pela ideia dos quatro estágios.

¹⁷⁵ Id. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. XIX.

¹⁷⁶ COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 207.

¹⁷⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 244.

¹⁷⁸ Ademais, a sequência de quatro estágios é um meio para saber em que grau a constituição e as leis existentes são compatíveis ou não com os princípios de justiça inicialmente acordados, tendo em conta sua aplicação, assim como permite oferecer uma base para justificação, argumentação e crítica, numa sociedade democrática, que é a sociedade bem-ordenada. ” (WERLE, Denilson Luis. *A estrutura básica como objeto da justiça: liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito*. *Cadernos de Filosofia Alemã*, vol. 19, n. 1, 63-83, p. 69).

3.2.1 A construção dos princípios de justiça

O primeiro dos quatro estágios propostos por Rawls não poderia ser outro senão o que viabiliza a concepção dos princípios de justiça. Conforme já tratado, a teoria do contrato social foi a opção do autor para definição de um procedimento hipotético, atemporal e a-histórico que pudesse sistematizar a concepção de princípios que refletissem a ideia de cooperação social e que respondessem ao problema proposto pela teoria.

Como integrantes de uma mesma sociedade, a qual integram desde o nascimento e somente sairiam com a sua morte, conseguiriam acordar sobre os princípios que norteariam o seu agir coletivo, quando cada qual professa uma doutrina religiosa, moral ou filosófica distinta? Pelo procedimento da posição original.

Na posição original os seus participantes estariam em igualdade de condições formais e materiais, não sendo do seu conhecimento as suas concepções e inclinações pessoais. Esta situação igualitária seria garantida pelo véu da ignorância, um instrumento apto a impedir que as contingências do mundo social interfiram na elaboração dos princípios de justiça. É neste cenário que os partícipes definiriam os princípios de justiça que todos aceitariam como sendo as diretrizes para as condições estruturantes da sociedade em que vivem. Em observância a eles, tudo o mais seria concebido, decidido, orientado. E por terem assim sido gestados, teriam maior garantia de estabilidade em uma sociedade em que o pluralismo razoável vigora.

E os princípios que seriam extraídos deste contexto, já apresentados anteriormente, seriam o da igual liberdade e o da igualdade equitativa de oportunidades e o da diferença¹⁷⁹. A justiça como equidade se apresenta, no que pertine a estrutura social, em duas partes: as liberdades fundamentais e a distribuição da renda e da riqueza. O primeiro princípio está no campo das liberdades fundamentais caracterizadas como inegociáveis e igualitárias¹⁸⁰. O

¹⁷⁹ “Primeiro princípio: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. Segundo princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: a primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade”. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 345).

¹⁸⁰ Neste sentido afirma Werle que Rawls mantém a “tese da prioridade da liberdade no sentido de que uma liberdade só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca por considerações de bem-estar geral ou por valores perfeccionistas”. (WERLE, Denilson Luis. Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. *Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 190.

segundo princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao zelo pela igualdade de oportunidades. Nesta seara, admite-se a diferença, desde que vantajosa para todos¹⁸¹. O que não se admite é a permuta entre liberdades fundamentais e ganhos econômicos e sociais.

Com o procedimento da posição original e a elaboração dos princípios de justiça, estaria caracterizado e superado o primeiro dos quatro estágios, o qual servirá de norte para a caminhada estruturada pelos demais três estágios.

3.2.2 O estágio constitucional

Estabelecidos os princípios, chega-se ao segundo estágio: o poder constituinte originário¹⁸² e o estabelecimento de uma constituição¹⁸³. Rawls não deixa dúvidas de que acredita neste modelo, tanto que o adota como parte relevante ao integrá-lo à sua teoria da justiça.

Dá mesma forma enfática que Rawls aduz que a sua justiça como equidade se presta a regular uma sociedade de cidadãos livres e iguais, marcada pelo pluralismo razoável, afirma que o regime constitucional é o eixo condutor fundante a escriturar os princípios de justiça.¹⁸⁴ Rawls utiliza os termos democracia constitucional e regime democrático como sinônimos, abdicando, neste caso, de precisão teórica¹⁸⁵.

A justiça como equidade tem por objeto um modelo a ser aplicado à estrutura básica da sociedade que, posteriormente, se desenvolva de maneira sequencial pelos demais pontos de relevo para a vida em sociedade. As questões fundamentais desta estrutura básica, seja a

Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹⁸¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 74.

¹⁸² Termo utilizado conforme distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado feita por Bonavides. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. – 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 152).

¹⁸³ O autor deixa claro que não busca explicação para o funcionamento de constituições concretas. Não pretende caracterizar qual seria o tipo de constituição a ser adotado, mas tão somente encontrar um modelo onde os princípios de justiça possam ser aplicados. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 241).

¹⁸⁴ “Os cidadãos alcançam a plena autonomia política quando vivem sob uma constituição razoavelmente justa que garanta sua liberdade e igualdade, com todas as leis e preceitos subordinados adequados que regulam a estrutura básica e quando compreendem plenamente e confirmar esta constituição e leis. (WERLE, Denilson Luis. *Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls*. *Dissertatio*, vol. 34, 183 – 207, 2011, p. 198. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>. Acesso em: 16 out. 2017).

¹⁸⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 44.

sua constituição política ou econômica, necessitam estar asseguradas, e a democracia constitucional se presta a isto de maneira bastante efetiva, desde que legitimado.

Uma concepção política de justiça, tal qual a justiça como equidade, regula uma sociedade bem ordenada, integrada por cidadãos livres e iguais. A justiça como equidade tem que dar conta de ordenar esta democracia constitucional ou não se presta aos seus propósitos. Entretanto, tal tarefa apresenta grande dificuldade para ser alcançada, dado o fato do pluralismo razoável. Como alcançar o apoio dos cidadãos que professam diferentes doutrinas religiosas, morais e filosóficas a afiançar esta democracia constitucional é um desafio que Rawls não resolve pelo uso da força. Se assim fosse, restaria que uma destas doutrinas fosse a opressora e que todas as demais se caracterizassem como oprimidas. A união, portanto, se daria em torno de uma única doutrina abrangente por meio do uso da opressão. O problema, portanto, residiria em como desenvolver uma concepção de justiça para um regime constitucional que pudesse ser subscrito por todas as doutrinas razoáveis professadas pelos cidadãos livres e iguais. Daí a defesa da concepção política da justiça como equidade, objetivando resolver apenas as questões referentes a estrutura básica.

Considerando que foram os próprios cidadãos que definiram os princípios de justiça seguindo o procedimento da posição original, tal qual descrito no primeiro estágio, os pontos de convergência quanto aos elementos constitucionais essenciais se dariam de tal sorte que este modelo seria autossustentável. Ao acreditarem na justiça deste procedimento, os seus integrantes se dispõem a fazer a sua parte e isto inicia um ciclo de confiança entre eles, pois um percebe a atitude do outro para com o próximo. Neste ponto aflora a razão pública, pois o reconhecimento voluntário desta democracia constitucional nada mais é do que um exercício de representação desta mesma razão. Mas propriamente antes do estabelecimento de uma constituição, ainda dentro do procedimento, Rawls afirma que as partes devem formar uma convenção constituinte que definirá os elementos principais norteadores da constituição a nascer. Neste momento, retira-se parcialmente o véu da ignorância e as partes, ainda sem conhecerem a sua exata condição, mas já cientes de quais são os princípios de justiça e dos fatos genéricos que se apresentam na sociedade que integram, podem elaborar os preceitos de uma constituição justa¹⁸⁶.

Para a justiça como equidade, os dois princípios de justiça estariam explicitados em instrumentos legais distintos. As questões referentes ao primeiro princípio, as liberdades básicas ou igual liberdade, deveriam constar do texto constitucional, conforme já assinalado

¹⁸⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 241.

e, por isto, integrariam aos elementos constitucionais essenciais. Já os temas referentes ao segundo princípio de justiça, igualdade de oportunidade e da diferença, seriam elencados e resguardados pela legislação ordinária. Rawls, de maneira inteligente e acertada, buscou proteger o texto constitucional de ataques interessados, mantendo-o hígido e seguro pelo maior tempo, e para tanto reservou para o texto constitucional temas relevantes em sua essência, tudo conforme já explicitado anteriormente.

Não é demais enfatizar o conteúdo do primeiro princípio: cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. Rawls não deixa margem para negociação quando o assunto são liberdades fundamentais, colocando-as no patamar de igualdade entre todos os cidadãos. Neste estágio, portanto, não haveria margem para qualquer segregação ou distinção entre cidadãos quanto à liberdade de expressão, de reunião, de consciência, a propriedade pessoal e ao direito ao voto. O único ponto admissível de discussão quanto a tais liberdades ocorre quando entre elas há evidente colisão, o que pode fazer com que o exercício de uma comprometa a outra. Não havendo preponderância de uma liberdade sobre a outra, tem-se que nenhuma delas é absoluta a ponto de suplantar as demais, devendo ser utilizada a razoabilidade como princípio de socorro para eventual necessidade¹⁸⁷. O que não se transige em hipótese alguma, mesmo diante da colisão entre as diferentes formas de liberdade, é a igualdade de solução e de expressão entre elas e os seus diversos atores, daí a forte expressão igual liberdade que resume muito bem o sentimento rawlsiano quanto a este primeiro princípio.

3.2.3 A legislação ordinária

Estabelecidos os princípios de justiça, definido o texto constitucional, chega-se ao terceiro estágio: a legislação, que aqui deve ser entendida como legislação ordinária ou

¹⁸⁷ Para aplicação coerente da norma diante da colisão de princípios, Robert Alexy apresenta uma lei de ponderação, segundo a qual o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Tradução Virgílio A. Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 75, 94-95).

infraconstitucional. Um sistema legislativo é composto por vários atos normativos que atendem a uma escala de importância e prioridades, sendo a Constituição a lei maior para a qual todos os demais devem conformidade¹⁸⁸.

Como preceituado pela justiça como equidade, os princípios de justiça acompanham e norteiam os passos da convivência social, fundamentalmente nas questões referentes a estrutura básica da sociedade. No processo de elaboração da estrutura legislativa não poderia ser diferente e os dois princípios se apresentam como de observância obrigatória. Entretanto, como já mencionado, o primeiro princípio tem o seu expoente legislativo no texto da constituição, enquanto na legislação ordinária as políticas sociais e econômicas serão definidas, residindo aqui as bases do segundo princípio. Essas políticas sociais e econômicas deverão “maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, desde que as liberdades iguais sejam preservadas. Neste ponto, entra em jogo toda a gama de fatos sociais e econômicos de caráter igual”¹⁸⁹. E fica evidente, então, a ordem de prioridade entre os princípios em razão do estágio em que cada um é aplicado, o primeiro princípio no estágio constitucional e o segundo no da legislação ordinária. Em que pese a existência desta ordem de prioridades entre os princípios, é importante frisar que um não funciona sem o outro e que, portanto, ambos são igualmente relevantes para a teoria da justiça de Rawls.

O segundo princípio traz a exigência de que todos se beneficiem das desigualdades¹⁹⁰, admitindo, portanto, que mesmo em igualdade de oportunidades, os integrantes da sociedade possam caminhar de tal forma que as posições de autoridade e responsabilidade sejam distintas. O autor estrutura o seu raciocínio visando garantir a liberdade igual e a igualdade equitativa de oportunidades, mas não desconsidera que existem situações em que os cidadãos estão em posição mais atraente ou confortável em comparação com os demais, pois a vida em sociedade impõe questões que não são controláveis, como,

¹⁸⁸ Hans Kelsen, autor referência na filosofia do direito, foi o criador da ideia de hierarquização das leis, tendo utilizado a estrutura de uma pirâmide para retratar a sua teoria, o que ficou conhecido como Pirâmide de Kelsen. Para o autor, todas as leis estariam subordinadas a uma lei maior e a ela deveriam adequação, sob pena de ter a sua validade contestada. Segundo Kelsen, a justiça se estabelece por ocasião da aplicação da norma, ou seja, a subsunção da norma ao caso concreto. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009).

¹⁸⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 244.

¹⁹⁰ “A força da justiça como equidade parece provir de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade”. (Ibid., p. 310).

por exemplo, a família na qual a pessoa está inserida¹⁹¹. Nesse caso, a solução passa por não lhes dar garantia de concretizar esta posição mais atraente, mas, tão somente, de alcançá-la se esta melhor situação também for vantajosa para aqueles menos favorecidos, fazendo com que as expectativas dos mais favorecidos possam ser elevadas na medida em que também o forem as dos menos favorecidos. Rawls conclui que o princípio da diferença pode ser tratado como questão de justiça procedimental pura¹⁹².

A partir da concepção de que as leis ordinárias devem concordância e similitude com o texto constitucional, e diante da coexistência dialógica dos princípios essenciais à justiça por equidade, importante uma abordagem prática sobre a estruturação da legislação ordinária brasileira. A Carta de 1988 apresenta em seu bojo todos os principais ramos do direito infraconstitucional, a título de exemplo, na órbita do direito administrativo há normas sobre desapropriação, concurso público, responsabilidade civil do Estado, dentre outros; quanto ao direito civil, existem normas sobre propriedade, direito de sucessões, contratos; na esfera do direito penal, tem-se previsão de crimes inafiançáveis, retroações das normas penais; há um título dedicado à ordem econômica, política urbana, agrícola e sistema financeiro.

De todo modo, essa constitucionalização do direito, bem como a presença de normas de direito infraconstitucional na própria Constituição reafirma a necessidade de que o segundo estágio apresentado por Rawls seja o norte e influencie a interpretação de todas as áreas do Direito, afinal, a Constituição não é um fim em si mesma. Segundo Luís Roberto

¹⁹¹ Na prática, é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para os que têm aptidões semelhantes e, por conseguinte, talvez convenha adotar um princípio que reconheça esse fato e também amenize os resultados arbitrários da própria loteria natural. (Ibid., p. 89).

¹⁹² “A justiça procedimental perfeita possui um critério independente e anterior para a consagração do resultado (uma divisão justa, por exemplo), sendo, adicionalmente, possível criar um procedimento que, com certeza, trará o resultado desejado. Em outras palavras, trata-se de uma teoria que impõe, previamente, o resultado desejado e cria um procedimento que conduzirá à produção daquele resultado único. Já na justiça procedimental imperfeita, embora haja um critério independente para a produção do resultado correto ou justo, não há um processo factível que, com certeza, conduza a ele. Em contraste com essas duas primeiras modalidades de procedimentalismo, na justiça procedimental pura não há critério independente para o resultado correto: “em vez disso, há um procedimento correto ou justo que, tendo sido corretamente aplicado, conduz a um resultado também correto ou justo, qualquer que seja ele”. Para que se possa aplicar “a noção de justiça procedimental pura às partes distributivas, é necessário construir e administrar imparcialmente um sistema justo de instituições”. Rawls desenvolve este tema na seção 14 de *Uma teoria da justiça*. A justiça procedimental pura garante procedimentos justos que levam a resultados justos, não de forma subsidiária, mas originalmente justos. O autor ainda traz elucidativos a respeito da justiça procedimental perfeita e imperfeita. A primeira é exemplificada pela divisão de um bolo entre algumas pessoas. A melhor forma desta divisão ser igualitária é eleger o responsável por realizar a partilha e lhe informar que será o último a escolher o seu pedaço. Assim, presume-se que os pedaços seriam cortados em medidas iguais, a lhe garantir um último pedaço no maior tamanho que lhe seria possível. A segunda foi exemplificada pelo processo penal, onde o resultado desejado é que o acusado seja condenado se tiver cometido o crime. Entretanto, não se tem como elaborar normas jurídicas que levem sempre a este resultado, sendo admissível a sua ocorrência na maioria dos casos. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 92-104).

Barroso¹⁹³, essa filtragem constitucional consiste no fato de que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Para o autor, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Carta Cidadã de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.

A própria Constituição Federal de 1988 traz expressamente regras quanto ao chamado processo legislativo, que nada mais é do que a construção da legislação infraconstitucional ou ordinária, tal qual nominado por Rawls. À luz de um conceito jurídico, processo legislativo é o conjunto coordenado de disposições tendentes a disciplinar o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição; sob a ótica sociológica, trata-se de um conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas¹⁹⁴.

O texto constitucional brasileiro define uma sequência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos no que tange à formação das espécies normativas previstas em seu artigo 59, quais sejam, emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, e resoluções. Foi designado ao Poder Legislativo a atribuição de exercer a função normativa, primordialmente, tendo em vista que os poderes Executivo e Judiciário também exercem atividade legislativa, ao editar medidas provisórias, decretos legislativos e seus regimentos internos, respectivamente. Ressalte-se que o terceiro estágio proposto por Rawls abarca todas as espécies infraconstitucionais.

3.2.4 A aplicação das leis

O quarto estágio da sequência proposta por Rawls fecha o ciclo que se iniciou com a definição dos princípios de justiça, seguiu com a reverberação no arcabouço legislativo estruturante e chega a sua última etapa com a devida aplicação efetiva destes para a solução dos conflitos de interesses que surgem no âmago dos grupos sociais integrados por pessoas que professam doutrinas religiosas, filosóficas e morais distintas, mas razoáveis.

De fato, a justiça como equidade não propõe a criação de uma nova doutrina a ser aplicada ao convívio social, tampouco que uma das doutrinas razoáveis existentes se

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 371.

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. – São Paulo, Atlas, 2017, p. 476.

sobreponha as demais, descartando a aplicação de uma estratégia fundacionista¹⁹⁵. Se a justiça como equidade reconhece que a sociedade é marcada pelo pluralismo razoável e que um poder político a organiza, como se dá o exercício deste poder de forma apropriada? A resposta reside em exercê-lo em conformidade com uma constituição em que os elementos constitucionais essenciais emanam do sentimento razoável de todos os cidadãos, que os endossam por entenderem como fruto do razoável, daquilo que, na sua condição de livre e igual, é aceitável¹⁹⁶.

Assim, o atendimento ao critério da reciprocidade é fundamental para a justiça como equidade, pois, conforme afirmado, o exercício do poder político será considerado adequado quando se puder supor que as ações políticas serão aceitas, vez que razoáveis.

É neste último estágio que será exteriorizada a essência de todo o procedimento, será aqui que os indivíduos obterão as respostas para os conflitos oriundos do caso concreto¹⁹⁷. Nesta seara não existem mais restrições, o véu da ignorância já foi levantado por completo e o mundo real se apresenta em pleno funcionamento. É este o estágio onde as instituições do Judiciário têm a obrigação de proteger os princípios de justiça de ataques de doutrinas abrangentes não razoáveis, de interesses individuais, de “maiorias transitórias” ou “interesses estreitos”¹⁹⁸. É neste estágio que o Executivo deliberará sobre o funcionamento do Estado, sobre as questões do mundo real que se apresentam todos os dias. E o norte para as deliberações destes poderes será sempre os dois princípios de justiça inicialmente definidos que, a esta altura, possuem os mesmos fundamentos da razão pública¹⁹⁹.

¹⁹⁵ “O afastamento em relação às estratégias fundacionistas representa uma tentativa de estabelecimento de uma teoria moral não metafísica, que procura uma referência de simetria entre os termos para a justificação, superando tanto o dogmatismo quanto o dualismo. Para isso, Rawls recorre a uma estratégia coerentista que busca encontrar a validade da regra a partir de sua coerência dentro de um sistema, e isso pode ser entendido como uma epistemologia moral coerentista holística, uma vez que a justificação do critério moral não se daria por usar correspondência a algum fato, mas por sua coerência com um sistema coerente de crenças, pois a justificação independente da verdade, deve implicar uma relação com a concepção moral inteira e de como esta se harmoniza com os juízos ponderados em equilíbrio reflexivo”. (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 22-23).

¹⁹⁶ Esse é o princípio liberal de legitimidade. A isso o liberalismo político acrescenta que todas as controvérsias que se apresentem à legislatura e envolvam elementos constitucionais essenciais ou questões de justiça básica também devem ser dirimidas, tanto quanto possível, com base em princípios e ideais que se possam subscrever de modo similar. Apenas uma concepção política de justiça que se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossam, pode servir de base à razão e a justificação públicas. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 161).

¹⁹⁷ “O último estágio é o da aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral” (Id. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 245).

¹⁹⁸ Esta questão está melhor desenvolvida por Rawls, em sua obra *O liberalismo político*. (Id. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 276).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 266.

A razão pública encontra limites no ambiente das nossas reflexões individuais, nas deliberações associativas e religiosas, mas é no fórum público que ela se manifesta de maneira soberana. É neste espaço que ela necessita reinar quanto às deliberações sobre posições políticas fundamentais. E neste ponto, cada um dos três poderes apresenta um espaço para a discussão com suas especificidades, chamados de fóruns públicos. Não se afirma que os debates nos fóruns públicos tenham que ter sempre a razão pública como norte, as posições individuais ou de grupos podem surgir como fonte de manifestação, entretanto, no momento de deliberação, a razão pública deve imperar nestes fóruns.

O Poder Executivo é caracterizado pelos atos de gestão, são os atos dos seus integrantes que materializam os anseios e desejos da coletividade²⁰⁰. É admissível que um pronunciamento de um representante do Executivo possa externar posições individuais e não públicas, entretanto, quando no cumprimento dos seus atos de gestão envolvendo questões políticas fundamentais, inevitável é que a razão pública seja o seu norte.

No Poder Legislativo, caracterizado pela construção do arcabouço de leis²⁰¹, o fórum de discussão é bastante peculiar. Costuma ser neste espaço que as manifestações em defesa de interesses estreitos, que representantes de doutrinas religiosas e filosóficas das mais variadas apresentam os seus argumentos, não havendo qualquer objeção quanto a isto. Parece-nos adequado que estas discussões sejam travadas exatamente neste espaço. Um tema discutido no interior de um templo religioso pode levar os integrantes do debate a várias conclusões. Este mesmo tema em discussão no fórum público do Poder Legislativo somente poderá levar a uma conclusão: a mais razoável, que atenda ao critério da reciprocidade e aos princípios da razão pública. Reside aqui a segurança do debate sobre doutrinas abrangentes razoáveis, pois os integrantes deste fórum deverão tomar a decisão tendo por base os preceitos da razão pública. Qualquer deliberação que não observe esta construção poderá ser contestada, pois estará em confronto com os elementos básicos constitucionais que integram o corpo da lei maior.

²⁰⁰ “A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estado estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação de diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis etc. (Constituição Federal, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (Constituição Federal, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas”. (MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 935).

²⁰¹ Ainda conforme leciona Gilmar Mendes, “a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo”. (MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 900).

E neste ponto se apresenta o Poder Judiciário como guardião do sistema legislativo contra-ataques oriundos de grupos com posições razoáveis ou não, mas que não devem ser impostas a todos os cidadãos, sob pena de ferirem o primeiro princípio de justiça, ou seja, as liberdades básicas a todos asseguradas de maneira igualitária. As características do debate neste fórum são diferentes das dos demais. Aqui não são permitidas manifestações amparadas em posicionamentos individuais, a razão doméstica e a social não integram o espectro decisório do magistrado.

Os temas levados ao Judiciário, como já demonstrado, são dos mais variados, refletindo uma litigiosidade entre as partes envolvidas, as quais não lograram êxito em alcançar uma posição consensual no debate travado. É claro que, neste ponto e para esta discussão, não interessa os conflitos sobre questões privadas, desacordos contratuais ou patrimoniais, mas sim aqueles que envolvam os elementos constitucionais básicos e as questões referentes a estrutura básica da sociedade. Ao enfrentar estes temas e com a obrigação de dar uma resposta, o magistrado deverá seguir o disposto na lei maior, nas leis ordinárias e nos precedentes, não havendo qualquer margem para o seu posicionamento individual. Em razão da concepção inicial, a análise de um caso concreto conforme este tripé – lei maior, leis ordinárias e precedentes – deverá levar sempre ao mesmo resultado, ou seja, a exteriorização da razão pública²⁰². Ao pôr em evidência a razão pública, a Corte Suprema demonstra ter, para além de uma posição defensiva do texto constitucional, uma posição pedagógica, pois serve de orientação e modelo de conduta à sociedade.

Em uma análise superficial, seria possível haver uma equivocada interpretação de que o Poder Judiciário teria uma preponderância sobre os demais. Entretanto, conforme já afirmado, não existe preponderância de um poder sobre o outro²⁰³, cada um é fundamental para a estruturação do sistema, o Legislativo como fórum permanente de estruturação legal, o Executivo como gestor das políticas públicas e o Judiciário como intérprete dos conflitos gerados pelo funcionamento deste sistema. Os critérios de justificação afloram neste momento e são chamados a desempenhar o seu papel, notadamente a razão pública, tema a ser abordado no capítulo 4.

²⁰² Rawls afirma que “a razão pública é a razão do seu tribunal supremo” (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 272).

²⁰³ Esta questão apesar de abordada por Rawls, é tema recorrente da filosofia política. Locke, por exemplo, defendia a supremacia do Poder Legislativo: “em uma comunidade civil constituída, estabelecida em sua própria base, e atuando de acordo com sua própria natureza, ou seja, atuando pela preservação da comunidade, pode existir apenas um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados” (LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. (1681). Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 171).

É dado que existem conflitos interpretativos os quais necessitam de solução equânime, equilibrada, isonômica. Os inevitáveis conflitos entre os integrantes da sociedade os remetem a busca por um ponto de equilíbrio, que se ultima no Poder Judiciário. Cabe a este, portanto, exteriorizar a posição definitiva entre duas ou mais possíveis, sinalizando qual seria o modelo a ser seguido. O que precisa ser evitado é a emissão de sinais ambíguos ou contraditórios, e neste ponto a teoria de justiça por Rawls concebida é de uma utilidade e consistência ímpar.

Com os principais pontos da justiça como equidade apresentados, tem-se o sustentáculo teórico à discussão do que uma Corte Constitucional inserida em uma sociedade integrada por cidadãos livres e iguais, mas divididos por doutrinas abrangentes e razoáveis deve espelhar: a razão pública. Não por acaso, este é o assunto a ser abordado no capítulo que segue.

4 A RAZÃO PÚBLICA NA PERSPECTIVA DE JOHN RAWLS

O grupo social que integra a sociedade por John Rawls indicada não é homogêneo, entretanto, nele não preponderam os pensamentos políticos ou religiosos de um grupo sobre o outro. Com a justiça como equidade busca-se extrair princípios que seriam reconhecidos e validados por todos, os quais dariam suporte a uma democracia constitucional. Não obstante o alicerce criativo desta constituição ser sustentado por todos que sob ela se posicionam, cada integrante desta sociedade possui projetos e traçam caminhos para alcançá-los. A forma como estes projetos são realizados é a sua razão, mais especificadamente, razão não pública, vez que aplicável a um indivíduo ou grupo definido de cidadãos identificáveis pela sua doutrina filosófica, religiosa ou moral.

É no fórum público que os grandes temas que se relacionam com os elementos constitucionais essenciais e com as questões de justiça básica passarão por deliberações importantes que precisam de balizas sólidas para não colocar a estrutura desta sociedade em condição de vulnerabilidade. O que norteará esta discussão e determinará os valores morais e políticos a conduzir a melhor relação do governo como os seus cidadãos é a razão pública.

Nesse contexto, surge, inevitavelmente, o seguinte questionamento: há um conteúdo para a razão pública que servirá de norte para as deliberações fundamentais, considerando as inúmeras doutrinas abrangentes que compõe a sociedade em questão, pela qual este conteúdo seria acatado por todos? Para que a resposta seja completa, necessário alguns esclarecimentos conceituais relevantes: reciprocidade, legitimidade e estabilidade pelas razões certas e o racional e razoável. Habermas e Raz, dentre outros, teceram importantes objeções à justiça como equidade e os principais pontos iluminados por estes grandes filósofos são apresentados neste capítulo.

A democracia constitucional proposta por Rawls valoriza os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e reforça a igualdade entre todos. Mas em se tratando de razão pública, é no Poder Judiciário que se apresentam as principais singularidades. Aos seus integrantes não é dado o direito de decidir senão com base nos preceitos da razão pública. E, sob este prisma, não deveria se ter melhor imagem da razão pública do que por meio das decisões advindas do tribunal de vértice de um país. Não por acaso que Rawls afirma ser a Suprema Corte o espelho da razão pública, residindo aqui ponto de grande relevo para a discussão que se propõe neste trabalho.

4.1 A razão pública

A justiça como equidade foi estruturada de forma a responder como seria possível que cidadãos livres e iguais que professam diferentes doutrinas abrangentes e razoáveis convivam em uma sociedade democrática endossando uma concepção política que sustentasse um regime constitucional. Portanto, não se está diante de uma sociedade integrada por cidadãos homogêneos e que professam uma única doutrina abrangente, mas sim por cidadãos com concepções políticas, morais ou religiosas que não raras vezes são muito distintas umas das outras. É neste contexto que, dentro da estrutura básica da sociedade, os bens primários precisam ser supridos.

São várias as etapas que precisam ser superadas para que se chegue ao modelo adequado da justiça como equidade proposta pelo seu idealizador e, para testar tais etapas, critérios de justificação são utilizados. No entanto, tais critérios não são baseados em uma justificação epistemológica, pois não se avança sobre o significado ou a verdade dos juízos morais, mas sim da razão pública. A convergência entre ideias dos integrantes desta sociedade é que determinaria o uso e a aceitação destas, produzindo uma justificação pública neste contexto cooperativo²⁰⁴. São três os critérios de justificação trabalhados por Rawls, sendo que eles se complementam e se apresentam úteis em momentos distintos da concepção da teoria da justiça.

Nesta sociedade, caracterizada pelo pluralismo razoável, os juízos morais são múltiplos e, por vezes, distantes do professado por alguns. Entretanto, não podemos perder o norte de que estamos a tratar de uma teoria política, que tem como uma de suas propostas a convergência quanto aos elementos constitucionais essenciais e, assim, frente a esta baliza, os cidadãos precisam refletir sobre os seus juízos morais e encontrar os que de fato são claros, seguros e razoáveis. Este processo determinará a definição dos juízos morais ponderados, os quais servirão de base para a construção dos princípios de justiça. Assim, chega-se a um critério de justificação proposto pelo autor: os juízos morais ponderados devem estar em equilíbrio reflexivo com os princípios de justiça. Caso esta correspondência não se verifique, as partes devem retornar ao procedimento da posição original, vez que os juízos morais ponderados devem estar refletidos nos princípios de justiça. Esta

²⁰⁴ A função da ideia de uma justificação pública é compreender a ideia de justificação de forma adequada a uma concepção de política de justiça para uma sociedade que se caracteriza pelo pluralismo razoável. (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. – São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 36).

correspondência é de fundamental importância para o funcionamento da teoria alicerçada na cooperação e na reciprocidade. Se as partes não se perceberem como integrantes de um compromisso público em que devam balizar as suas ações por princípios que realmente todos possam anuir, estará prejudicada a espinha dorsal da justiça como equidade, o contrato não estará validado, a estabilidade social abalada, residindo neste ponto a importância de que os princípios de justiça sejam confrontados com os juízos morais ponderados e ambos estejam em equilíbrio reflexivo.

Rawls concebe a sua teoria para atuar em uma democracia constitucional. Assim, tendo como fundamento os princípios de justiça, definem-se os elementos constitucionais essenciais²⁰⁵, que são o cerne do texto constitucional desta sociedade bem ordenada. O desafio que se apresenta é chegar aos elementos constitucionais essenciais que sejam aceitos por integrantes de uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável. Esta aceitação não pode ser decorrência de um *modus vivendi*, a imposição de uma doutrina abrangente ou de princípios apenas com ela relacionados não pode decorrer da utilização do poder político. O desenvolvimento do senso de justiça destes cidadãos está relacionado com o seu desenvolvimento no seio desta sociedade desde o seu nascedouro e em permanente contato com instituições básicas justas. O objetivo é que os cidadãos aceitem os elementos constitucionais essenciais como razoáveis a partir da sua própria doutrina abrangente. Trata-se de um movimento de dentro para fora, do singular para o coletivo, com uma carga profunda de razoabilidade. Ao alcançar este equilíbrio entre as doutrinas abrangentes e os elementos constitucionais essenciais, o consenso sobreposto estará evidenciado. Quando os cidadãos, racionais e razoáveis, livres e iguais, integrantes desta sociedade bem ordenada, que professam doutrinas abrangentes razoáveis, assumem e aceitam os princípios de justiça e os elementos constitucionais essenciais, temos um consenso sobreposto, sendo este outro critério de justificação pública que Rawls apresenta.

Tanto o equilíbrio reflexivo, quanto o consenso sobreposto, têm as suas bases fincadas ainda dentro do procedimento da posição original. Entretanto, seguindo a sequência em quatro estágios, após a elaboração dos princípios de justiça, do modelo constitucional e da legislação ordinária, chega-se a aplicação prática de todo o arcabouço desenvolvido. E neste momento é que a razoabilidade se apresenta com todos os seus predicados. Sabe-se

²⁰⁵ Os elementos constitucionais essenciais são: 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; 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 participação política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito.

que nesta sociedade marcada pelo pluralismo razoável, os seus integrantes considerados individualmente ou em seus grupos, possuem projetos a serem alcançados e traçam os caminhos para realizá-los. Rawls aduz que a forma como esta sociedade realiza este projeto é a sua razão. As razões domésticas ou sociais não são o objeto de discussão neste momento, cedeço que estas estão relacionadas com os planos pessoais ou até mesmo dos grupos a que cada integrante da sociedade está vinculado, sejam familiares ou profissionais, por exemplo. Estas razões domésticas ou sociais são as razões não públicas.

A ideia de razão pública não se aplica à cultura de fundo, com suas inúmeras formas de razões não públicas. As razões não públicas são sociais, encontram-se no horizonte da cultura de fundo de uma sociedade e, ao compreender as diversas razões da sociedade civil, contrasta com a cultura da política pública. É que as razões não públicas utilizam critérios e métodos diferentes e dependem da maneira de interpretar a natureza, o problema e o objetivo de cada associação e as condições com que procuram alcançar os seus fins²⁰⁶.

Segundo Rawls²⁰⁷, os cidadãos, considerados como livres e iguais, em uma sociedade democrática, endossam visões abrangentes, sejam elas religiosas, filosóficas ou morais, e isto está na órbita da competência política, especificada por direitos e liberdades constitucionais que fundamentam a concepção política liberal. No entanto, a autoridade do Estado não pode ser aceita dessa maneira (livremente), em função de os indivíduos estarem inseridos sempre em uma comunidade política, sendo necessária, por essa razão, uma reflexão no âmbito da razão pública para a validação do poder estatal. Existem várias razões não públicas, mas apenas uma razão pública.

A razão pública “é a característica de um povo democrático, é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual”²⁰⁸. A ideia de razão pública, à luz dos ensinamentos de John Rawls, origina-se de uma concepção de cidadania democrática em uma democracia constitucional, que se caracteriza pela (i) relação de cidadãos com a estrutura básica da sociedade e pela (ii) relação de cidadãos livres e iguais, que exercem o poder político último como corpo coletivo. Em outras palavras, a razão pública é responsável por determinar os valores morais e políticos que devem conduzir a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre

²⁰⁶ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr 2009, p. 68. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258 >. Acesso em 22 fev. 2017.

²⁰⁷ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 222.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 251.

si, e tem por cerne a análise das questões constitucionais essenciais e os elementos de justiça básica.

A razão pública encontra limites no ambiente de reflexões individuais, nas deliberações associativas e religiosas, mas é no fórum público que ela se manifesta de maneira soberana. É neste espaço que ela necessita reinar quanto às deliberações sobre posições políticas fundamentais. E, neste ponto, cada um dos três poderes apresenta um espaço para a discussão com suas especificidades, chamados de fóruns públicos. Não se afirma que os debates nos fóruns públicos tenham que ter sempre a razão pública como norte, as posições individuais ou de grupos podem surgir como fonte de manifestação, entretanto, no momento de deliberação, a razão pública deve imperar nestes fóruns²⁰⁹.

Conclui-se, portanto, que a razão pública é a razão dos cidadãos iguais que, como um corpo coletivo, exercem poder político uns com os outros; seus limites não se aplicam a deliberações e reflexões pessoais sobre questões políticas ou à reflexão acerca delas por membros de associações, igrejas, universidades, que constituem parte vital da cultura de fundo. Indiscutivelmente razão pública se apresenta como um critério de ordem mais prática, pois de maior concretude, considerando a sua aplicabilidade no cotidiano das pessoas que integram esta sociedade bem ordenada. Tem-se que o equilíbrio reflexivo e o consenso sobreposto são critérios de justificação que se prestam a sua finalidade ainda dentro do procedimento, ao passo que a razão pública, tem uma utilidade mais efetiva no cotidiano²¹⁰.

Interessante notar que Rawls não traz o conceito de razão pública em seus primeiros escritos, apresentado-a no *Liberalismo Político*, já dentro do contexto revisitado da justiça como equidade. Ao assim agir, Rawls exterioriza toda a sua grandeza ao reconhecer ajustes na justiça como equidade que necessitavam de esclarecimentos ou revisões. Conforme deixa claro²¹¹, a ideia de sociedade bem ordenada inicialmente apresentada era irrealista, o que

²⁰⁹ Segundo Quong, a razão pública não é um padrão para medirmos leis e instituições políticas, mas também um conjunto de diretrizes para regular o comportamento dos legisladores, juízes e cidadãos. A razão pública implica um dever moral de civilidade que requer que nos expliquemos como nossas importantes posições políticas são justificáveis tendo por referência uma concepção política razoável de justiça, abstendo-se de apoiar posições quando acreditamos que elas só podem ser justificadas apelando para uma doutrina abrangente que não podemos esperar que todos endossem. (QUONG, Jonathan. *On the Idea of Public Reason. A Companion to Rawls*. First Edition. Edited by Jon Mandle and David A. Reidy. John Wiley e Sons, Inc. Published, 2014, p. 265).

²¹⁰ “O processo de uma justificação pública significa que os juízos políticos devem ser justificados entre os cidadãos, e isso representa convencê-los por meio da razão pública, isto é, através de raciocínios e inferências adequados com questões políticas básicas, recorrendo apenas a determinados valores políticos que sejam razoáveis aos outros.” (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. – São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 202).

²¹¹ Mas para entender a natureza e a extensão das diferenças é preciso vê-las como um esforço para resolver um grave problema interno à justiça como equidade, a saber, aquele que surge do fato de que a interpretação da estabilidade na parte III da *Teoria* não é coerente com a visão como um todo. “(...) Para explicar o que acabo

fazia com que a aplicação da teoria ficasse distante da realidade. E a ideia de razão pública vem dentro deste contexto de buscar confirmar a funcionalidade da justiça como equidade. Decorre deste ponto do debate a grande importância da ideia de razão pública para a teoria, pois é com sustentáculo nela que as decisões no mundo real deverão ser adotadas, sendo, portanto, um ponto determinante para o seu equilíbrio e funcionalidade.

Em que pese a ideia de razão pública não estar presente na *Uma Teoria da Justiça*, interessante o argumento trazido por Larmore²¹², que identifica na cláusula da publicidade as raízes para a ideia de razão pública no *Liberalismo Político*.²¹³ A publicidade é apresentada por Rawls como uma das condições a excluir as variantes do egoísmo²¹⁴. Decorrente natural da perspectiva contratualista, tem-se como fundamental que todos saibam acerca dos princípios, vez que estes decorrem do acordo, tornando esta condição de publicidade mais um fomento a cooperação. Partindo da premissa que uma concepção de justiça necessita ser autossustentável, de fundamental importância que os princípios escolhidos sejam de conhecimento público e que estejam em sintonia com a estrutura básica da sociedade pelo maior tempo possível, fazendo com que a publicidade auxilie na estabilidade. Os arranjos institucionais promovidos em instituições justas alimentam o desejo dos seus integrantes em realizar a sua parte para preservá-la²¹⁵.

Larmore aduz²¹⁶ que uma concepção de justiça satisfaz a condição de publicidade plenamente quando se mostra como reflexo do entendimento de que todos podem realizá-la e não apenas como um objeto de conhecimento público e, em tom crítico, lamenta o fato de Rawls ter apresentado a publicidade de maneira lateral em *Uma Teoria da Justiça*, sempre

de dizer: o grave problema que tenho em mente diz respeito à ideia irrealista de sociedade bem-ordenada, tal como aparece em *Teoria*". (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. XVI).

²¹² Nos ensaios dos anos 80 e depois no *Liberalismo Político*, a condição de publicidade completa é expandida e detalhada com sofisticação para razão pública. A ideia de razão pública tem suas raízes na noção de publicidade empregada em *Uma Teoria da Justiça*, mas as novas preocupações de Rawls mudaram este tema da periferia para o centro da discussão" (LARMORE, Charles. Public Reason. *Cambridge Companions to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 380).

²¹³ Freeman também faz esta referência. (FREEMAN, Samuel. Public Reason and Political Justifications. *72 Fordham L. Rev.* Ver. 2021 (2004). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/29>, p. 2023).

²¹⁴ Rawls desenvolve este raciocínio em *Uma Teoria da Justiça* (p. 158-165) aduzindo que cinco condições seriam importantes para que os princípios de justiça cumpram a sua função, são elas: os princípios devem ser gerais, devem ser de aplicação universal, devem ser públicos, reivindicações conflitantes devem seguir a concepção do justo e o sistema de princípios deve ser a última instância de apelação da razão prática.

²¹⁵ Freeman também ressalta a publicidade como uma demonstração da preocupação de Rawls com os critérios de justificação pública. (Ibid., p. 2023).

²¹⁶ LARMORE. Op. cit., p. 371-375.

servindo de suporte a alguma discussão, defendendo que deveria ter recebido uma atenção mais prolongada em razão da importância que o autor atribuiu à cooperação²¹⁷.

É fato que Rawls não trata do conceito de razão pública de forma explícita quando da formulação da sua teoria, entretanto, isto não desmerece o seu trabalho ou é crítica suficientemente razoável, ao contrário, ao trazer o tema para dentro da sua obra revisitada, deixa claro o seu compromisso e retidão teórica. As bases da razão pública estavam disseminadas em *Uma Teoria da Justiça*, tanto é que Larmore aponta as suas origens²¹⁸.

Quando da publicação do *Liberalismo Político*, Rawls apresenta a ideia de razão pública de forma estruturada, deixando claro que a sua inspiração para o tema reside em Kant²¹⁹. É na Conferência VI²²⁰ que estão as discussões sobre os fóruns da razão pública restando evidente que o autor entende que seria muito desejável que todas as questões políticas fossem resolvidas atendendo a ideia da razão pública, mas que isto traria algumas dificuldades²²¹. Igrejas, associações, escolas todos têm as suas reflexões e deliberações íntimas que lhes são muito próprias. Neste caso, não há óbice para que os limites da razão pública não sejam observados, pois, como já afirmado, a justiça como equidade pressupõe uma sociedade bem ordenada composta por pessoas que professam diversas doutrinas abrangentes que se equivalem e não se sobrepõem, o que existe é um consenso. Portanto, no âmago destas instituições as suas decisões poderão ser tomadas tendo por base preceitos que lhes são muito próprios e que são relevantes para a estruturação do grupo, mas que não afetam o coletivo naquilo que se relaciona com o essencial. Assim, é imprescindível que as questões políticas fundamentais sejam resolvidas tendo por base a razão pública, notadamente questões afetas aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça

²¹⁷ Considerando a importância que a publicidade alcança dentro de uma estratégia cooperativa fundada na reciprocidade, de fato o tema poderia ter sido mais abordado.

²¹⁸ A reforçar esta compreensão, Melo traz os três níveis do que Rawls chama de condição de publicidade plena. Aduz que “no primeiro nível de publicidade, a sociedade deve ser regulada pelos princípios públicos de justiça escolhidos na posição original: por serem justos, esses princípios podem ser aceitos e reconhecidos por todos, e este reconhecimento é por definição público. O segundo nível de publicidade diz respeito às crenças gerais junto com as quais os princípios de justiça podem ser aceitos. Ou seja, os métodos publicamente compartilhados de justificação e de argumentação estão enraizados numa cultura política pública própria de sociedades democráticas sob condições modernas. (...) Essa objetividade exigida pelos princípios oferecidos na teoria rawlsiana também se encontra no terceiro nível de publicidade, no qual Rawls diz que, caso nós – eu e você – tivéssemos que fazer uma justificação completa da concepção da concepção pública de justiça, essa justificação estaria presente na cultura pública, refletida no direito e nas instituições políticas, assim como nas interpretações dessas instituições tais como as encontramos nas tradições históricas e filosóficas” (MELO, Rúrion. *Autonomia, construtivismo e razão pública. Dois pontos*. Curitiba, São Carlos, vol. 7. N. 4, p. 127-149, setembro, 2010, p. 144).

²¹⁹ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 251.

²²⁰ *Idid.*, p. 250.

²²¹ *Ibid.*, p. 253.

básica²²². Como corolário deste raciocínio, tem-se que existem espaços deliberativos onde a razão pública deve imperar e outros onde as razões não públicas podem prevalecer. As reflexões pessoais ou de grupos (igrejas, universidades, associações) podem seguir as suas origens filosóficas, religiosas ou morais, vez que fazem parte da sua essência e não se propõe que sejam exterminadas, ao contrário, nestes espaços, a razão não pública pode aflorar e determinar os rumos de um debate. Então, tem-se dois espaços distintos: o fórum público e o privado, neste a razão não pública pode atuar e, naquele, quanto às questões políticas fundamentais, apenas a razão pública.

Ainda na Conferência VI²²³, John Rawls classificou os valores políticos liberais em dois tipos, os de justiça política e os da razão pública. Os primeiros (valores da justiça política) estão relacionados a princípios de justiça para a estrutura básica – valores da liberdade civil e política igual; igualdade de oportunidades; valores da igualdade social e reciprocidade econômica; valores do bem comum. Em contrapartida, os segundos (valores da razão pública) pertencem à categoria das diretrizes da indagação pública que possibilitam que ela seja livre e pública, bem como as virtudes políticas da razoabilidade e disposição de acatar o dever (moral) de civilidade. Assim, este dever de civilidade é componente da razão pública. Segundo Rawls²²⁴, o dever de civilidade não é somente um dever jurídico, mas intrinsecamente moral, assim como os demais deveres políticos, tendo em vista que a ideia de razão pública tem origem em uma concepção de cidadania democrática que faz parte de uma democracia constitucional, em que os cidadãos, considerados como livres e iguais²²⁵, se relacionam especificamente com a estrutura básica da sociedade a partir do critério de reciprocidade, que exige que os termos propostos para a cooperação sejam considerados como ao menos razoáveis, não é algo irreal ou inexecutável, mas apenas um indicador de como as pessoas deveriam se comportar compreendendo-se como justos e razoáveis.

²²² Afirma Quong que o conteúdo da razão pública deve ser suficientemente detalhado e ordenando de maneira que dará pelo menos uma resposta razoável a todas, ou quase todas, questões relativas a fundamentos constitucionais essenciais e temas relacionados a justiça básica. Se o conteúdo da razão pública não for completo – se fosse indeterminado em razão a muitas questões relevantes – não seria capaz de desempenhar sua função principal, ou seja, fornecer um quadro comum para os cidadãos a utilizarem como base para resolução de questões políticas fundamentais. (QUONG, Jonathan. *On the Idea of Public Reason. A Companion to Rawls*. First Edition. Edited by Jon Mandle and David A. Reidy. John Wiley e Sons, Inc. Published, 2014, p. 267).

²²³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 264.

²²⁴ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr 2009, p. 75. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258 >. Acesso em 22 fev. 2017.

²²⁵ Quong afirma que o direito de expressão é lexicalmente anterior ao dever de civilidade, ou seja, os cidadãos têm o direito a livre manifestação, devendo observar o dever de civilidade em situações específicas. (QUONG. Op. cit., p. 269).

A importância atribuída ao princípio da legitimidade²²⁶ é reforçada a todo momento dentro da teoria, pois é fato que os integrantes da posição original, ao deliberarem sobre os princípios de justiça, o fazem em nome dos seus representados. Desta forma, não podem concluir por princípios que não seriam acatados por todos os seus representados. Caso isto acontecesse não se estaria de acordo com os ditames da justiça por equidade, mas da tentativa de um grupo ou de integrantes de uma doutrina razoável suplantar ou subjugar os demais²²⁷. É por esta razão que ao definirem os princípios de justiça, as partes também devem criar critérios para a razão pública, mantendo-se a mesma base. Aqui reside a importância de outro grande princípio para a justiça como equidade: a reciprocidade²²⁸.

É claro que em uma concepção liberal de justiça, endossada por uma gama de cidadãos razoáveis, mas que professam doutrinas abrangentes variadas, as verdades e os princípios podem não ser os mesmos em toda a sua extensão: certamente não são! Mas esta divergência não resulta em caminhos distintos ou conclusões sobre os elementos constitucionais essenciais antagônicos. Todos deliberam até o seu limite, e este limite é dado pela razão pública atendendo ao critério da reciprocidade. Todos devem ponderar as suas discussões tendo por norte a conclusões que os demais também possam subscrever. O critério da reciprocidade possibilita que mesmo diante de visões diferentes, todos possam anuir e cumprir com uma decisão, vez que é passível de aceitação por todos. E os limites destas discussões sempre serão os princípios de justiça e as diretrizes acerca da razão pública ajustadas na posição original.

A aceitação da razão pública pelos mais variados grupos está atrelada ao exercício do poder político conforme os elementos constitucionais essenciais. Mais uma vez importa lembrar que se trata de uma questão moral e não legal. São deveres que todos cidadãos razoáveis aceitariam se partes fossem do procedimento, decorrendo disto a sua legitimidade. O importante é que a ideia da razão pública esteja impregnada nos cidadãos, os quais certamente terão divergências quanto às suas doutrinas razoáveis abrangentes, mas encontrarão a concordância em razão das suas convicções pessoais estarem fundadas em valores que subscreveram a partir dos mesmos critérios, os quais, para Rawls, são os acordados na posição original. Daí decorre a importância da definição dos elementos constitucionais essenciais, pois servirão de balizas de contenção para eventual investida contrária de maiorias transitórias ou grupos estreitos. Os elementos constitucionais

²²⁶ Este tema será abordado no item 4.2.2.

²²⁷ Disto decorre a importância do véu da ignorância.

²²⁸ Será objeto de abordagem no item 4.2.1.

essenciais são a expressão do eixo principal da razão pública e, em conjunto com os demais critérios de justificação propostos por Rawls, são responsáveis pela estabilidade das relações sociais. Quando os cidadãos, racionais e razoáveis, livres e iguais, integrantes desta sociedade bem ordenada, que professam doutrinas abrangentes razoáveis, assumem e aceitam os princípios de justiça e os elementos constitucionais essenciais, tem-se um consenso sobreposto. Através deste consenso, cidadãos razoáveis que professam doutrinas razoáveis destacam e referendam valores que lhe são importantes e que integram as suas doutrinas abrangentes, mas que também avalizem uma concepção política de justiça cooperativa e equitativa, compartilhando de tal sorte que todos os demais também possam razoavelmente aceitar; alcançar o consenso sobreposto é tarefa que não seria possível por nenhuma doutrina abrangente considerada isoladamente. Alcançado o consenso sobreposto, tem-se quais serão os elementos constitucionais que os integrantes desta sociedade bem ordenada anuíram. Entretanto, na vida cotidiana os fatos nos colocam, a todo instante, diante situações onde é imperativo que alguma decisão seja tomada. Algumas destas decisões são simples e bastante óbvias, até corriqueiras. Outras são complexas e, por vezes, não habituais. Diante do encontro entre os elementos constitucionais essenciais e a sua expressão factual, necessário que a decisão seja tomada atendendo a ideia de razão pública. Isto reforça o argumento de que a razão pública tem maior aplicação no campo prático nas decisões cotidianas dos cidadãos.

No artigo “A ideia de razão pública revisitada”²²⁹, John Rawls reforça a definição da estrutura da razão pública ao destacar cinco aspectos diferentes: (i) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (ii) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargos públicos); (iii) seu conteúdo tal como especificado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (iv) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de direito legítimo para um povo democrático; (v) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade²³⁰. Sinteticamente tem-se que a razão pública se aplica, principalmente, às autoridades públicas, candidatos a cargos públicos e aos cidadãos quando em manifestação nos fóruns públicos sobre elementos constitucionais e questões de justiça básica, todos inseridos em uma democracia constitucional, em que os

²²⁹ Neste artigo, Rawls dissecou o tema atribuindo ao mesmo uma abordagem mais moderna e ampla, aumentando a sua importância dentro do contexto da sua teoria.

²³⁰ RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 524.

seus integrantes, cidadãos razoáveis, cooperam mutuamente em torno do que consideram ser a concepção mais razoável de justiça, tendo por sustentáculo o princípio da reciprocidade. Para o autor, se um ou mais desses aspectos forem ignorados, a razão pública se mostrará implausível.

A ideia de razão pública não é uma concepção sobre instituições e programas políticos específicos, mas sobre os tipos de razão nas quais os cidadãos devem basear seus argumentos políticos ao apresentar justificações políticas uns aos outros quando apoiam leis e políticas fundamentais. Uma vez que a razão pública é característica de um povo democrático²³¹, o objeto da razão dos cidadãos é o bem público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar²³². Nesse sentido, ao reinterpretar o conceito de razão pública utilizado por Kant, John Rawls delimita-o em três sentidos, quais sejam, (i) a razão do público, isto é, a razão dos cidadãos enquanto compartilham de uma situação de igual cidadania; (ii) seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamentais; (iii) a natureza e o conceito são públicos, determinados pelos princípios expressos pela concepção de justiça política²³³.

Nos modelos de justificação da teoria da justiça encontra-se a ideia de que o outro é capaz de compreender e aceitar proposições referentes a justiça básica da sociedade, vez que amparadas em um consenso que as legitima e confere uma base pública de justificação. Preocupar-se com a justificação pública é relevante e fundamental para uma teoria de justiça que se propõe adequada à solução dos desafios de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo razoável, tendo em vista que as diferenças entre os cidadãos, decorrentes de suas doutrinas abrangentes, religiosas e não religiosas, podem ser irreconciliáveis.

²³¹ Larmore assevera que a razão pública estabelece a afirmação de valores morais-políticos para uma democracia constitucional, não sendo um valor político no meio de outros. Ela envolve todos os diferentes elementos que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional e, por isso, governa as relações políticas dos cidadãos enquanto cidadãos. Ela se constitui como uma base para as decisões coletivas, instituindo um ponto de vista comum (*common point of view*) para os termos da vida pública, significando que é o espírito de reciprocidade que fundamenta a sociedade democrática. (LARMORE, C. Public Reason. In: S. FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 368-393).

²³² Nesta linha, Melo aduz que “o recurso à razão pública seria o modo legítimo por meio do qual uma sociedade política especificaria no nível mais profundo os valores morais e políticos básicos que determinam a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e sua relação uns com os outros. (MELO, Rúrion. Autonomia, construtivismo e razão pública. *Doispontos*. Curitiba, São Carlos, vol. 7. N. 4, p. 127-149, setembro, 2010, p. 145).

²³³ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*. 10 (1), jan/abr 2009, p. 67. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258 >. Acesso em 22 fev. 2017.

Conforme já asseverado, a ideia de razão pública não se aplica a todas as discussões políticas sobre questões fundamentais, mas apenas às discussões relacionadas ao fórum político público, tampouco abarca todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Rawls divide o supracitado fórum em três partes: (i) o discurso dos juízes em suas decisões, em especial o dos juízes de um tribunal supremo; (ii) o discurso das autoridades públicas, sobretudo o dos chefes do Poder Executivo e do Poder Legislativo (iii) o discurso de candidatos a cargos públicos e de seus chefes de campanha, principalmente em seu discurso público, nos programas partidários e nas declarações políticas. Ressalte-se que o autor considera indispensável essa divisão, visto que a ideia de razão pública não se aplica aos três casos na mesma proporção²³⁴. No que tange às questões políticas, deve-se recorrer exclusivamente a valores políticos para tratar das questões fundamentais, que constituem objeto da razão pública.

Ademais, Rawls apresenta importante distinção entre a ideia de razão pública e o ideal de razão pública. Este ideal é realizado sempre que juízes, legisladores, chefes do Poder Executivo e outras autoridades públicas, assim como candidatos a cargos públicos, agem com base na ideia de razão pública e explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais recorrendo à concepção política de justiça que consideram razoável.²³⁵ A partir dessa dicotomia, Denis Coitinho²³⁶ ressalta que a forma de aplicação do ideal da razão pública é distinta para os cidadãos e autoridades estatais, o ideal de razão pública é aplicado aos fóruns oficiais, aos poderes Legislativo e Executivo enquanto estão no espaço do pronunciamento público e, ao Poder Judiciário²³⁷, em especial à Corte Suprema. Não obstante, Rawls explicita que o ideal de razão pública é realizado por cidadãos que não são autoridades públicas quando exercem o sufrágio e escolhem seus representantes; ao

²³⁴ Esta divisão será melhor explorada no item 3.4.

²³⁵ RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 527.

²³⁶ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr 2009, p. 67. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258 >. Acesso em 22 fev. 2017.

²³⁷ Os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base em seu entendimento da constituição e estatutos relevantes e precedentes, caracterizando, assim, o judiciário como um caso exemplar de razão pública, em função de ele estar circunscrito a questões constitucionais essenciais de justiça básica (*basic justice*), levando-se em consideração os limites impostos pela constituição democrática e vontade geral. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 216; 232).

serem razoáveis na escolha de seus representantes, repudiando candidatos que violam a razão pública, estarão cumprindo seu dever de civilidade²³⁸.

O conteúdo da razão pública é dado por uma família de concepções políticas de justiça, não por uma única. É posto que na sociedade bem ordenada descrita por Rawls, várias doutrinas abrangentes e razoáveis coexistem determinando a existência de liberalismos e visões relacionadas, sendo a justiça como equidade apenas uma dentre as variadas facetas em questão. O que delimita o conteúdo da razão pública, dentre este emaranhado de visões possíveis é o critério da reciprocidade, aplicado entre cidadãos livres, iguais, razoáveis e racionais²³⁹. Portanto, a razão pública não pode ser encarada como um conjunto de valores relacionados umbilicalmente e exclusivamente ao liberalismo político²⁴⁰, pois assim entendendo a estrutura fundamente da justiça como equidade estaria ruída, mas como resultado da aplicação do critério da reciprocidade acamado em um forte dever de civilidade. O conteúdo da razão pública é determinado pelos princípios e valores da família das concepções políticas liberais de justiça que dizem respeito a (i) princípios substantivos de justiça para a estrutura básica; (ii) 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. Para Rawls, acessar a razão pública é recorrer a uma dessas concepções políticas – a seus ideais e princípios, padrões e valores – ao debater questões políticas fundamentais.

Os princípios de justiça – princípio da igual liberdade e princípios da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença –, sobre os quais teceu-se preleções importantes no subcapítulo 3.2.1, aparecem como conteúdo da razão pública e isso explica o significado

²³⁸ Em um governo representativo, os cidadãos votam em representantes – chefes do Poder Executivo, legisladores e assim por diante –, não em lei particulares (exceto em âmbito estadual ou local, quando podem votar diretamente em questões submetidas a referendo, as quais é raro serem questões fundamentais). Idealmente, os cidadãos devem conceber-se como se fossem legisladores e perguntar a si mesmos quais leis, sustentadas por quais razões, que satisfazem o critério de reciprocidade, eles pensariam ser mais razoáveis aprovar. Quando firme e difundida, a disposição dos cidadãos de se verem como legisladores ideais e de repudiar as autoridades governamentais e os candidatos a cargos públicos que violam a razão pública constitui uma das bases políticas e sociais da democracia e é vital para que permaneça forte e vigorosa. (RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 527).

²³⁹ Ibid., p. 534.

²⁴⁰ “Cada um desses liberalismos endossa as ideias fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais e da sociedade como um sistema justo de cooperação ao longo do tempo. Contudo, como essas ideias podem ser interpretadas de várias maneiras, há formulações diferentes dos princípios de justiça e conteúdos diferentes da razão pública”. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 534).

de uma concepção política de justiça que, para Coitinho²⁴¹, se aplica exclusivamente à estrutura básica da sociedade, apresente uma visão independente de qualquer doutrina abrangente e é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais.

É imperioso enfatizar que os valores políticos da razão pública são distintos de outros valores, no sentido de que são realizados em instituições políticas e caracterizam-nas; um valor é adequadamente político apenas quando a forma social é política, quando é realizada em partes da estrutura básica e de suas instituições políticas e sociais. Rawls adverte que a ordenação de valores é feita à luz da estrutura e das características que assumem dentro da própria concepção política e não, primariamente, com base no modo como se apresentam nas doutrinas abrangentes dos cidadãos. Estas doutrinas não podem ser o ponto de partida para ordenação de valores, com o objetivo de que sejam posteriormente justificáveis no fórum público.²⁴²

Em que pese Rawls entender o conteúdo da razão pública como sendo amplo, Reidy²⁴³ faz críticas pontuais e importantes sobre a amplitude do conteúdo de razão pública para Rawls, defendendo que o mesmo é estreito demais para possibilitar que todos os cidadãos resolvam as questões políticas fundamentais o tendo por fundamento²⁴⁴. Em sua crítica traz duas situações em que entende restar claro que a proposta rawlsiana não seria suficiente para resolver tais problemas, sendo, portanto, incompleta: valores políticos conflitantes e de aparente igualdade de relevância e quando alguma questão preliminar ao tema principal precisa ser resolvida e a razão pública não a alcança.

A defesa do seu argumento reside no fato de que em determinadas situações, como por exemplo, a prática de clonagem humana ou a eutanásia, alguns podem priorizar valores políticos que são concorrentes e ordenar, dentro da razão pública, meios racionais para

²⁴¹ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr 2009, p. 69. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258>. Acesso em 15 mar. 2018.

²⁴² Esses valores não são marionetes manipuladas nos bastidores por doutrinas abrangentes. A ordenação não é distorcida por essas doutrinas, contanto que a razão pública a entenda como razoável. E a razão pública realmente pode entender uma ordenação de valores políticos como razoável (ou desarrazoada), já que, como as estruturas institucionais estão abertas à inspeção, os erros e as lacunas da ordenação política de valores se tornarão visíveis. Dessa forma, pode-se ter certeza de que a ordenação de valores políticos não é distorcida por determinadas doutrinas abrangentes razoáveis, o único critério de distorção é que a ordenação dos valores políticos seja ela própria não razoável. (RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 539).

²⁴³ REIDY, David A. Rawls's wide of public reason: not wide enough. *Res Publica* 6: 49 – 72, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2000.

²⁴⁴ Reidy deixa claro que pretende desafiar a insistência de Rawls em afirmar que os cidadãos devem encontrar respostas dentro do conteúdo da razão pública quando estiverem deliberando sobre os elementos constitucionais essenciais e assuntos referentes a justiça básica. (Ibid., p. 63).

classificar tais valores²⁴⁵. Supõe que dada uma questão, um cidadão poderá resolvê-la tendo por fundamento os termos da sua razão não-pública e, posteriormente, buscar ordenar os seus valores políticos de forma a apoiar a sua posição inicial. Como proposta, indica que o conteúdo de razão pública de Rawls deveria ser ampliado ainda mais, buscando maior completude para os cidadãos, entretanto, não deixa claro como esta ampliação poderia ocorrer.

Então, se temos um conteúdo da razão pública, deve este conteúdo ser a referência para as deliberações fundamentais, notadamente, nos fóruns públicos. Entretanto, por qual razão os limites deste conteúdo seriam acatados pelos cidadãos?²⁴⁶ Dado o fato de que a sociedade é integrada por cidadãos que professam diferentes doutrinas razoáveis, não seria admissível que as suas deliberações atingissem a verdade plena e não a limitada pela ideia de razão pública? Em resumo, porque estes cidadãos se limitariam a responder as indagações que se apresentam atendendo a ideia de razão pública e não as suas verdades mais profundas? A resposta passa, invariavelmente pelo conceito de legitimidade e de razoabilidade. Os elementos constitucionais essenciais devem, necessariamente, ser passíveis de defesa por qualquer integrante desta sociedade, vez que assim tem-se a condição de supor que ninguém teria dificuldade de explicar ou compreender a sua aplicabilidade. Este conteúdo passa a ser aceitável e defensável por qualquer cidadão, vez que acredita no mesmo e tem a confiança de que os demais também, independentemente da doutrina razoável a que esteja vinculado. Nas palavras do próprio autor “quando a concepção política se apoia em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis, o paradoxo da razão pública desaparece”²⁴⁷. O nó górdio da questão se resolve em razão dos cidadãos assumirem a ideia da razão pública como sendo compatível com as concepções mais íntimas da sua doutrina razoável e não como um simples acordo político que oportunizaria um convívio social por certo tempo²⁴⁸.

²⁴⁵ “Rawls supõe, de maneira otimista, que, para a maioria dos cidadãos, o conteúdo da razão pública se mostrará rico o suficiente para sustentar uma ordenação tão racional de valores concorrentes. Eu sou menos otimista” (Ibid., p. 65).

²⁴⁶ Rawls apresenta esta discussão aduzindo que se trata de um pseudo paradoxo. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 254-255).

²⁴⁷ Ibid., p. 257.

²⁴⁸ Melo aduz que o “construtivismo de Rawls oscilaria necessariamente entre a exigência liberal de imparcialidade especificada pela posição original e o ancoramento reflexivo das ideias intuitivas fundamentais presentes na cultura pública de regimes democráticos. O paradoxo surge do modo como as ideias políticas da razão pública expressariam um *modus vivendi* incapaz de escapar das críticas do relativismo” (MELO, Rúrion. *Autonomia, construtivismo e razão pública. Dois pontos*. Curitiba, São Carlos, vol. 7. N. 4, p. 127-149, setembro, 2010, 145-146).

Quong traz uma interessante discussão ao perguntar: por que devemos aceitar esta ideia? Qual a base moral para endossar esta concepção de política democrática? Traz como resposta três possibilidades: a autonomia, a coerção e o respeito, e a justiça. Entende que os três poderiam trazer respostas compatíveis, mas a terceira seria mais adequada – aceitar os requisitos da razão pública seria, portanto, um exercício de esforço para tratarmos o outro de forma justa - e arremata enfático ao sugerir uma resposta ao questionamento: assim devemos agir por que é o que a justiça exige. Abandonar o compromisso com a razão pública é abandonar o objetivo de tratar os demais de forma justa²⁴⁹.

O convencimento de que não existe paradoxo algum, haja vista ser compreensível que os cidadãos adotem a ideia de razão pública na forma proposta pela justiça como equidade, passa por importantes conceitos integrantes da teoria, razão pela qual é importante tecer esclarecimentos complementares para auxiliar a sua fundamentação.

4.2 Esclarecimentos conceituais relevantes

Neste subcapítulo tratar-se-á os conceitos que auxiliam a compreensão do pseudo-paradoxo da razão pública: reciprocidade, legitimidade, estabilidade pelas razões certas e racional e razoável.

4.2.1 Critério de reciprocidade

Rawls discorre acerca da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, que se encontra implícita na cultura pública de toda sociedade democrática. O autor identifica que os cidadãos não compreendem a ordem social como uma ordem natural fixa, nem como uma hierarquia institucional justificada por valores religiosos ou aristocráticos.

A partir deste cenário, destacam-se três elementos que melhor elucidam a cooperação social: (i) normas e procedimentos que são reconhecidos publicamente, isto é, “aqueles que cooperam não só aceitam, como também consideram como reguladores efetivos da própria conduta”, ressalte-se que a cooperação distingue-se da mera atividade socialmente coordenada; (ii) termos equitativos, em que cada participante pode razoavelmente aceitar,

²⁴⁹ QUONG, Jonathan. On the Idea of Public Reason. *A Companion to Rawls*. First Edition. Edited by Jon Mandle and David A. Reidy. John Wiley e Sons, Inc. Published, 2014, p. 270-275.

desde que todos os demais também os aceitem; relaciona-se diretamente com o critério da reciprocidade, aqueles envolvidos com a cooperação e que cumprem as normas e procedimentos pré-estabelecidos se beneficiam de alguma forma²⁵⁰; (iii) vantagem racional ou do bem, que traduz-se no objetivo a ser alcançado por aqueles envolvidos na cooperação (indivíduos, famílias, associações, governos).

À luz dos termos equitativos tem-se que a reciprocidade é uma relação entre os cidadãos em uma sociedade bem ordenada, que se expressa pela concepção política e pública de justiça, da qual a imparcialidade transmuda-se na motivação pelo bem geral e na ideia de benefício mútuo. Contudo, pondera o autor que, distinguindo-se da ideia do imparcial, a reciprocidade não se trata de benefício mútuo, pois, além da prevalência dos dois princípios de justiça, tem-se o princípio da diferença²⁵¹, que implica em uma divisão igual como padrão de comparação, visto que entre os requisitos de justiça e os interesses legítimos dos cidadãos existe o que Rawls chama de tensões advindas da diversidade de doutrinas abrangentes.

É por meio dessa divergência natural entre os cidadãos, bem como sobre as concepções de justiça política, que o critério da reciprocidade se alastra, uma vez que, embora não concordem com a integralidade dos termos propostos, os cidadãos adotarão como premissa maior o consenso sobreposto, não havendo falar em dominação, manipulação ou pressão de alguma posição política ou social inferior.²⁵² Sob esta ótica evidencia-se que, embora existam entre os cidadãos um conglomerado de doutrinas abrangentes, mas consideradas como razoáveis entre si, é possível adotar como concepção condizente com o ideal da justiça como equidade o fato de os cidadãos, ao adotarem o método da cooperação, exercerem e respeitarem seus direitos e deveres, ainda que distintos.

²⁵⁰ O objeto fundamental da justiça como equidade é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no âmbito das principais instituições da sociedade e que regulam as disposições da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos sejam distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração às seguintes. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 19).

²⁵¹ Rawls conceitua o princípio da diferença como um acordo no sentido de se considerar a distribuição dos talentos naturais em certos aspectos como um bem comum, e no sentido de compartilhar os benefícios econômicos e sociais maiores propiciados pelas complementaridades dessa distribuição. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 121).

²⁵² Quando, com relação a uma questão constitucional essencial ou a uma questão de justiça básica, todas as autoridades públicas envolvidas agem com base na razão pública e seguem-na e quando todos os cidadãos razoáveis se concebem idealmente como se fossem legisladores seguindo a razão pública, a norma legal que expressa a opinião da maioria deve ser considerada lei legítima. Pode não parecer a cada um a mais razoável ou a mais adequada, mas é politicamente (moralmente) vinculatória para cada cidadão e deve ser aceita como tal. Cada um pensa que todos se manifestaram e votaram pelo menos razoavelmente e, portanto, seguiram a razão pública e cumpriram seu dever de civilidade. (Ibid., p. 529).

Nesse contexto, o critério de reciprocidade apresenta-se como característica delimitadora da razão pública, aplicado entre cidadãos livres e iguais²⁵³. Rawls afirma que os cidadãos são razoáveis quando, considerando-se reciprocamente como livres e iguais em um sistema de cooperação social ao longo de gerações, eles se dispõem a oferecer uns aos outros termos equitativos de cooperação segundo o que se considera ser a concepção mais razoável de justiça política e quando concordam em agir com base nesses termos, mesmo que isso lhes custe sacrificar os próprios interesses em determinadas situações, contanto que os outros possam aceitá-los nos mesmos termos.²⁵⁴

Longe de ser uma teoria que ignora a realidade, Rawls evidencia que essa exigência de fidelidade social, voltada para a adoção do consenso sobreposto ante às inúmeras doutrinas abrangentes, pode exigir de alguns, principalmente dos menos favorecidos, a renúncia de benefícios em favor de um bem maior para o conjunto. A dificuldade de efetivar esse ponto específico se revela porque os sacrifícios em comento não são aqueles inusitados, que surgem em épocas de emergência social, mas sim de questões essenciais, básicas, rotineiras.

Os princípios de justiça aplicam-se à estrutura básica do sistema social e à definição das perspectivas de vida que, em determinadas situações, deverão ser sacrificadas em detrimento da coletividade. Qualquer que seja o tipo de sociedade bem ordenada²⁵⁵, a força do senso de justiça não será igual em todos os grupos sociais. Contudo, para garantir que vínculos mútuos unam toda a sociedade, todos e cada um de seus membros, é preciso adotar algo semelhante aos dois princípios de justiça²⁵⁶. Esse tipo de sociedade também é regido por uma concepção pública de justiça, isto é, seus membros detêm forte desejo de agir conforme o exigem os princípios da justiça, já trabalhados no subtítulo 3.2.1. Segundo Rawls, a sociedade bem ordenada resiste ao tempo, uma vez que a concepção de justiça

²⁵³ Merece destaque, neste ponto, a afirmação de Rawls quanto ao binômio liberdade-igualdade. Para o autor, devido a duas faculdades morais, quais sejam, a capacidade de ter um senso de justiça e a de ter uma concepção do bem, e das faculdades da razão (de julgamento, pensamento e inferência), as pessoas são livres. O fato de terem essas faculdades no grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade é que torna as pessoas iguais. (Ibid., p. 22).

²⁵⁴ RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 534.

²⁵⁵ Rawls conceitua esse tipo de sociedade como aquela moldada para promover o bem de seus membros e regulada de forma efetiva por uma concepção pública de justiça. É uma sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas atendem a esse princípio. (Id. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 560).

²⁵⁶ Ibid., p. 617.

adotada se mostra como estável²⁵⁷, no sentido de que se as instituições são justas, os que participam desses arranjos institucionais adquirem o correspondente senso de justiça e desejam fazer sua parte para preservá-las.

Para Rawls, o sistema só será estável se aqueles que devem fazer sacrifícios tiverem uma forte identificação com interesses mais amplos que os seus próprios. Assim, ao organizar as desigualdades de modo que haja vantagens mútuas e ao abster-se da exploração das contingências da natureza e das circunstâncias sociais dentro de uma estrutura de liberdades iguais²⁵⁸, as pessoas expressarão respeito umas pelas outras na própria constituição da sociedade, o que viabiliza aos cidadãos adotarem os ideais da razão pública como sendo compatível com as concepções mais íntimas da sua doutrina razoável, extirpando, assim, o paradoxo que, em tese, advém da razão pública.

O papel do critério de reciprocidade, como expresso na razão pública, é especificar a natureza da relação política em um regime democrático constitucional como uma relação de amizade cívica. Quando autoridades públicas agem com base nesse critério e outros cidadãos apoiam-no, ele dá forma às instituições fundamentais desse regime. Em geral, o critério da reciprocidade é violado sempre que as liberdades fundamentais são negadas. É por essa razão que Rawls²⁵⁹ aponta o critério da reciprocidade como resposta ao dito paradoxo – ainda quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo, mediante a existência de doutrinas abrangentes, é possível que cidadãos se vinculem entre si, respeitando a estrutura de seu regime constitucional e agindo em conformidade com as leis e normas.

Rawls evidencia, portanto, que o exercício do poder político é apropriado somente quando as razões oferecidas para a ação política podem ser razoavelmente aceitas por todos os cidadãos, ao aplicar o critério da reciprocidade mediante a própria estrutura constitucional e por meio das leis e normas específicas e aprovadas segundo essa estrutura. Para serem razoáveis, as concepções políticas só podem justificar Constituições que satisfaçam a reciprocidade e é à luz dessas ilações que se exige a aplicação do princípio liberal de legitimidade, que será objeto de estudo a seguir.

²⁵⁷ O autor assevera que uma concepção de justiça é mais estável que outra se o senso de justiça que tende a gerar for mais forte e tiver mais probabilidade de anular inclinações desestabilizadoras e se as instituições que permite gerarem impulsos e tentações mais fracas a agir de maneira injusta. A estabilidade da concepção depende de um equilíbrio de motivações: o senso de justiça que cultiva e os objetivos que incentiva devem normalmente ter preponderância sobre as propensões à injustiça. (Ibid., p. 516).

²⁵⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 220.

²⁵⁹ Id. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. XLVIII e XLIX.

4.2.2 Princípio da legitimidade

A estrutura básica da sociedade e suas políticas públicas, notadamente quanto aos elementos constitucionais essenciais e de justiça básica, devem ser justificáveis para todos os cidadãos, conforme o princípio da legitimidade política. Tais justificações devem se reportar somente a crenças gerais e a formas de argumentação que contam com ampla aceitação e perfazem as esferas do senso comum e aos métodos e conclusões da ciência, desde que não controvertidos.

Segundo Rawls²⁶⁰, o princípio liberal da legitimidade faz com que essa seja a maneira mais apropriada, senão mesmo a única, de especificar as diretrizes da indagação pública. Essa interpretação ressalta que, em uma concepção liberal como a da justiça como equidade, as diretrizes da razão pública (e seu princípio de legitimidade) possuem a mesma base que os princípios de justiça, significando que as partes, na posição original, ao adotarem os princípios de justiça, adotam, também, as diretrizes e critérios da razão pública para a aplicação desses princípios, sendo partes complementares de um mesmo acordo.

Emana da legitimidade o ideal político liberal em que o poder político é o poder coercitivo dos cidadãos livres e iguais como corpo coletivo, que deve ser exercido quando elementos constitucionais essenciais e questões fundamentais de justiça estão em jogo, ao passo que se espera dos cidadãos a aplicação destes elementos à luz da razão humana comum²⁶¹. O autor destaca que os valores da razão pública não incluem somente o uso apropriado dos conceitos fundamentais de juízo, inferência e evidência, mas também as virtudes da razoabilidade e o sentido de imparcialidade. A pluralidade razoável de doutrinas conflitantes resulta da razão prática ao longo do tempo sob instituições livres e duradouras e, além do papel da reciprocidade entre os cidadãos, é imprescindível que à estrutura geral de autoridade seja conferida legitimidade; as controvérsias que surgirem frente à legislatura e que envolvam elementos constitucionais essenciais ou questões de justiça básica devem ser dirimidas com base em princípios e ideais de justificação pública.²⁶²

Rawls explica que o poder político é legítimo somente quando é exercido, em casos fundamentais, em conformidade com a Constituição, cujos elementos essenciais pode-se

²⁶⁰ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 265.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 164.

²⁶² *Ibid.*, p. 161.

razoavelmente esperar que todos os cidadãos razoáveis, na condição de livres e iguais, subscrevam.²⁶³ Em outras palavras, diante de questão constitucional essencial ou de justiça básica, todas as autoridades públicas envolvidas agem com base na razão pública e seguem-na e quando todos os cidadãos razoáveis se concebem idealmente como se fossem legisladores seguindo a razão pública, a norma legal que expressa a opinião da maioria deve ser considerada lei legítima.

O autor evidencia, ainda, a necessidade de identificar três condições acerca da razão pública e o princípio da legitimidade, quais sejam, (i) atribui-se um grande peso ao ideal que ele prescreve; (ii) acredita-se que a razão pública é adequadamente completa; (iii) acredita-se que a visão específica dos cidadãos expressa uma combinação e um equilíbrio razoável com os valores políticos. Não obstante, importa, na realidade, saber se os cidadãos, aos usarem somente valores políticos para deliberarem sobre questões fundamentais, não utilizando doutrinas abrangentes, estarão sendo sinceros. Rawls entende que as crenças em doutrinas abrangentes são coerentes com as condições acima mencionadas. Ressalta, no entanto, que apenas as doutrinas abrangentes não razoáveis entrariam em divergência com a razão pública, visto que tornaria inviável a manutenção do equilíbrio razoável de valores.²⁶⁴

Importante distinção é a que existe entre “legítimo” e “justo” e merece destaque. Segundo Rawls, a legitimidade é uma noção mais fraca do que justiça e impõe limitações mais frágeis àquilo que pode ser feito. Sendo assim, é possível afirmar que as decisões e leis democráticas são legítimas não porque são justas, mas porque foram aprovadas de forma legítima, de acordo com um procedimento democrático legítimo aceito. Isto é, a lei pode não ser justa e ainda assim ser legítima, desde que seja justa o suficiente à luz das circunstâncias e condições sociais. No entanto, é possível que a provável injustiça dos resultados de um procedimento democrático legítimo corrompa sua legitimidade, cuja injustiça ocorrerá contra a própria Constituição política. Reidy tece importante crítica a esta parte da teoria rawlsiana, quando defende que mesmo a visão ampla da razão pública proposta pelo autor não seria suficiente para resolver todas as questões a que se propõe. Ao se falar em legitimidade, pressupõe-se que os cidadãos foram capazes de construir uma concepção política unificada que sirva a todos. Entretanto, para Reidy, esta visão de Rawls, mesmo

²⁶³ Ibid., p. 529.

²⁶⁴ COITINHO, Denis. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr 2009, p. 71. Disponível em < revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258>. Acesso em 15 mar. 2018.

considerando o conceito amplo de razão pública, exige um comportamento impossível dos seus cidadãos que não seria compatível com princípio da legitimidade²⁶⁵.

Enfim, Rawls crê que a partir da publicidade quanto aos princípios de justiça e os seus fundamentos, as suas razões devam ser acessíveis às razões comuns de todos os cidadãos, caso isto não ocorra, a base de legitimidade política estará suplantada e a justiça como equidade não encontrará as respostas a que se propõe²⁶⁶.

4.2.3 Estabilidade pelas razões certas

A partir do pressuposto de sociedade bem ordenada surgem as noções de equilíbrio e estabilidade aplicadas a sistemas sociais. Valendo-se do conceito elaborado por W. R. Ashby, Rawls destaca que uma sociedade é quase-estável no tocante à justiça de suas instituições e ao senso de justiça necessário para manter tal condição, visto que, embora uma mudança nas circunstâncias sociais possa fazer com que suas instituições deixem de ser justas, no devido tempo, elas são reformadas da forma exigida pela situação, e a justiça é restaurada.²⁶⁷

Para Rawls, o sistema está em equilíbrio quando alcança um estado que persiste indefinidamente ao longo do tempo, desde que não sofra pressões externas, visto que todos os sistemas sociais estão sujeitos a algum tipo de perturbação. Os sistemas que importam para o presente estudo se referem às estruturas básicas das sociedades bem ordenadas correspondentes às diversas concepções de justiça, bem como à conduta moral dos indivíduos.

A estabilidade da concepção de justiça não impõe a imutabilidade das instituições e práticas da sociedade bem ordenada, uma vez que esta sociedade se apresenta com grande diversidade e adota ordenações diferentes com o passar do tempo. Sendo assim, a estabilidade traduz-se na manutenção justa das instituições, ainda que estas se modifiquem. Segundo Rawls²⁶⁸, os desvios inevitáveis da justiça são efetivamente corrigidos ou mantidos dentro de limites toleráveis pelas forças internas do sistema. É nesse cenário que o senso de justiça comum a todos os membros da comunidade desenvolve um papel fundamental, tendo

²⁶⁵ REIDY, David A. Rawls's wide of public reason: not wide enough. *Res Public* 6: 49 – 72, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2000, 71-72.

²⁶⁶ RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127.

²⁶⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 563.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 565.

em vista que os sentimentos morais são indispensáveis para garantir a estabilidade da estrutura básica no tocante à justiça. A fim de tornar mais objetivo o conceito, o autor assevera que a estabilidade da concepção depende de um equilíbrio de motivações²⁶⁹, quais sejam, o senso de justiça que cultiva e os objetivos que incentiva, estes devem prevalecer sobre a injustiça. O parâmetro de avaliação da estabilidade de uma concepção de justiça é a força relativa das tendências opostas existentes.

Duas hipóteses derivadas da estabilidade merecem destaque, para Rawls (i) as pessoas que crescem e se socializam sob instituições justas adquirem um senso de justiça que costuma ser suficiente para que em geral cumpram as exigências dessas instituições; (ii) dada à cultura pública política de uma democracia e o seu pluralismo, o consenso sobreposto consistirá em doutrinas abrangentes razoáveis que provavelmente perdurarão e conquistarão adeptos ao longo do tempo sob uma estrutura básica justa.²⁷⁰

A questão da estabilidade da justiça como equidade está ligada umbilicalmente com a manutenção da modelo constitucional após alcançado o consenso sobreposto. Não se trata de buscar a verdade, mas o politicamente razoável e que reside uma diferença fundamental entre o consenso sobreposto e o *modus vivendi*. Não se trata de buscar uma pacificação de momento entre as diversas doutrinas abrangentes professadas pelos cidadãos que integram esta sociedade bem ordenada, pois se esta fosse a solução, o que se teria era um acordo de interesses momentâneo que não seria estável, vez que sempre que uma das partes tivesse a condição de impor a sua doutrina aos demais, tal fato ocorreria. A justiça por equidade alcança a sua estabilidade em razão de que o consenso sobreposto é o resultado do possível diante das variadas doutrinas abrangentes existentes na sociedade. Os cidadãos, mesmo professando doutrinas razoáveis diversas, encontram respostas as suas indagações acerca de questões referentes a justiça básica dentro dos limites das suas próprias doutrinas abrangentes. A concepção política básica alcançada tendo por base o modelo proposto pela justiça como equidade é estável pois estabelecido sob as razões certas. E é a isto que o autor chama de estabilidade pelas razões certas, residindo no conceito de estabilidade a sua importância.

²⁶⁹ Rawls apresenta a estabilidade como uma característica desejável das concepções morais. Em situações normais, as pessoas presentes na posição original adotarão o sistema mais estável de princípios. Por mais atraente que uma concepção de justiça possa ser em outros aspectos, ela estará seriamente comprometida se os princípios da psicologia moral forem tais que deixem de gerar nos seres humanos o necessário desejo de agir com base nela. (Ibid., p. 561).

²⁷⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 166.

4.2.4 Razoável e racional

A justiça como equidade é uma concepção política de justiça que visa responder a como é possível que uma sociedade se mantenha estável e justa ao longo do tempo sendo que os seus cidadãos estão divididos por doutrinas abrangentes razoáveis, mas incompatíveis entre si.

A resposta passa invariavelmente pelo fato de que os cidadãos são razoáveis e assim sendo, consideram-se, mutuamente, livres e iguais, formando um sistema de cooperação equitativo que alcança uma concepção política de justiça que é possível de ser endossada por todos²⁷¹. A ideia de razoabilidade mantém uma relação de dependência com a de reciprocidade. Cidadãos não razoáveis até podem aceitar as condições de um acordo cooperativo, mas estarão sempre prontos a rescindi-lo por não estarem dispostos a trabalhar pelo bem comum, mas apenas pelo seu fim, portanto, rompem a reciprocidade necessária a manutenção do conjunto. A ideia de racionalidade para Rawls é distinta do razoável, e se aplica a um único agente quando busca realizar interesses que lhes são particulares²⁷², próprios ou terceiros. A definição de como estes interesses serão alcançados e os meios para o seu desenvolvimento, buscam a melhor adequação meios-fins, entretanto, à racionalidade falta o critério da reciprocidade.

Mesmo diante da evidente proximidade conceitual e a da comodidade em se justificar o razoável como uma concepção mais ampla do racional, Rawls afirma que para a justiça como equidade ambos são ideias distintas, não derivando uma da outra, mas se completando²⁷³. Para o que interessa à justiça como equidade, o razoável e o racional se encontram por ocasião da consolidação da ideia de cooperação equitativa, vez que agentes apenas razoáveis não buscariam realizar fins que lhes fossem próprios, e os apenas racionais não conseguiriam alcançar um senso de justiça adequado a reconhecer a importância da demanda dos outros.

E a contribuição dos conceitos do razoável e do racional ao esclarecimento do pseudo paradoxo da razão pública foi de forma magistral apontada por Rawls quando registrou que

²⁷¹ Rawls afirma que “as pessoas são razoáveis em um aspecto fundamental quando, suponhamos que entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de os outros farão o mesmo” (Id. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 58).

²⁷² RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 60.

²⁷³ “Como ideias complementares que são, nem o razoável nem o racional podem dispensar um ao outro.” (Ibid., p. 62).

“em uma sociedade razoável, que de forma muito simplificada pode ser compreendida como uma sociedade de iguais em questões fundamentais, todos tem os próprios fins racionais, que esperam realizar, e todos estão dispostos a propor termos equitativos que possam razoavelmente esperar que outros aceitem, de modo que todos possam se beneficiar e ganhar em relação àquilo que cada um poderia fazer por conta própria”²⁷⁴.

4.3 As objeções

A teoria da justiça como equidade repercutiu bastante em razão da sua completude e do novo fôlego que representou a filosofia política. Importantes objeções foram apresentadas e, na medida do possível, foram respondidas por Rawls. Dentro deste cenário, pretende-se trazer, em linhas gerais, as objeções de Habermas e Raz, dando principal enfoque às questões que são tratadas neste trabalho. Assim, tem-se inicialmente uma abordagem mais geral e, após, uma específica.

4.3.1 As objeções de Habermas

Jürgen Habermas apresentou as suas principais objeções à justiça como equidade no artigo intitulado “Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls’s political liberalism”²⁷⁵. Por sua vez, Rawls apresentou as suas respostas a tais considerações no seu artigo denominado “Reply to Habermas”²⁷⁶. Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, Habermas e Rawls nutriam um grande e recíproco respeito pelas considerações um do outro, o que fizeram questão de deixar claro em seus textos. Habermas reconhece a importância do trabalho de Rawls como um novo marco na filosofia política²⁷⁷. Em sua resposta, Rawls agradece a Habermas pela oportunidade que lhe deu discutir questões importantes da justiça como equidade²⁷⁸. As objeções trazidas por Habermas não são contra a justiça como equidade propriamente dita, mas sim em razão de alguns aspectos

²⁷⁴ Ibid., p. 64.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Volume XCII, nº. 3, march 1995. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2940842>>. Acesso em: 28 set. 2018.

²⁷⁶ RAWLS, John. Resposta a Habermas. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

²⁷⁷ HABERMAS. Op. cit., p. 109.

²⁷⁸ “Primeiro eu gostaria de agradecer a Jürgen Habermas por sua generosa discussão, por seus correntes comentários sobre o meu trabalho e por ter preparado o terreno para que respondesse às críticas esclarecedoras que levanta.” (RAWLS. Op. cit., p. 440).

da sua execução²⁷⁹. Habermas dividiu em três partes as suas objeções, (i) o desenho da posição original, (ii) a proposta de justificação e (iii) autonomia privada e pública.

Quanto a concepção do procedimento da posição original, Habermas aduz que o fato dos seus integrantes estarem protegidos pelo véu da ignorância gera uma fragilidade futura quando do levantamento deste véu, vez que as condições reais podem não corresponder às escolhas feitas naquela condição. Esta restrição informacional pode gerar dificuldades que somente fariam sentido se os conceitos básicos utilizados para a sua construção pudessem ser revistos em momentos futuros²⁸⁰, dá enfoque a uma possível confusão levada a efeito por Rawls quando este determina as características dos bens primários. Segundo Habermas, bens são coisas pelas quais nos esforçamos para ter, ou seja, o que é bom para nós²⁸¹. O conceito de bens primários de Rawls induz o agente a uma escolha entre estes que são os disponíveis, fazendo com que esta situação possa apresentar fragilidades, pois existente apenas esta característica de bens. Ademais, Habermas aponta para uma confusão entre os conceitos de bens e direitos, estes podem ser exercidos, ao passo que aqueles podem ser distribuídos²⁸². Defende que os direitos não podem ser distribuídos ou comparados a bens distributivos sem que se perca o seu significado deontológico²⁸³.

Rawls responde a estas críticas evidenciando que a sua teoria é uma concepção política de justiça que se sustenta por si própria, não tendo por fundamento qualquer doutrina abrangente²⁸⁴. Ao contrário, Habermas, à luz de sua análise filosófica dos pressupostos do discurso racional e da ação comunicativa, abarca inúmeros elementos que vão além da filosofia política²⁸⁵. A posição original é um dispositivo de representação que se presta a escolha dos princípios de justiça por cidadãos razoáveis e racionais. Seguindo o procedimento para trajetória de escolha destes princípios, é possível que em um determinado momento estes não se mostrem os mais razoáveis, o que não determina o fracasso do procedimento, mas a necessidade de revisão²⁸⁶. Assim, a utilização do véu da ignorância

²⁷⁹ HABERMAS. Op. cit., p. 110.

²⁸⁰ Ibid., p. 118.

²⁸¹ Ibid., p. 114.

²⁸² “Direitos regulam as relações entre atores, não podem ser possuídos como coisas”. (HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Volume XCII, nº. 3, march 1995, p. 114. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2940842>>. Acesso em: 28 set 2018).

²⁸³ Ibid., p. 114.

²⁸⁴ RAWLS, John. Resposta a Habermas. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 444.

²⁸⁵ Ibid., p. 445.

²⁸⁶ “Que os princípios acordados desse modo realmente sejam os mais razoáveis, esta é uma conjectura que pode, é claro, mostrar-se incorreta. Temos que confrontá-los com os pontos fixos de nossos juízos ponderados em diferentes níveis de generalidade. Devemos também examinar quão bem eles se aplicam a instituições

oportunizaria a elaboração de princípios de justiça que a todos aproveitariam, sem qualquer vício que as partes poderiam trazer do mundo real. Tal circunstância possibilitaria um maior nível de assertividade, mas não seria condição a impedir qualquer revisão futura, caso necessário.

A segunda objeção trazida por Habermas está vinculada a ideia de justificação, quando questiona se o consenso sobreposto tem algo que possa acrescentar a uma concepção política de justiça que se apresenta como razoável ou se apenas estabelece uma condição necessária para a estabilidade, bem como qual o real significado do termo “razoável” - se expressa a validade dos juízos morais e políticos ou uma atitude refletida de tolerância²⁸⁷. Habermas vê como difícil a possibilidade de rejeição da construção da teoria da forma idealizada por Rawls, pois não mais razoável tal rejeição²⁸⁸. O que lhe incomoda é que as propostas de justificação sejam semelhantes tanto enquanto ainda as partes no procedimento, quanto já em aplicação em uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável. A inquietação reside no fato de que quando as abstrações da posição original forem revogadas, a aceitação da teoria deverá ocorrer por cidadãos de carne e o osso. Crê que Rawls não pode prever tal resultado, mas apenas tentar antecipar uma reflexão, estando impossibilitado de incluir tais previsões na sua teoria como se parte dela estas fossem²⁸⁹. Habermas afirma que deveria ter realizado uma diferenciação maior entre aceitação e aceitabilidade, levando a discussão para a provocação das razões que levaram Rawls a considerar o razoável como verdadeiro. Rawls é claro ao responder tal objeção, sinalizando para o que já parecia obvio: justiça como equidade é uma concepção política de justiça que compreende a existência de uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável, mas que a aceitam em razão da conjugação do que chamou de consenso sobreposto, estabilidade pelas razões certas e legitimidade. Afirma Rawls que quando os cidadãos professam doutrinas abrangentes que são razoáveis, embora divergentes, examinar se um consenso sobreposto sobre a concepção política é possível é uma maneira de verificar se há razões suficientes para propor a justiça como equidade (ou outra mais razoável) que possam ser sinceramente defendidas perante outros, sem que para isso seja preciso criticar ou rejeitar seus compromissos religiosos ou filosóficos mais

democráticas, quais seriam seus resultados e, deste modo, determinar quão bem na prática ajustam-se os nossos juízos ponderados após cuidadosa reflexão. Em uma direção ou em outra, podemos ser levados a rever nossos juízos”. (Ibid., p. 451).

²⁸⁷ HABERMAS. Op. cit., p. 119.

²⁸⁸ Ibid., p. 120.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Volume XCII, nº. 3, march 1995, p. 121. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2940842>>. Acesso em: 28 set 2018.

profundos. (...) O argumento, se bem-sucedido, mostraria como podemos de modo razoável recorrer a uma concepção política de justiça como base de razões que é compartilhada pelos cidadãos, supondo o tempo todo que outros, que não são menos razoáveis do que nós, também poderão subscrever e reconhecer a mesma base. Apesar do fato do pluralismo razoável, as condições para a legitimidade democrática estão satisfeitas²⁹⁰. E, assim, alcançado o consenso sobreposto, estaremos diante da base mais sólida possível para esta sociedade marcada pelo pluralismo, oportunizando a chamada estabilidade pelas razões certas. O consenso deve se dar acerca do razoável, não se propondo que a verdade seja utilizada como sua sinônima²⁹¹. Por fim, não há outra forma de se apresentar uma concepção política senão pelas ideias e princípios que a integram.

Na terceira objeção, Habermas afirma que Rawls não consegue alcançar o seu objetivo de trazer as liberdades dos modernos em harmonia com as dos antigos²⁹². Em resumo, traz a lume a discussão entre autonomia privada e pública e sobre a justiça substantiva de Rawls. O entendimento de Habermas quanto aos direitos e liberdades fundamentais na justiça como equidade é o de que o procedimento, tal qual idealizado por Rawls, cria um escalonamento prioritário em que a liberdade dos antigos precede a dos modernos²⁹³. Prossegue ainda, afirmando que a sua proposta é que a filosofia se limite ao esclarecimento do ponto de vista moral e o procedimento de legitimação democrática, assim a filosofia deixa as questões substanciais para serem respondidas, o que, segundo alega, Rawls não fez²⁹⁴. Rawls inicia a sua resposta pelo que acredita ter sido uma compreensão equivocada de Habermas quanto a sequência em quatro estágios. A todo momento, a justiça como equidade deixa claro que não existem prioridades entre os princípios de justiça,

²⁹⁰ RAWLS, John. Resposta a Habermas. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 461-462.

²⁹¹ “O uso do conceito de verdade não é rejeitado nem questionado; deixa-se às doutrinas abrangentes que o empreguem, ou neguem, ou façam uso de outra ideia em seu lugar”. (Ibid., p. 467).

²⁹² HABERMAS. Op. cit., p. 110.

²⁹³ Os termos “liberdades dos antigos” e “liberdades dos modernos” foi utilizado por Benjamin Constant em seu artigo “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, no qual explicita que a liberdade dos antigos está relacionado ao controle do aparelho político-militar do Estado, pois quanto maior este controle, mais liberdade se teria, enquanto a liberdade dos modernos estaria ligada ao direito de não ser reprimido pelo Estado, ou seja, na garantia a liberdade de expressão, associação, a propriedade privada. (CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos (1819). Tradução de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet. In: *De la Liberté chez les Modernes*. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 29 set 2018).

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Volume XCII, nº. 3, march 1995, p. 131. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2940842>>. Acesso em: 28 set. 2018.

tampouco entre as liberdades neles expostas²⁹⁵. Rawls apenas elenca, pelo seu procedimento hipotético, os passos pelos quais se chegariam aos princípios de justiça e ao texto constitucional. O resultado deste procedimento, como já amplamente dito, não é imutável, vez que deverá ser testado mediante a compatibilização com os juízos ponderados. Assim, o conteúdo final do texto constitucional estará vinculado à vontade do constituinte e, conseqüentemente às liberdades dos modernos²⁹⁶. Portanto, Rawls apresenta o passo a passo de uma receita que poderá sofrer adequações pelas habilidades e experiências do quem a está executando. Ao justificar a autonomia política dos cidadãos na sua justiça como equidade, Rawls refuta o argumento de Habermas de que a “teoria priva os cidadãos de assimilar muitos insights que eles teriam que assimilar de maneira nova a cada geração”²⁹⁷, quando afirma que a autonomia política plena decorre da vivência sob a égide de uma constituição justa, pois ao contrário terá boas razões para lutar e buscar, através de sua autonomia, alcançar o seu objetivo²⁹⁸. Portanto, se a autonomia estaria ligada às condições necessárias para o alcance de uma Constituição justa, quando se encontra tal lei maior que atenda a esta equação, ter-se-á o resultado maior da dita autonomia. E com base neste fundamento que Rawls defende a sua autonomia política. Ainda quanto a objeção de ser a justiça como equidade substantiva, Rawls aduz que não percebe este argumento como uma objeção, vez que a sua justiça como equidade, por ser uma visão liberal, é substantiva²⁹⁹, defende que a

²⁹⁵ “As liberdades associadas tanto à autonomia pública como à autonomia privada aparecem umas ao lado das outras, sem haver hierarquização entre elas, no primeiro princípio de justiça”. (RAWLS, John. *Resposta a Habermas*. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 489).

²⁹⁶ “Em minha réplica, apenas observei que, da óptica dessa concepção política de justiça, as liberdades dos modernos não impõem, como Habermas supõe, restrições prévias à vontade constituinte do povo”. (Ibid., p. 481).

²⁹⁷ RAWLS, John. *Resposta a Habermas*. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 473).

²⁹⁸ “Dizemos, primeiro, que os cidadãos conquistam autonomia política plena quando vivem sob uma Constituição razoavelmente justa, que assegure sua liberdade e igualdade, com todas as leis e os preceitos de nível inferior que regulam a estrutura básica, e quando também compreendem e acatam plenamente essa Constituição e suas leis, bem como as ajustam e alteram conforme as circunstâncias sociais em constante transformação o exijam, sempre motivados de forma apropriada por seu senso de justiça e pelas demais virtudes políticas.” (RAWLS, John. *Resposta a Habermas*. In: *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 475).

²⁹⁹ Ibid., p. 499.

justiça de um procedimento sempre dependerá da justiça do seu resultado³⁰⁰, o que cria uma relação de interdependência entre a justiça procedimental e a substantiva³⁰¹.

4.3.2 As objeções de Raz

Em seu artigo “The case of epistemic abstinence”³⁰², Joseph Raz aponta para a importância que a teoria idealizada por John Rawls teve no âmbito da filosofia política, seja pelo escopo das suas conclusões, seja pela profundidade de seus fundamentos, demonstrando que há espaço para a construção de teorias racionais em grande escala e não limitadas a temas pontuais³⁰³.

Frisa que a justiça como equidade tem aplicabilidade limitada, pois voltada à estrutura básica da sociedade que visa regular e arremata enfático afirmando que a abstinência epistêmica de Rawls reside no fato de que ele se abstém de alegar que sua doutrina é verdadeira³⁰⁴, tratando este ponto como objeção³⁰⁵. Critica a força que Rawls empresta ao seu consenso, o qual chamou de “consenso a qualquer preço”³⁰⁶. Segundo Raz, este consenso somente seria possível em sociedades quase justas, o que limitaria

³⁰⁰ Interessante mencionar a passagem de Raz onde afirma que “a teoria de Rawls é tanto filosófica quanto prática. É filosófica porque exige uma complexa doutrina moral da justiça. No entanto, é prático, pois a primeira e única razão que Rawls menciona para o desejo de estabelecer a filosofia política é que é necessário assegurar estabilidade e unidade social baseadas no consenso. (RAZ, Joseph Raz. Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence. Wiley. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, n.º. 1 (Winter, 1990), p. 14. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2265361>>. Acesso em: 28 set 2018).

³⁰¹ “É um equívoco comum supor que a legitimidade (ou a justiça) procedimental tem pretensões menores e pode se sustentar por si própria sem a justiça substantiva: isto não é possível”. (RAWLS. Op. cit., p. 504).

³⁰² RAZ. Op. cit., p. 3-46.

³⁰³ Ibid., p. 3-4.

³⁰⁴ Interessante a passagem trazida por Miranda ao afirmar que “segundo Raz, ambos os autores propõem resolver o problema da diversidade moral tomando uma postura de “abstinência epistêmica” na articulação de suas teorias da justiça (RAZ, 1990, p. 04). Tal postura diz respeito a um afastamento das disputas sobre a verdade das concepções de justiça e de ética em geral (RAZ, 1990, p. 09). Essa postura retrata com clareza a pretensão de Rawls de oferecer uma “teoria da justiça para as nossas sociedades”, isto é, uma teoria cuja formulação e objetos permaneceriam restritos ao campo político democrático, razão pela qual ela poderia atingir um consenso político pluralista (RAZ, 1990, p. 06-07). Por conseguinte, uma tal teoria não seria advogada como verdadeira, mas como uma teoria política da justiça cujo propósito é prático, e não epistemológico, a saber: o propósito de estabelecer um consenso sobre valores políticos comuns a fim de garantir a estabilidade e a unidade sociais (RAZ, 1990, p. 09). (MIRANDA, John Florindo. Sobre os pressupostos morais do liberalismo político de John Rawls. *Controvérsia*, São Leopoldo, v. 10, n. 2, p. 104-115, mai.-ago. 2014, p. 3. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/viewFile/10244/4813>>. Acesso em: 28 set 2018).

³⁰⁵ Freeman aponta que a objeção de Raz tem origem na posição de Rawls de evitar a verdade, o que pode levar a uma justificação pública embasada em falsos princípios sustentados por falsas crenças. (FREEMAN, Samuel. Public Reason and Political Justifications. *72 Fordham L. Rev.* Ver. 2021. 2004. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/29>, p. 13).

³⁰⁶ RAZ, Joseph. Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence. Wiley. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, n.º. 1 (Winter, 1990), p. 12. Available at <<http://www.jstor.org/stable/2265361>>. Acesso em: 28 set 2018.

sobremaneira a sua aplicabilidade³⁰⁷. A reciprocidade tal qual tratada por Rawls não seria suficiente para Raz que afirma que o dar e receber entre indivíduos relativamente racionais pode levar a um compromisso, mas é provável que falte a complexidade e a estrutura de justificação interna exigida³⁰⁸. Entende que não há justiça sem verdade e que se o consenso rawlsiano for alcançado, validada estará a teoria e, portanto, verdadeira seria, contradizendo o próprio Rawls³⁰⁹. Segue ainda com as suas objeções ao defender que Rawls deveria abandonar a sua abstinência epistêmica³¹⁰ e substituir a forte autonomia descrita na sua teoria³¹¹, sob pena do consenso sobreposto não ser possível. Pelo seu raciocínio, uma teoria fortemente autônoma impediria de se considerar os valores políticos no contexto abrangente de uma teoria moral completa e, portanto, impossível de se produzir conclusões práticas³¹², caracterizando-se assim, como de utilidade contestável. Ademais, Raz afirma que a razão pública consiste apenas em razões verdadeiras. Portanto, expressa um paradoxo forte entre a verdade e o consenso proposto por Rawls.

Rawls não nega ou abdica da verdade, apenas informa que a verdade toda não é alcançável em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo razoável para que se chegue a uma concepção política de justiça. Cediço que o discurso público é superficial, vez que não se traduz na análise dos fundamentos mais profundos de cada doutrina abrangente, a verdade deve ser endossada de acordo com o possível, que neste caso é o razoável. Portanto, não trabalhar com a verdade toda não significa que o cidadão não possa acreditar e aderir ao consenso, pois baseado no dever de civilidade para com os outros cidadãos, compreende a imperfeição do discurso público, e aceita que a “política, em um sociedade democrática, nunca pode guiar-se por aquilo que entendemos ser a verdade toda, que podemos realizar o ideal expresso pelo princípio da legitimidade: o de viver politicamente com outros à luz de razões que é razoável esperar que todos subscrevam”³¹³.

³⁰⁷Ibid., p. 13.

³⁰⁸ Ibid., p. 13.

³⁰⁹ Conclusão que Raz chega dando a sua amplitude a esta temática - verdade, o que é diferente da interpretação defendida por Rawls.

³¹⁰ “Uma vez que a abstinência epistêmica é evitada, reconhecemos que o papel prático dos princípios da justiça em alcançar a unidade e a estabilidade baseadas no consenso é uma consideração teórica que se baseia na verdade (ou validade) dos princípios”. (Ibid., p. 16).

³¹¹ Em contraste, uma teoria política fortemente autônoma é uma teoria cuja validade ou verdade não depende de considerações não políticas. Qual é a opinião do próprio Rawls? A sua teoria não reivindica verdade ou validade, e é, portanto, independente de quaisquer fundamentos morais. Isto é fortemente autônomo. (Ibid., p. 22).

³¹² Ibid., p. 23.

³¹³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 287.

A objeção de Raz quanto a verdade para a justiça como equidade tem intrínseca ligação com o pseudo paradoxo da razão pública já tratado neste trabalho. É raso afirmarmos que Rawls nega a verdade³¹⁴, o autor apenas defende que para a justiça como equidade, os seus integrantes não poderão recorrer a sua verdade toda. Dado o fato de que a sociedade é integrada por cidadãos que professam diferentes doutrinas razoáveis, não seria admissível que as suas deliberações atingissem a verdade plena³¹⁵ e não a limitada pela ideia de razão pública? Em resumo, porque estes cidadãos se limitariam a responder as indagações que se apresentam atendendo a ideia de razão pública e não às suas verdades mais profundas? As respostas sempre serão dadas atendendo aos conceitos de legitimidade, razoabilidade e do reconhecimento do dever de civilidade.

Novamente destacamos três elementos que melhor elucidam a cooperação social: (i) normas e procedimentos que são reconhecidos publicamente, isto é, “aqueles que cooperam não só aceitam, como também consideram como reguladores efetivos da própria conduta”, ressalte-se que a cooperação distingue-se da mera atividade socialmente coordenada; (ii) termos equitativos, em que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os demais também os aceitem; relaciona-se diretamente com o critério da reciprocidade, aqueles envolvidos com a cooperação e que cumprem as normas e procedimentos pré-estabelecidos se beneficiam de alguma forma³¹⁶; (iii) vantagem racional ou do bem, que traduz-se no objetivo a ser alcançado por aqueles envolvidos na cooperação (indivíduos, famílias, associações, governos).

O consenso sobreposto é o resultado da aceitação, pelos integrantes de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo pluralismo razoável, dos princípios de justiça e dos elementos constitucionais essenciais. Através deste consenso, cidadãos razoáveis que professam doutrinas razoáveis destacam e referendam valores que lhe são importantes e que integram as suas doutrinas abrangentes, mas que também avalizem uma concepção política de justiça cooperativa e equitativa, compartilhando de tal sorte que todos os demais também possam razoavelmente aceitar. Recorrendo a verdade toda, este consenso não seria possível por nenhuma doutrina abrangente, vez que incompatíveis.

³¹⁴ Em sua resposta a Habermas, Rawls esclarece este ponto não deixando margens a interpretações, afirmando que em que pese Habermas sustentar que o liberalismo político não tem como evitar questões de verdade, na justiça como equidade esta é substituída pelo conceito de razoabilidade. (Ibid., 2011, p. 467).

³¹⁵ Este é o argumento de Raz.

³¹⁶ O objeto fundamental da justiça como equidade é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no âmbito das principais instituições da sociedade e que regulam as disposições da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos sejam distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração às seguintes. (RAWLS. Op. cit., p. 19).

Quanto as objeções voltadas para a forte autonomia da justiça como equidade, percebe-se que a crítica de Raz tem por origem a sua dificuldade em compreender a posição original como um artifício da razão e que, a partir dela, com a configuração dos princípios de justiça, as partes se desprendem dos juízos morais exclusivos das suas doutrinas abrangentes para adotar uma autonomia política que viabiliza o consenso sobreposto³¹⁷. Portanto, a análise de Raz de que a autonomia forte de Rawls dificultaria a ocorrência do consenso sobreposto ou o tornaria numa situação de difícil evidenciação é de fato uma crítica direta a justiça como equidade. Raz tende a analisar os conceitos propostos por Rawls de maneira dissociada do contexto da teoria, querendo fazer crer que não seriam capazes de produzir os resultados que Rawls propaga. Não dá para compreender a autonomia política da justiça como equidade sem adentrar na discussão da força do princípio de civilidade, da reciprocidade e da legitimidade.

Claro que se seguir o raciocínio de Raz quanto à verdade plena, não seria possível alcançar o consenso sobreposto, tampouco a razão pública seria alcançável, vez que esta representaria sempre uma condição vinculada a alguma doutrina abrangente e não a de todos os integrantes desta justiça como equidade. A razão pública decorre deste universo do consenso possível, e, portanto, não da verdade toda, mas apenas naquelas diretrizes que se pode razoavelmente esperar que os outros cidadãos aceitem.

4.4 A Suprema Corte como modelo de razão pública

Partindo da análise realizada alhures sobre os aspectos que compõem a teoria da justiça de John Rawls, imprescindível à compreensão deste ponto, e da afirmação de que a Suprema Corte serve de caso exemplar da razão pública, é a indagação acerca da contribuição do Poder Judiciário, especificamente do seu órgão principal, na construção da razão pública e qual o seu papel a fim de torná-la efetiva. É a Constituição Federal que outorga poderes e competências ao Judiciário, e é este poder que corrobora a existência, bem como a eficácia da *lei mais alta*. O próprio texto constitucional traz, de forma expressa, em

³¹⁷ Afirma Rawls que “como a autonomia plena dos cidadãos se expressa pela ação com base naqueles princípios públicos de justiça que se entende que especificam os termos equitativos de cooperação que os cidadãos eles mesmos dariam a si próprios, caso se encontrassem situados de forma equitativa uns em relação aos outros, essa autonomia plena é modelada pela maneira de estruturar a posição original. (...) Essa autonomia, os cidadãos a realizam agindo em conformidade com a concepção política de justiça guiada pela razão pública dessa concepção e empenhando-se em sua perseguição para o bem na vida pública e não pública” (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 94).

seu artigo 102³¹⁸, que ao Supremo Tribunal Federal, cúpula de um dos poderes da república, compete a guarda da Constituição.

A razão pública tem como escopo a imparcialidade no que tange à existência de uma Constituição democrática e consequente aplicação das normas preexistentes nos atos decisórios das instituições públicas, bem como em atos individuais, aqueles inerentes ao fato de a pessoa professar seus valores e exercitar seu dever de civilidade. Partindo do pressuposto normativo constitucional, a construção de um sentido normativo para as práticas sociais deve estar vinculada à racionalidade, advinda da intersubjetividade. Para Rawls, o debate deve ocorrer abertamente nos espaços procedimentais formais institucionalizados, no processo legislativo ou no judicial, uma vez que considera a jurisdição constitucional como instrumento de proteção dos elementos constitucionais essenciais, isto é, aqueles que se referem a estrutura do estado, processo político e direitos e liberdade fundamentais.

Para Rawls, os elementos constitucionais essenciais abarcam os direitos e liberdades políticas, que podem ser incluídos em uma Constituição escrita, supondo que essa possa ser interpretada por uma Corte Suprema, ao passo que questões de justiça básica envolvem questões de justiça social, econômica e outras matérias que não são abarcadas por uma Constituição. A razão pública é a ferramenta conceitual para que os cidadãos possam, na ausência de acordo ou de compreensão mútua, escolher quais serão as razões que uns podem oferecer aos outros quando se tratar de assuntos de interesse político fundamental. Por óbvio, dificilmente concepções razoáveis de justiça fazem com que os cidadãos possuam a mesma conclusão sobre questões específicas, no entanto, mesmo diante do conflito, é possível que os cidadãos se compreendam mutuamente e façam concessões recíprocas se os seus argumentos, ainda que diversos, estiverem em sintonia com a razão pública.

A razão pública capacita a democracia constitucional a reconhecer direitos e a legitimar a formação política das instituições públicas. Nesse contexto, a democracia constitucional é dualista, uma vez que distingue o poder constituinte do poder ordinário, bem como a Constituição (lei mais alta do povo) da lei ordinária aprovada por instituições legislativas. Assim, a razão pública se configura como a razão dos cidadãos, que, como corpo coletivo, exercem o poder político uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição, aplicando-se somente a questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Assevera Rawls que uma concepção de legitimidade

³¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

política tem por objetivo identificar uma base pública de justificação e apela à razão pública e, por conseguinte, a cidadãos livres e iguais, percebidos como razoáveis e racionais.³¹⁹

Ao retomar ao cerne do questionamento suscitado pela teoria de John Rawls, em que se propõe a discussão acerca da possibilidade de existir uma sociedade estável e justa de cidadãos livres que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis entre si, influi-se que o liberalismo político visa, primordialmente, apresentar uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos a partir de um acordo político refletido. Isto é, nas palavras do autor³²⁰, o que a razão pública propõe é que os cidadãos sejam capazes de se posicionar com base em um equilíbrio razoável de valores políticos e que todos compreendam que a pluralidade de doutrinas abrangentes, desde que razoáveis, podem ser consideradas pelos cidadãos como um fundamento que proporciona apoio adicional e muitas vezes transcendentemente aos próprios valores morais.

Nesse testilhar, é de notória percepção a existência de um liame entrelaçado entre o papel do Poder Judiciário e a postura do cidadão, imbuído de princípios de cooperação mútua, para a efetividade de se estabelecer a razão pública como a persecução de uma sociedade que, embora composta de posicionamentos antagônicos³²¹, possa conviver harmoniosamente, revendo ou alterando suas doutrinas abrangentes. Rawls assegura que a razão pública vê a posição do cidadão, e seu consequente dever de civilidade, como análoga à do juiz, com o seu dever de decidir casos judiciais³²². Da mesma forma que os juízes devem decidir casos recorrendo a fontes legais, tais como precedentes, reconhecidos cânones de interpretação do direito e objeto exemplificador e já trabalhado nesta pesquisa, e a outras fontes relevantes também já destacadas, os cidadãos devem argumentar recorrendo à razão

³¹⁹ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 144.

³²⁰ Ibid., p. 287.

³²¹ Rawls apresenta limites à reconciliação pela razão pública e enumera três tipos principais de conflitos que colocam os cidadãos em desacordo: os que derivam de doutrinas abrangentes irreconciliáveis; os que derivam de diferenças de posição, classe ou ocupação ou de diferenças de etnia, gênero ou raça; os que derivam dos limites da capacidade de juízo. O liberalismo político trata primariamente o primeiro conflito, embora doutrinas abrangentes sejam irreconciliáveis e não possam fazer concessões, os cidadãos que afirmam doutrinas razoáveis podem, não obstante, compartilhar razões de outro tipo, a saber, razões públicas formuladas com base em uma concepção política de justiça. A ideia do politicamente razoável é suficiente em si para os propósitos da razão pública quando as questões políticas fundamentais estão em jogo. (Ibid., p. 579-580).

³²² RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 568.

pública e guiar-se pelo critério da reciprocidade sempre que elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica entram em jogo³²³.

O imbróglio referente à infinidade de doutrinas abrangentes e a possibilidade de convivência harmônica mostra-se evidente, inclusive na contemporaneidade e no âmbito interno do Poder Judiciário e, por esse motivo, John Rawls explora cinco princípios acerca do constitucionalismo e de sua relação com a razão pública, quais sejam, (i) distinção entre o poder constituinte do povo e o poder ordinário das autoridades públicas e do eleitorado; (ii) distinção entre lei mais alta – Constituição Federal – e a lei ordinária, em que aquela reflete a vontade do povo e esta expressa o poder do parlamento e eleitorado; (iii) uma constituição democrática é fundada em princípios, de modo que o povo se autogoverne; (iv) a partir de uma constituição democraticamente ratificada tem-se a fixação dos elementos constitucionais essenciais; (v) o poder supremo pertence aos três poderes conjuntamente, e não de forma individual e exclusiva³²⁴, seguindo a ideia do que dispõe o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, ao asseverar que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, tratando-se, assim, de um poder uno e soberano. Ao corroborar com o último princípio supracitado, John Rawls destaca que em um regime constitucional, e que ainda detém um sistema de revisão judicial, a razão pública deve transmutar-se em razão da corte de vértice no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, mas não o intérprete último. Ressalte-se que esse papel é político e converte-se no fórum dos princípios do estado de direito:

“O poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é exercido pelos três poderes numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.”³²⁵

À luz da perspectiva dualista adotada por John Rawls, os valores políticos fornecem à Corte as bases da interpretação e da resposta correta em se tratando de direitos

³²³ “Sem o comprometimento do cidadão com a razão pública e o cumprimento do dever de civilidade, as divisões e hostilidades entre doutrinas inevitavelmente virão se afirmar, se é que já não existiam. A harmonia e a concórdia entre as doutrinas e a afirmação da razão pública pelas pessoas não são, infelizmente, uma condição permanente da vida social. Antes, a harmonia e a concórdia dependem da vitalidade da cultura política pública e de cidadãos emprenharem-se na realização do ideal de razão pública. Uma vez que já não conseguissem perceber o sentido de afirmar o ideal de razão pública, os cidadãos poderiam facilmente tornar-se amargurados e ressentidos e passar a ignorá-lo. (Ibid., p. 576-577).

³²⁴ Ibid., p. 273.

³²⁵ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 283.

fundamentais. É inquestionável a função estratégica das Supremas Cortes no arranjo institucional das democracias constitucionais e no papel de guardião dos princípios básicos de justiça que asseguram a prevalência destes valores em detrimentos de vontades majoritárias ocasionais. Não se pode olvidar, ainda, o caráter educativo e propositivo das Cortes e a racionalidade jurídica que deve orientar suas decisões, ao afastar motivos políticos segmentados, que acabam por justificar a sua atuação em argumentos principiológicos, no sentido de manter a imparcialidade e inserir um viés moral na solução das controvérsias.

Se à Corte Suprema compete velar pela lei maior, deverá valer-se da razão pública para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias e que corresponda a interesses estreitos. Ao posicionar-se dessa forma, estará cumprindo efetivamente o seu papel, uma vez que suas decisões estarão razoavelmente de acordo com a própria Constituição³²⁶. Não obstante, não bastasse a existência de doutrinas abrangentes e a busca incessante pela harmonização cívica, o que se constata é a volutuosa quantidade de decisões judiciais conflitantes para casos semelhantes, violadores da segurança jurídica.

Um sistema judicial que, mesmo diante da interferência de sua Corte Suprema, admite interpretações discrepantes, mostra-se impossibilitado de concretizar sua função precípua, que é zelar pela aplicação justa e equânime nos casos em que é provocado. Entretanto, se esse mesmo sistema conferir autoridade às decisões judiciais e estas basearem-se nas premissas da razão pública, a jurisdição constitucional assumirá o liame com a racionalidade social da esfera pública, o que legitimará, como consequência, as suas decisões. Segundo John Rawls, a legitimidade da Suprema Corte não decorre da eleição democrática de seus membros, mas do papel que lhe é conferido como fórum da razão pública. Em outras palavras, os juízes da Suprema Corte, apesar de não eleitos, estão vinculados aos princípios de justiça, devendo observar a imparcialidade e motivar suas decisões nos elementos constitucionais, entendimento diverso destoará da construção de que as Supremas Cortes são instâncias exemplares da razão pública³²⁷.

³²⁶ Freeman aduz que este papel protetor da Suprema Corte não a torna antidemocrática, vez que apenas afasta a validade de uma norma infraconstitucional que, mesmo aprovada pela maioria, não atingiu o ideal substantivo de uma constituição que é produto da vontade dos cidadãos. E, portanto, agir para defender uma Constituição democrática não pode ser interpretado como algo antidemocrático (FREEMAN, Samuel. *Public Reason and Political Justifications*. 72 *Fordham L. Rev.* Ver. 2021. 2004, p. 2066. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/29>).

³²⁷ Enquanto John Rawls estabelece importante função à Suprema Corte que deve refletir a razão pública, Habermas apresenta a sua teoria procedimental que concebe a função da jurisdição constitucional como consecutória do processo. Para Habermas as Cortes Constitucionais devem andar distantes da condição de legisladores, reservando ao seu papel a condição de garantes do cumprimento das diretrizes do procedimento, sob uma perspectiva de aplicação da lei e não da sua interpretação. Os ensinamentos de Habermas tem como fundamento a racionalidade dos procedimentos antecedentes a manifestação judicial, sendo esta apenas um

John Rawls evidencia que não é meramente defensivo, mas sim é o de fazer valer a razão pública, de forma apropriada e contínua, servindo de modelo institucional dessa razão, ao passo que a razão pública é a única que o tribunal exerce, pois é o “único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente dela”³²⁸. Sendo assim, por não disporem de nenhuma outra razão ou valor, a não ser os de caráter político, cabe aos juízes decidirem segundo casos precedentes e tradições constitucionais.

Conforme já apontado no subtítulo 2.2, o Brasil adota, precipuamente, o sistema *civil law*, haja vista a estrutura do Estado e produção legislativa em massa para regular a sociedade, dentre as demais peculiaridades, mas, ante à necessidade de o ordenamento jurídico se alinhar às constantes evoluções, observando atentamente a efetividade da segurança jurídica, passou a também englobar o sistema *common law*, no sentido de primar pela uniformização dos posicionamentos dos tribunais pátrios³²⁹ por meio da adoção de precedentes, jurisprudências, súmulas e de institutos como o controle de constitucionalidade, incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso extraordinário e recurso especial, delineados anteriormente.

Ao expressar o sentido do direito, a Corte Suprema passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais. Suas decisões devem ser revestidas de autoridade, em que os demais tribunais inferiores lhes prestem obediência e correspondam ao que a ordem jurídica propõe³³⁰. Para John Rawls³³¹, afirmar que esta mesma corte é a instituição

reflexo deste procedimento (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).

³²⁸ “Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica não estão em jogo. Não é preciso que justifiquem, recorrendo à razão pública, por que votam e como o fazem, nem que suas razões tenham coerência, de modo que seja possível integrá-las a uma visão constitucional coerente, que abranja toda a gama de suas decisões.” (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 278).

³²⁹ A evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e a transformação do próprio conceito de direito fizeram surgir uma nova racionalidade jurídica no *civil law* e coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito. As decisões dos juízes da *civil law*, no mínimo quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade nos mesmos moldes das decisões de *common law*, o que significa que a realidade brasileira, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais por qualquer juiz ou tribunal ordinário e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das supremas cortes. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43, 64).

³³⁰ Freeman traz o pensamento que Sunstein desenvolve em tom crítico a esta postura de Rawls, ressaltando que os juízes carecem de “pedigree” democrático e que o verdadeiro fórum de princípios nos USA não tem sido o judiciário, mas movimentos políticos (FREEMAN, Samuel. *Public Reason and Political Justifications*. *72 Fordham L. Rev.* Ver. 2021. 2004, p. 2069. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/29>).

³³¹ Para Rawls, é preciso que os juízes se empenhem em interpretar a mesma constituição à luz daquilo que veem como as partes pertinentes da concepção política e do que, de boa-fé, acreditam que se pode defender

exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes. Melhor interpretação, para o autor, é aquela que se ajusta ao corpo pertinente dos materiais constitucionais e a que se justifica na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela.

Verifica-se, portanto, que os juízes se manifestam em diversos setores da vida social e política, ao dizer o direito no caso concreto, acabam por se tornar referência para o indivíduo que procura no confronto com a lei a aplicação da almejada justiça. Nesse sentir, a célebre frase do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Charles Hughes (1910-1916), “*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”, apresenta-se em sintonia com o que aqui se discute, notadamente com a função do magistrado e a razão pública. No entanto, imprescindível interpretar de forma cautelosa o poder dado ao Judiciário, pois a proposta de Rawls não é no sentido de esvaziar o debate político ou desonerar as demais instituições do estado do compromisso de atuarem conforme a razão pública, sequer o considera como infalível, mas afirma categoricamente que “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é, mas o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é”³³².

No âmbito do legislativo ou até mesmo de forma mais ampla, considerando todos os cidadãos, é possível imaginar que todos tenham a possibilidade de votar e se posicionar de acordo com as suas visões mais abrangentes desde que não esteja em discussões os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica. Neste caso, recorrer a razão pública é uma liberalidade. Diferente é a condição dos juízes, para os quais outra razão não é permitido ter enquanto no exercício das suas funções. As suas doutrinas morais e filosóficas ficam a margem da sua atividade judicante, não lhes sendo permitido inovar na interpretação constitucional, vez que esta é o reflexo da vontade possível de todos os cidadãos e fruto do procedimento deliberativo legítimo.

Imperioso destacar que o autor distingue a ideia de razão pública do ideal de razão pública, sendo o último realizado ou satisfeito sempre que juízes, legisladores e outras autoridades públicas agem com base na ideia de razão pública, pautam-se por tal ideal e

como tal. “O papel da Suprema Corte como mais alto intérprete judicial da Constituição supõe que as concepções políticas que os juízes subscrevem e seus pontos de vista sobre os elementos constitucionais essenciais atribuem aproximadamente o mesmo lugar ao núcleo central das liberdades fundamentais.” (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 279).

³³² Ibid., p. 281.

explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais recorrendo à concepção política de justiça que consideram a mais razoável. Dessa forma, possível é a compreensão de que constituições e leis fundamentais corretas e justas são determinadas, segundo Rawls, pela concepção política de justiça que é mais razoável, lembrando que a razão pública não é especificada por uma concepção política isolada, mas em uma diversidade de concepções políticas razoáveis que podem sofrer alteração ao longo do tempo. A ideia de razão pública³³³, portanto, é uma visão sobre os tipos de razão nas quais os cidadãos devem basear seus argumentos políticos ao apresentar justificações políticas uns aos outros quando apoiam leis e políticas que invocam os poderes coercitivos do Estado quanto a questões políticas fundamentais. A razão pública não soluciona nenhuma questão tratada especificamente em lei ou ato normativo, mas delimita quais são as razões públicas que deverão galvanizar as decisões proferidas por órgãos públicos competentes. Ressalte-se que os limites impostos pela razão pública não são aplicáveis a todas as questões políticas, mas somete às que se referem aos elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, já estudados no subtítulo 3.2.

Não se pode olvidar, mesmo diante de argumentações contrárias, que a jurisdição constitucional e o papel da Suprema Corte são imprescindíveis à estrutura de democracias constitucionais dualistas. Afinal, diante da existência de variadas doutrinas abrangentes, ainda que razoáveis, é difícil alcançar o consenso sobreposto e o equilíbrio reflexivo e, portanto, a Suprema Corte está fadada a ser um centro de resolução de controvérsias. O desafio que se coloca é como resolver essas controvérsias de forma legítima, justa e com a segurança de que não devem existir interpretações distintas diante do acordo social único. O próximo capítulo apresentará *cases* emblemáticos que foram levados à Suprema Corte brasileira, cujos entendimentos adotados partiram de uma concepção mais ampla do ideal de justiça, corroborando a proposta da razão pública de John Rawls.

³³³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 565.

5 RAZÃO PÚBLICA E A SUPREMA CORTE

À luz dos esclarecimentos delineados anteriormente, construiu-se uma base sólida que permitirá compreender com profundidade o papel da Corte Constitucional, que deve refletir a razão pública, em detrimento da existência de doutrinas abrangentes inseridas em uma sociedade integrada por cidadãos livres e iguais. Conforme já explorado nos subtítulos 2.2 e 2.3, inúmeros são os conflitos que permeiam o órgão notoriamente responsável pela busca do ponto de equilíbrio das relações sociais. E é nesta seara que a teoria da justiça como equidade de John Rawls se desenvolve no sentido de apresentar uma possibilidade de harmonização cívica diante do inegável pluralismo razoável de doutrinas abrangentes e de uma concepção política de regime constitucional.

No *Liberalismo Político*, Rawls tece importantes considerações acerca do controle jurisdicional das leis e afirma categoricamente que a razão pública é a razão de seu tribunal supremo. Tendo em vista que o Poder Judiciário exerce o papel de intérprete judicial, é o seu órgão máximo, a Suprema Corte, que deverá espelhar esta razão pública, na qual os cidadãos livres e iguais, ainda que dispostos a adotar valores e princípios advindos de uma concepção política de justiça, carecem de uma estrutura estatal para dirimir os conflitos da vida em sociedade.

O equilíbrio para uma sociedade justa não reside exclusivamente numa estratégia de formulação de leis que reflita este sentimento, mas também numa correta interpretação acerca da sua aplicação. E nesta seara faz-se importante que as decisões judiciais sejam dotadas de previsibilidade, o que se traduz em segurança para a estabilidade das relações estabelecidas. Mas a segurança jurídica almejada, se baseada em aspectos eminentemente jurídicos legalistas, não alcança o necessário para se chegar a estabilidade pretendida. Por vezes, é o próprio judiciário que decreta a instabilidade através de decisões impregnadas de subjetividade.

Reside na posição ativista do julgador um problema a ser trabalhado. Este modelo de juiz participativo deve evidenciar a solução de acordo com os ditames normativos e com os ideais de justiça, norteando-se pelos princípios e garantias constitucionais, mas jamais pelo assenhramento da lei através da sua atividade criativa impregnada de razões que lhes são próprias. E neste ponto a Suprema Corte evidencia por completo a sua importância, pois é nas suas decisões que todos os integrantes da sociedade, juízes ou não, alimentam-se quanto as questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais.

Com a análise de casos relevantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal, tais como a autorização para aborto de fetos anencefálicos, as pesquisas com células tronco embrionárias, a união homoafetiva e a execução da pena em segunda instância, é possível concluir que o papel por ela desempenhado confirma as conclusões rawlsianas e a transforma neste relevante vértice do consenso social, notadamente quando faz a análise do que lhe compete pelo seu órgão colegiado, o plenário. Ao decidir sobre os temas que se entrelaçam com os elementos constitucionais essenciais o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado ser fundamental para o correto entendimento e a pacificação destas controvérsias, sendo as suas decisões dotadas da autoridade estabelecida por razões públicas.

5.1 Importantes decisões do Supremo Tribunal Federal

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se em evidência seja pela contestação popular acerca das suas decisões, seja em virtude do quadro caótico de decisões distintas, quando não opostas, para casos semelhantes. Essa realidade de imprevisibilidade das decisões judiciais enfraquece o regime democrático pelo dever de uniformidade - situações jurídicas substancialmente iguais devem ser tratadas de modo equivalente - e a correção dessas distorções que compõe a essência da função uniformizadora é de competência dos Tribunais. É diante desse cenário e visando instrumentalizar a discussão que este trabalho se propõe a apresentar casos em que temas relativos a elementos constitucionais essenciais foram debatidos e interpretados de maneira, no mínimo, interessante, o que dará suporte fático para as demais discussões deste capítulo.

Não é demasiado ressaltar que estes casos, antes da manifestação pela Suprema Corte, geravam grandes debates em instâncias inferiores, com decisões das mais variadas. Neste momento pretende-se apresentar os casos tais quais foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal sem emissão de juízo de valor ou análise teórica acerca das decisões.

- **Pesquisas com células-tronco embrionárias**

A Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3510/08) com o objetivo de questionar o artigo 5º da Lei nº 11.105/2008³³⁴ (Lei da

³³⁴ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

Biossegurança), o ponto crucial da demanda perpassa a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. A alegação do autor da ação é a de que o dispositivo impugnado contraria o direito à vida, “porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.³³⁵

A definição do início da vida é controvérsia que desperta inquietação nas variadas áreas da sociedade, como as de religiosos, filósofos, médicos, cientistas, legisladores e juristas, e, por essa razão, foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008. As inúmeras explicações para o começo da vida coexistem e, dentre elas, merece destaque a visão da igreja cristã e da genética acerca da temática, estas defendem que a vida começa na união entre óvulo e espermatozoide. Por sua vez, para a embriologia, o efetivo início ocorre na terceira semana de gravidez, já para a neurologia o início se dá com o momento em que o feto apresenta atividade cerebral semelhante à de uma pessoa em vida extrauterina.

Para o representante do *Parquet*, o início da vida humana dar-se-ia na formação do zigoto, produto da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, a célula é responsável pela produção das proteínas e enzimas que permitirão ao embrião a formação de tecidos que se diferenciam e se renovam ao longo da vida. Extrai-se da petição inicial que a utilização em pesquisas ou terapias de células-tronco embrionárias coletadas de embriões para fertilização *in vitro* — mas que seriam descartados depois — violaria o direito à vida e o princípio da dignidade humana, respectivamente protegidos nos artigos 1º, inciso III, e 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 e, sendo assim, a Lei de Biossegurança seria inconstitucional por retirar o embrião da tutela constitucional, em desconsideração à vida humana ali existente.

A Suprema Corte, diante do elevado grau de complexidade do tema, admitiu a participação de *amici curiae* (amigos da corte)³³⁶, entidades de representatividade social

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 06 maio 2019.

³³⁶ O instituto do “amigo da corte” exerce um importante papel no controle concentrado de constitucionalidade ao permitir o ingresso de segmentos representativos da sociedade brasileira no processo de delimitação dos significados da Constituição Federal de 1988, concretizando o que é denominado de “sociedade aberta dos

interessadas, bem como a realização de audiência pública³³⁷, mecanismo constitucional de democracia direta/participativa, e inédito à época dos fatos, a fim de conferir maior legitimidade à decisão colegiada. Ao longo da discussão, duas correntes divergentes se destacaram, a primeira defendia o início da vida com a fecundação, admitindo que as pesquisas com células-tronco embrionária afrontariam o direito à vida, e, a segunda, que o começo estaria na formação do embrião.

Por maioria de seis ministros, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, ao primar por preceitos como uma vida digna, liberdade de expressão científica, autonomia da vontade e planejamento familiar, com a ressalva de que a condução das pesquisas deveria ser cautelosa, nesse sentido votaram os Ministros Carlos Ayres Britto, relator da ADI, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Vencidos foram os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que julgaram a ADI 3.950/DF parcialmente procedente, os dois primeiros entenderem pela necessidade de haver fiscalização rigorosa por um órgão central, e os demais defenderam que as pesquisas podem ser feitas, mas apenas se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco.

O relator da ADI 3510, Ministro Carlos Ayres Britto, considerou a Lei de Biossegurança como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo”. Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano, havendo participação direta e a ativa da futura mãe; destacou, ainda, direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças. Dentre os votos pela improcedência da ADI, merece destaque o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa ao salientar que em países como Espanha, Bélgica e Suíça, esse tipo de pesquisa é permitida com restrições semelhantes às já previstas na lei brasileira, como a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum, que os embriões utilizados sejam inviáveis à vida e provenientes de processos de fertilização *in vitro* e que haja um consentimento expresso dos genitores para o uso nas pesquisas. Outro voto de grande contribuição foi o do Ministro Marco Aurélio, que bem ponderou sobre o risco de o Supremo assumir o papel de legislador,

intérpretes da Constituição”. A admissão de *amicus curiae* promove a abertura do processo ao contraditório e o recebimento de subsídios para a decisão justa.

³³⁷ Prevista no artigo 9º, §1º da Lei 9.868/99. Vinte e duas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

ao propor restrições a uma lei que foi aprovada com apoio de 96% dos senadores e 85% dos deputados federais, o que sinaliza a sua razoabilidade.

Dessa forma, por acirrada divergência, o Supremo Tribunal, em decisão histórica, firmou entendimento no sentido de reconhecer o valor do desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir, tendo em vista que as pesquisas não ofendem o direito à vida, pois embriões congelados não equivalem a pessoas.

- **União estável homoafetiva**

A Suprema Corte brasileira, em maio de 2011, enfrentou mais um emblemático *case*, em decorrência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132³³⁸, promovida pelo Governador do Rio de Janeiro. Em apertada síntese, o autor arguiu a violação dos preceitos fundamentais consubstanciados nos artigos 1º e 5º, da Constituição Federal de 1988, tais como a igualdade, segurança jurídica, razoabilidade, liberdade e dignidade da pessoa humana, por não haver o reconhecimento como entidade familiar das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4277 pela Procuradoria-Geral da República (PGR), ao apresentar como impositivo o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual houve julgamento conjunto e simultâneo.

Ambas as ações questionam a interpretação feita do artigo 1.723 do Código Civil e do artigo 226, §3º da Constituição Federal, que dispõem que é considerado como entidade familiar a união entre homem e mulher. Para melhor compreensão do contexto jurídico-social, merecem destaque pontos importantes perfilhados pela PGR³³⁹, sendo eles: (i) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual; (ii) o não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, já evidenciados anteriormente; (iii) a redação do art. 226, §3º, da

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 07 maio 2019.

³³⁹ Ibid.

Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto; (iv) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual; (v) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, §3º para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo; (vi) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social; e (vii) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia.

Devido à complexidade e relevância do tema, quatorze *amici curiae* intervieram no feito. Os Ministros da Suprema Corte posicionaram-se, de forma unânime, pelo reconhecimento da união homoafetiva³⁴⁰ como entidade familiar, equiparando-a ao regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulado no artigo 1.723, do Código Civil. Na ementa do acórdão proferido ficou consignado que a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo e que, diante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do referido artigo, não resolúvel à luz dele próprio, fez-se necessária a utilização da técnica da “interpretação conforme à Constituição”, a fim de excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Apesar da unanimidade na Corte, a decisão gerou dissensões entre doutrinadores, grupos religiosos, partidos políticos, congressistas, e agentes cartorários³⁴¹. Dentre os posicionamentos contrários, destaca-se o do doutrinador e juiz federal William Douglas, que refutou o posicionamento adotado ao alegar que a decisão abriu precedente de o Supremo Tribunal poder substituir totalmente o Congresso Nacional, valendo-se do ativismo judicial:

³⁴⁰ “*Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Homoafetividade passou a ser um novo substantivo. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais*”. O termo “homoafetividade”, utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias.

³⁴¹ Em maio de 2013 foi aprovada a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça para proibir que os cartórios do Brasil e autoridades competentes se recusem a habilitar ou celebrar o casamento civil, ou até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo com a decisão do STF de 2011, muitos estados não confirmavam sequer a união estável homoafetiva. Resolução n. 175/2013 disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 07 maio 2019.

“O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios. Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional.”³⁴²

O Ministro Ayres Britto, relator do caso, dentre outros argumentos, asseverou que a discriminação gera o ódio, que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen. No mesmo sentido, ponderou a ministra Cármen Lúcia que todas as formas de preconceitos merecem ser repudiadas em uma sociedade democrática. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello assinalou que o presente julgamento foi um marco histórico no país, representando um avanço significativo contra o preconceito no Brasil, não podendo ninguém, muito menos os juízes, fechar os olhos para essa nova realidade.

- **Aborto de feto anencefálico**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2012, levou ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O objeto da ação embasou-se na declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal³⁴³, que impedia a antecipação

³⁴² DOUGLAS, William. STF quis reescrever a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*. Pub. 13/05/2011. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 07 maio 2019.

³⁴³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretendeu-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. De acordo com o conteúdo médico-científico constante da ADPF n. 54, a anencefalia está relacionada à má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto, ao passo que a permanência de feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.

O relator, Ministro Marco Aurélio, considerou o caso como um dos mais importantes julgados pelo Supremo Tribunal, tendo em vista que o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

“Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia.³⁴⁴

A apreciação pelo Supremo Tribunal contou com a participação de *amici curiae* e realização de audiência pública, além de ter sido alvo de constantes críticas e posicionamentos divergentes advindos de entidades religiosas, sociológicas, médico-cientistas, político-partidárias. Impende salientar que, segundo a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, umas das participantes da audiência pública, a anencefalia é a maior causa de má-formação congênita no primeiro trimestre de gestação, que a doação dos órgãos de feto anencéfalo é impossível e que a cada três horas, nascia, no Brasil, uma criança

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal;

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 07 maio 2019.

anencéfala. Em apertada síntese, restou comprovado por parcela da bancada científica, também consultadas em audiência pública, que há certeza no diagnóstico de anencefalia, que inexistente presunção de vida pós-parto e que os riscos para a gestante são altíssimos. Em contrapartida, entidades religiosas, humanísticas e também científicas defenderam o direito à vida, em detrimento do direito da mulher em optar pela interrupção da gravidez.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de 8 (oito) votos a 2 (dois), julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime. Os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o relator, firmando o entendimento de que o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal, portanto, “a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida, revela-se conduta atípica” que está fora da incidência do Código Penal. A questão da laicidade do Estado foi veementemente debatida, ao que se concluiu, nas palavras do Ministro relator, que “concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada”. O Ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto que a Suprema Corte não estava a autorizar práticas abortivas e nem a legitimar o aborto, pois, a partir das manifestações em audiência pública, acolheu-se o entendimento de que o uso da terminologia “aborto” não é adequada para cuidar do caso da interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo, haja vista não possuir o embrião potencialidade de vida.

Em divergência aberta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou-se que o Supremo não pode interpretar a lei com a intenção de “inserir conteúdos”, sob pena de usurpar o poder do Legislativo, que atua na representação direta do povo. Acompanhando este entendimento, o então presidente da Suprema Corte, Ministro Cezar Peluzo, comparou o aborto em questão ao racismo e enfatizou que “permitir o aborto de anencéfalo é dar autorização judicial para se cometer um crime”. Vencidos, o Supremo Tribunal Federal descriminalizou a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, porém, deixou a cargo do Legislativo a elaboração de normas que estabeleçam os meios legais para que o procedimento seja realizado sem deixar margem a erros e para evitar a ocorrência de abortos ilegais.

Cumpra salientar que julgamento semelhante, notadamente o *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ³⁴⁵, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, chegou a Suprema Corte antes da ADPF n. 54, mas teve a impetração prejudicada em razão da ocorrência do parto durante a análise do *writ*. Chama a atenção este caso, em que a gestante de feto anencefálico não obteve a autorização judicial para abreviar o parto, recorreu à segunda instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, oportunidade em que a desembargadora relatora concedeu liminar, viabilizando a interrupção. Não obstante, o presidente da Câmara Criminal afastou o pronunciamento, o que levou a gestante a impetrar *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização para realizar o procedimento, tendo sido acompanhada pelo colegiado.

Ademais, além do aborto de feto anencefalo, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, ainda, acerca da legalidade do aborto até as 12 (doze) primeiras semanas da gestação. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 125.306, de novembro de 2016, a Primeira Turma do STF considerou que o aborto, se praticado até o terceiro mês da gestação, não deveria ser considerado crime e, por unanimidade, os Ministros não sustentaram a prisão dos envolvidos, decisão histórica que primou pela não violação de diversos direitos fundamentais, entre eles, os sexuais e reprodutivos da mulher. Por tal decisão não ter efeitos vinculantes e *erga omnes*, em 2017 foi ajuizada a ADPF n. 422³⁴⁶, visando questionar a alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez. A presente ação ainda se encontra pendente de julgamento e já contou com a participação da Presidência da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da República por meio de informações colhidas, bem como de diversas entidades figurando como *amicus curiae*.

As divergências ideológicas, nesse cenário, ultrapassaram as entidades interessadas, mas permearam os tribunais pátrios, tal qual ventilado alhures, o que torna ainda mais legítima, acertada e imprescindível o posicionamento adotado pela Suprema Corte.

- **Execução da pena após condenação em segunda instância**

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2204728>>. Acesso em: 07 maio 2019.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 422. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 21 maio 2019.

A temática em questão repercute no cenário jurídico brasileiro desde o ano de 2009 e, até recentemente, tem sido alvo de constantes alterações na jurisprudência da Corte Suprema. A situação é peculiar e de importância histórica, haja vista o cerne do embate entre os Ministros pairar sobre a colisão entre o direito à liberdade e o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, ante à discussão de uma norma processual.

As ações diretas de constitucionalidade n. 43 e 44³⁴⁷, julgadas conjuntamente no ano de 2016, foram ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. Ambas com pedido liminar, objetivaram a suspensão da execução antecipada da pena quando a condenação tenha sido confirmada em segunda instância, em sede de apelação, e ainda que pendente de julgamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário, bem como a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal³⁴⁸.

Para melhor compreensão do imbróglio que permeia na Suprema Corte, imprescindível salientar, ainda que sucintamente, os entendimentos firmados ao longo dos anos, a fim de evidenciar a importância deste órgão decidir à luz da razão pública. A possibilidade de prisão desde a condenação em segunda instância ainda não havia sido objeto de apreciação específica na corte de vértice do Poder Judiciário brasileiro até o ano de 2009, assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o entendimento firmado era de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição. Tal posicionamento não foi mantido no emblemático julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/2009, relatado pelo Ministro Eros Graus, em que, por sete a quatro, o Supremo passou a interpretar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal³⁴⁹, como uma regra de caráter absoluto, o que impedia a execução provisória da pena e tornava efetiva as garantias processuais dos réus.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n.º 44*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2019.

³⁴⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

³⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Não obstante, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, ocorrido em fevereiro de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, a Corte Suprema, por maioria de sete votos, firmou entendimento diverso do anterior, admitindo a prisão do condenado após decisão de segunda instância. No mesmo sentido, em acirrada divergência por 6 (seis) votos a 5 (cinco), em outubro de 2016, nos julgamentos das ações diretas de constitucionalidade n. 43 e 44, em análise da cautelar pleiteada, o relator Ministro Marco Aurélio, acompanhado dos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Dias Toffoli e Rosa Weber, asseverou que o princípio da presunção de inocência e a garantia do artigo 283 do Código de Processo Penal não comportam questionamento e que o problema em autorizar a prisão desde a condenação em segunda instância “adquire envergadura ainda maior quando considerada a superlotação dos presídios”.

Os Ministros que abriram divergência do voto do relator – Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a então presidente, Cármen Lúcia – votaram em concordância com o posicionamento adotado pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do *habeas data* supracitado, segundo o qual a segunda instância encerra discussões sobre fatos e provas, deixando ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça apenas discussões de Direito e, por essa razão, a pena poderia ser executada provisoriamente. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, destacou três consequências negativas quanto à impossibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância, uma vez que (i) funcionou como um incentivo à interposição de recursos protelatórios, (ii) reforçou a seletividade do sistema penal e (iii) contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. Para o Ministro:

“Tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica – todos com status constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem – e justificam – a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em

julgado, destacando múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão, resumidos a seguir.”³⁵⁰

Ressalte-se que o plenário da Suprema Corte julgou apenas a medida cautelar nas duas ações, e negou o pedido. No entanto, o mérito das ADCs já foi liberado pelo Ministro Marco Aurélio para discussão pelo plenário, mas até a presente data (maio de 2019) o julgamento está aguardando ser pautado pelo Presidente.

5.2 Segurança jurídica como fundamento de estabilidade das relações sociais

A partir da compreensão acerca do papel da Suprema Corte em refletir a razão pública, tal qual o proposto por John Rawls, e dos desafios do Poder Judiciário em prestar uma tutela jurisdicional que atenda ao ideal de justiça³⁵¹, a preocupação que ainda persiste paira sobre a existência de decisões judiciais que colocam em xeque a segurança jurídica. Tradicionalmente, a separação dos poderes é compreendida como uma divisão de funções que traduz, em último grau e por um dos poderes instituídos, a decisão de uma corte constitucional que atua como guardiã da Constituição. A legitimidade de uma decisão reclama condições em constante crescimento de participação e de inserção no processo de resolução de conflitos que chegam ao Estado-juiz. A fim de que haja preservação do direito como um todo harmônico, a segurança jurídica, tida como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas, é indissociável do modelo de Estado Democrático de Direito atual.

Para uma compreensão mais ampla, imperioso destacar que o Antigo Regime tinha como base o absolutismo monárquico, em que arbitrariedades eram cometidas em todas as esferas de governo, não havia qualquer segurança jurídica, uma vez que prevalecia o exercício do poder pela autoridade. Em contrapartida, ao suceder o Antigo Regime, o Estado de Direito trouxe outras formas de atuação político-governamental, influenciado por ideais liberais. No Estado liberal, dentre outras vertentes axiológicas, priorizou-se o direito legislado em detrimento do direito consuetudinário³⁵², o que naturalmente aumentou a

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44/2016*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, p. 89. Acesso em: 08 maio 2019.

³⁵¹ O ideal de razão pública é realizado sempre que juízes, legisladores, chefes do Poder Executivo e outras autoridades, assim como candidatos a cargos públicos, agem com base na ideia de razão pública e explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas fundamentais recorrendo a concepção política de justiça que consideram razoáveis. (RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 527).

³⁵² Esse tema já foi melhor abordado no item 2.2.

previsibilidade das decisões estatais, viabilizando a tão almejada segurança³⁵³. Vale salientar que o ordenamento jurídico foi instituído como meio idôneo de proteção das relações sociais e, para que assim ocorra, as normas positivas devem existir de forma prévia aos fatos que regulam. Contudo, em que pese a positivação³⁵⁴ ter dado nova concepção ao direito, no sentido de que a segurança jurídica fosse obtida, não se pode afirmar que tal instituto tenha extirpado a incerteza. Nesse cenário, tornou-se imprescindível evoluir para os ideais de um Estado Democrático de Direito, em que, para além da aplicabilidade da norma ao caso concreto, priorizou-se, com arrimo na Constituição Federal, princípios relacionados à efetividade dos direitos e garantias fundamentais. A segurança passou a não mais ser vista com os olhos do Estado liberal³⁵⁵, em que tendia a prevalecer como valor, por não servir mais aos fins sociais a que o Estado se destina, o aplicador passou a ter que atentar-se às peculiaridades do caso, pois, por vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado incoerente com a interpretação do arcabouço normativo.

O século XX, além de ter proporcionado um ritmo de evolução tecnológica à convivência humana sem precedentes, promoveu também uma indiscutível subversão cultural, destruindo e abalando valores que até então sustentaram, ética e juridicamente, a civilização ocidental. Desnorteados, o pensador e sobretudo o jurista do século XXI, diante da “herança” legada pelo século anterior, não encontrou valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimir-lhe eficácia e coerência. Nesse cenário e, diante da incoerência em que as reformas legislativas ocorriam, ao direito positivo imprimiu-se o papel de tecer orientações precisas e tendentes a garantir a estabilidade da ordem jurídica, sabendo-se, no entanto, que a positivação, de forma isolada, mostra-se insuficiente na resolução do problema posto. O princípio em comento encontra guarida no direito constitucional francês e é interpretado como fruto da evolução do Estado de Direito de um sistema formal para um sistema que

³⁵³ O mínimo de fundamento axiológico, exigido pela sociedade em qualquer circunstância, postula a certeza do Direito, põe e exige um Direito vigente. O princípio da certeza preside - em díade indissolúvel com o da segurança - todo o evoluir histórico da vigência do Direito, e, por via de consequência, a toda a história do Direito positivo. (REALE, Miguel. *A motivação, requisito essencial da sentença*. Questões de direito público. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 598).

³⁵⁴ O fenômeno de positivação implementou uma nova concepção de Direito que, ao desvincular-se das estáveis amarras divinas, éticas ou racionais do direito natural, passou a dispor da flexibilidade necessária para a adequação às mudanças sociais.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Livro Justiça Federal*. 2009, p. 13. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

contém exigências materiais, no sentido em que se enfraquece o princípio da democracia majoritária e se reforça o sistema dos direitos fundamentais, ou seja, busca-se superar a visão de um sistema fundado unicamente no respeito à hierarquia das normas jurídicas para se interessar pelo conteúdo dessas normas.

A segurança jurídica constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na Constituição Federal de 1988, em que um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, bem como em outros dispositivos do texto constitucional³⁵⁶. O fato de algumas dimensões mais concretas deste princípio terem sido objeto de positivação expressa em pactos internacionais e constituições não o torna uma cláusula estrita ou de abrangência limitada, o direito à segurança como um todo engloba a segurança social, a segurança pública, a segurança jurídica, a segurança pessoal, dentre outras ramificações. Ressalte-se, por oportuno, que no plano internacional, os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos direitos humanos fundamentais não contém referência expressa a um direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), do Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1).

A noção de direito geral à segurança está relacionada a um direito à proteção contra atos do poder público e de outros particulares, bem como à complexidade de efetivar os direitos fundamentais. A segurança jurídica especificamente, por vezes, não se apresenta de forma expressa, mas é contemplada no âmbito das garantias constitucionais, uma vez que possui *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, e transmuda-se, ainda, na efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e na manutenção de um ideal de justiça incorporado a uma ordem jurídica estatal e internacional.

³⁵⁶ SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. N. 21 – março/abril/maio 2010, p. 10. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

A realização da justiça depende do poder de quem formula as leis e de quem as aplica, isto é, para realizar-se sob a forma de lei depende do poder organizado burocraticamente. Além da justiça, o direito deve ter por objeto a segurança jurídica que, segundo Paulo Gusmão³⁵⁷, expressa o espírito conservador do direito e encontra-se associada ao direito geral de liberdade e também aos limites da restrição da liberdade pessoal, no âmbito social, está relacionada à proteção dos direitos sociais. Tais fatores, por si só, demonstram que a segurança jamais será estritamente “jurídica”, uma vez que, segundo Ingo Sarlet³⁵⁸, cuida de condição precípua da própria segurança pessoal e da ordem comunitária como um todo. Devido à instabilidade institucional, social e econômica que se perpetua, mesmo diante da alteração da realidade fática, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel relevante na consecução de direitos, por coincidir com uma das principais aspirações do ser humano – que é elaboração de projetos de vida e a sua realização, tal qual John Rawls apresenta em sua teoria da justiça, ao tratar do contrato hipotético³⁵⁹ –, razão pela qual está vinculada ao eixo central de todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

Dois sentidos podem ser abstraídos do conceito de segurança jurídica, o de que a segurança deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas e que a segurança se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas. A busca por maior segurança jurídica nas decisões judiciais, bem como a necessidade de evitar que casos semelhantes tenham decisões distintas, e que casos idênticos já decididos anteriormente sejam reanalisados, repercutem na adoção de mecanismos capazes de guiar e orientar as decisões judiciais para um mesmo sentido e de que forma será feita esta construção, a fim de que a justiça não seja uma utopia social. Gomes Canotilho³⁶⁰ assevera que o princípio em questão está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – para se tutelar a confiança do cidadão, no sentido de haver previsibilidade das decisões. A atuação interpretativa do juiz, diante do subjetivismo a ele inerente, pode acarretar em distintas decisões judiciais, gerando uma verdadeira situação de insegurança e imprevisibilidade, isto é, a não uniformidade das decisões judiciais traz intranquilidade e aumenta os conflitos, bem como viola princípios constitucionais. Contudo, não há que falar

³⁵⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 79.

³⁵⁸ SARLET. Op. cit., p. 15.

³⁵⁹ Abordagem aprofundada no capítulo 3.

³⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

em segurança jurídica sob um viés completamente engessado pelo formalismo, sequer que deverá haver absoluta previsibilidade dos atos do poder público e impossibilidade de sua alteração, o cerne, portanto, reside em assegurar certeza e justiça na aplicação do direito e sob quais parâmetros proferir-se-á a norma jurídica individualizada³⁶¹.

Sem observar premissas fundamentalistas e que alcancem abordagens princípio-valorativas, a segurança pode ser firmada ainda que não seja justa. Partindo do pressuposto que os objetivos imediatos do direito são a manutenção da ordem jurídica, paz social e segurança, inevitável indagar se o direito deve sacrificar a justiça em benefício da segurança, transformando-se na ordem legal em correspondência com o seu conceito ideal, ou se deverá sacrificar a segurança em benefício da justiça, criando um clima de insegurança e intranquilidade³⁶². Imperioso ressaltar que a solução mais evidente para este dilema é o equilíbrio dos valores, porém, tal qual apresentado no capítulo primeiro, o aspecto estritamente jurídico não possui o alcance necessário para se chegar a uma estabilidade social, sendo imprescindível amparar-se em proposições filosóficas. Tem-se evidenciado no decorrer desta construção argumentativa que o direito processual, mesmo com todas as evoluções – que oportunamente serão apresentadas –, não se releva, isoladamente, com capacidade suficiente de impingir orientações precisas e que extirpem ou amenizem a tomada de decisões pelo juiz que destoam da segurança jurídica e, notadamente, da razão pública. É nesse sentido que Humberto Theodoro Júnior³⁶³ assevera que a pretensão não é negar o valor dos princípios éticos que podem e devem atuar na formulação das regras legais e em sua interpretação, por parte dos juristas e magistrados, tudo isso, porém, deve ser feito de modo ponderado, deixando estipulado de maneira clara até onde e até que limites um valor hermenêutico pode ser adotado na compreensão prática do preceito legal. Este pensar se revela cíclico na medida que se percebe a lei como oriunda das demandas da coletividade, mas ao mesmo tempo como ato normativo com limites interpretativos. Este valor hermenêutico não pode ser diferente dos valores presentes na concepção da lei, portanto, em que pese compreenda-se a afirmação de Humberto Theodoro, a mesma não faria sentido na concepção de justiça como equidade de John Rawls.

³⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019.

³⁶² GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 81.

³⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019.

É forçoso que haja normas de conduta para que a sociedade seja harmônica e alcance um equilíbrio entre os interesses individuais e sociais, visto que a finalidade de um Estado de Direito só será atingida se houver estabilidade no sistema normativo e em sua aplicação. A necessidade de segurança possui origens instintivas, precede e circunda a formação e organização social e, portanto, um dos principais motores da história jurídica tem sido a incessante luta para alcançar segurança³⁶⁴ e a possibilidade de convivência social pacífica. Assim, além da preocupação com a supremacia do direito legislado, passou-se a pensar acerca da atividade do juiz como autoridade investida de legitimidade para aplicar a norma ao caso concreto. A segurança jurídica supõe a confiabilidade da sociedade civil no governo e de que este proceda de acordo com a lei, para que decisões do Poder Judiciário sejam revestidas de credibilidade e aceitação social, a segurança deve ser resguardada. José Augusto Delgado³⁶⁵ assevera que o Poder Judiciário não pode decretar instabilidade e nem ser causa de empecilhos para o desenvolvimento econômico, não pode criar inquietudes através de suas decisões, mas a realidade tem sido outra³⁶⁶, em que juízes, ao interpretar a lei, por estarem imbuídos de subjetividade, acabam proferindo decisões que contrariam os princípios valorativos de justiça.

Para Humberto Theodoro Júnior, a responsabilidade de prevenir que situações assim ocorram é também do legislador que, no exercício de sua função típica, ao deixar margem de flexibilidade para que a lei se adapte às particularidades do caso concreto, deve indicar de forma clara e precisa os padrões e limites da atividade complementar do juiz³⁶⁷. Tal afirmação suscita questionamento, como impor ao legislador o dever de apontar o padrão a ser seguido pelo intérprete da lei, se tais parâmetros – para além da Constituição – não foram pré-estabelecidos ou sequer são conhecidos? Necessário é que se busque elementos para identificar e traçar os limites que devem ser adotados na função judicante, sob pena de que o caos jurisprudencial se instale, visto que, sem um padrão amplo e definidor do fim social,

³⁶⁴ Para Hobbes, a busca incessante do homem pela segurança leva ao surgimento do Estado, que se firma como garantidor das leis naturais. (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997).

³⁶⁵ DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais. *Bdjur*, p. 04. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20885/Imprevisibilidade_Decis%C3%B5es_Judiciais.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

³⁶⁶ Exemplo emblemáticos de casos semelhantes que receberam decisões distintas no STF: caso Ellwanger – *Habeas Corpus* n. 824424; caso Jonas Abib – Recurso em *Habeas Corpus* n. 134.682; caso Ensino religioso nas escolas públicas – ADI n. 4439; casos de aplicação do Princípio da insignificância *Habeas Corpus* n. 84.412, *Habeas Corpus* n. 121.717, *Habeas Corpus* n. 123.533, *Habeas Corpus* n. 137.290.

³⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006, p. 4. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019.

o intérprete adotará parâmetros subjetivos, mesmo observando a lei, e chegará a conclusões díspares e incongruentes. Por essa razão e diante da conjuntura apresentada é que este trabalho ressalta e propõe, à luz da premissa rawlsiana, que a Suprema Corte e demais tribunais superiores, responsáveis por uniformizar a interpretação e aplicação da norma, adotem uma teoria da justiça que proporcione alternativas eficazes para a problemática das decisões conflitantes.

Conforme já enfatizado, a positivação das normas não traz soluções efetivas, principalmente porque o padrão norteador de justiça e ética que se almeja não é, em sua natureza, jurídico, mas se estabelece ao longo da história na consciência social até alcançar o nível em que os indivíduos e o próprio Estado se submetam. Tais valores não se impõem por meio de legisladores ou juízes, é necessário que eles estejam impregnados nos indivíduos. Mas como encontrá-los em meio a uma sociedade despida de valores e composta por convicções pessoais e visões distintas? Como resposta a essa indagação é que John Rawls destaca a importância e necessidade de se atentar à razão pública, em que, mesmo diante das divergências quanto às doutrinas razoáveis abrangentes, os indivíduos terão meios de concordarem por suas convicções pessoais estarem fundadas em valores que subscrevem a partir dos mesmos critérios.

O princípio da segurança jurídica constitui um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito³⁶⁸, cuja finalidade é a proteção e preservação das justas expectativas da sociedade, observa Marinoni³⁶⁹ que “o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado”, a segurança também serve para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e suas ações. É nesse cenário que a teoria da justiça de Rawls apresenta-se como um alicerce peculiar, pois a ideia é fazer com que os cidadãos baseiem seus argumentos políticos na razão pública, se comprometam com ela e cumpram com o dever de civilidade sempre que se depararem com conflitos sociais, da mesma forma que o Poder Judiciário deve interpretar e entregar uma tutela jurisdicional que prima pela justiça.

Não se pode olvidar que a essência do princípio da segurança jurídica é a previsibilidade e que, portanto, há a exigência de que a tutela jurisdicional adequada é aquela

³⁶⁸ Não há Estado Constitucional, que é Estado de Direito qualificado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, sem segurança jurídica e sem igualdade perante o Direito. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16).

³⁶⁹ Id. *Precedentes obrigatórios*. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

que se traduz não somente em segurança, mas também em efetividade³⁷⁰. O próprio texto constitucional brasileiro de 1988 assegura o princípio da inafastabilidade jurisdicional, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, preceito este fundamental e que deve ser inviolável por parte dos poderes estatais. Ante à previsão do exercício do direito de obter tutela jurisdicional adequada e efetiva, inevitável é o questionamento quanto a maneira e quais valores serão adotados pelo órgão julgador ao proferir uma decisão e se esta atingirá os anseios da sociedade. Para Daniel Mitidiero³⁷¹, no caminhar ao alcance do binômio segurança-efetividade, as variadas formas de tutelas devem ser elásticas e diferenciadas, considerando as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material, as exigências do caso concreto e preservando os direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional, mas que, de forma isolada, não é suficiente para evitar a ocorrência de decisões conflitantes.

Garantir segurança jurídica ao cidadão é exercer princípios atrelados à ordem vigente, o cunho jurídico do instituto em análise se manifesta nas relações entre o Estado e o indivíduo, no sentido de que a atividade estatal deve observar os valores de igualdade, moralidade e justiça, uma vez que o viés social do Estado Democrático de Direito é atingido não apenas com a existência de um direito legislado, mas com a garantia do cumprimento efetivo do ordenamento jurídico. Nesse sentido, pondera acertadamente Luís Roberto Barroso³⁷² que o fim estimado para a existência de um ordenamento magno é, tão somente, garantir a realização de certos fins considerados pelo homem como indispensáveis à sua existência e convivência harmônica em sociedade, o que remete imediatamente à necessidade de segurança social positivada. Contudo, à luz dos ensinamentos de Carmen Lúcia Rocha³⁷³, segurança não significa imutabilidade, à sociedade importa que o Estado lhe

³⁷⁰ A desejável efetividade do processo depende, no essencial, da dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e adequação do procedimento, de técnicas mais apropriadas, e das formas de tutela jurisdicional, na medida que todos esses elementos é que se mostram realmente significativos para uma melhor realização dos valores fundamentais do processo. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Livro Justiça Federal*. 2009, p. 13. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66> >. Acesso em: 15 de jan. 2019)

³⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 2007, p. 15-30.

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança Jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

³⁷³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 14.

possibilite certezas, que a ordem jurídica estabelecida possua credibilidade, visto que o direito se justifica para dar segurança ao homem. A segurança jurídica não pode ser elevada a extremos, sob pena de petrificar o direito³⁷⁴. Condena-se a “doença do excesso de Direito”, ao argumento de que a “hipertrofia” das leis acaba por produzir um cipoal de regras cuja aplicação, na prática, ao invés de organizar o comportamento social, torna-o exageradamente complexo. A inflação normativa, que dificulta a todo instante a constatação de quais são as normas realmente em vigor, não contribui, evidentemente para os indivíduos terem uma noção clara e precisa de seus direitos e deveres³⁷⁵.

A principiologia da Constituição Federal de 1988, bem como a afirmação da constitucionalização do ordenamento processual possuem raízes na efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Diante dessa conjuntura jurídico-política, o poder conferido ao juiz transmudou-se para, além de interpretar friamente a lei, compatibilizar os atos normativos com as regras e princípios, dentre eles destacam-se a segurança, acesso à justiça, devido processo legal e os que deles decorrem. Mostra-se evidente, portanto, que das decisões do Judiciário, ao determinar o valor, a extensão, a eficácia e a exequibilidade das normas legais e constitucionais, procede a segurança jurídica, primado indispensável às instituições e à sociedade.³⁷⁶ Nas palavras de Mota de Souza³⁷⁷, os juízes e tribunais são legitimados para, revestidos da função decisória, vivificar os textos legais sob a luz da realidade, sintetizando-os em sentenças e acórdãos que põem fim às controvérsias. Cabe ao órgão jurisdicional, assim, zelar pela segurança, não apenas legal, mas de todas as categorias que informam as estruturas sociais, pela aplicação justa da lei e, precisamente porque detém a derradeira palavra na solução dos conflitos de interesses, devem justificar as razões e fundamentos de suas decisões.

³⁷⁴ Ibid., p. 16.

³⁷⁵ O legislador quando insere novas regras, alterando o ordenamento jurídico, nesse quadro de respeito aos princípios deverá estar jungido às implicações da segurança jurídica, mas terá de atentar para os anseios das necessidades sociais, que reclamam revisão e aperfeiçoamento de certas instituições de Direito. Os interesses individuais até então tutelados são relevantes, mas não podem permanecer estáticos e intocáveis. Valores constitucionais superiores podem estar em jogo, justificando, pela sua transcendência, alterações normativas aparentemente enfraquecedoras da garantia de segurança jurídica. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006, p. 13. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019).

³⁷⁶ A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. Malheiros, 2008, p. 129).

³⁷⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 7 – jan/jun 2006, vol. 2. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

A incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito arrefece o sentimento de responsabilidade pessoal. Quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se difícil desenvolver uma consciência social pautada no respeito ao direito e no sentimento de responsabilidade.³⁷⁸ A certeza jurídica é uma das mais relevantes causas para a instituição do *stare decisis*, bem como para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes, já trabalhados no item 2.3. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fundamentação das decisões judiciais passou a ser elencada no rol dos princípios e garantias fundamentais, apresentando-se com vertentes axiológicas agudas e alcançando as exigências da segurança jurídica.

Mesmo antes do advento da Carta Magna brasileira, a doutrina já desenvolvia teorias que revolucionariam positivamente o modo de interpretar as normas processuais e o papel do juiz na entrega de uma tutela jurisdicional efetiva. Segundo assevera Lênio Streck³⁷⁹, o juiz, ao decidir fundamentadamente, goza de um amplo espaço de conformação que não pode ser resumido na estrita subsunção da lei ao fato, mas que precisa captar os valores sociais de modo a temporalizar, pela via da jurisprudência, o sentido de justiça que deve compor o Direito. No entanto, ao conferir extensa legitimidade àquele encarregado de julgar, surge, inevitavelmente, certo protagonismo judicial, com o qual deve-se ter peculiar atenção, haja vista mostrar-se iminente o risco de decisões conflitantes diante de casos iguais, uma vez que, ao fundamentar a decisão, o juiz, além da técnica jurídica, está imbuído de subjetividade, o que pode comprometer o princípio da segurança jurídica.

5.3 Ativismo judicial e o desafio de se decidir com justiça

Os limites de atuação do juiz encontram-se na lei, mas são imbuídos de valores relativos, uma vez diante de normas que comportem mais de uma interpretação, caberá ao julgador decidir por aquela que melhor satisfaça o sentimento de justiça. Por vezes o aplicador do direito se defronta com exigências antagônicas que precisa conciliar, a busca

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

³⁷⁹ STRECK, Lênio. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ Eletrônica*. Vol.18 – n. 1 – p. 05-22, jan/abr 2013. Disponível em <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 12 dez. 2018.

da efetividade de algum direito pode importar em transigências no tocante à de outro, sem que com isso se renuncie por inteiro à efetividade do processo judicial. O julgador deve ser possuidor de uma visão orgânica e conjugar conhecimentos obtidos de outras ciências, a fim de potencializar os resultados a partir da sensibilidade para com as deficiências inerentes, bem como para o constante aperfeiçoamento da norma jurídica individualizada. As reflexões acerca dos dilemas da sistemática processual desembocam na necessidade de um juiz participativo, em diálogo com as partes, no sentido de que a sua atuação sobre os textos legais seja moldada às necessidades da justiça segundo os valores reconhecidos.

Os avanços experimentados pelo sistema processual quanto à efetividade e pacificação social, concentrou no juiz poderes, exigindo-se o compromisso de que ele impenda os ditames do direito como instrumento do Estado para àquele fim. Este juiz participativo ganha autonomia para tomar decisões não apenas aplicando a norma, mas interpretando-a com tamanha independência que, caso não lhe seja atribuído um limite decisório valorativo, passa a ser um legislador das suas crenças, em um posicionamento ativo que em nada contribui para a estabilização social, vez que gerador de insegurança jurídica lastreada em decisões judiciais com conteúdos diversos em casos semelhantes. O comprometimento do juiz com o ideal de justiça deve transparecer a maneira como interpreta os fatos provados e os próprios resultados na experiência probatória, não basta que ele veja a norma presente nos textos legais sob um viés adequado e correto se, por uma via de uma visão distorcida dos fatos, acabar chegando a decisões injustas.

O papel do Poder Judiciário, na figura de seus membros, é indispensável à organização estatal, tendo sido reconhecido inclusive pelo jurista Ruy Barbosa que, em uma de suas célebres obras, asseverou que “a esperança nos juízes é a última esperança, ela estará perdida quando os juízes já nos não escudarem dos golpes do governo”³⁸⁰. A Constituição Federal de 1988 elevou com fortes acentos axiológicos a fundamentação das decisões judiciais ao rol de princípios e garantias fundamentais, relacionando-a aos direitos de acesso à justiça, devido processo legal, irretroatividade da coisa julgada, sendo estes a síntese de exigências para se obter segurança jurídica³⁸¹. Devido a esta magnitude constitucional, a função do juiz ultrapassa as formalidades técnicas e endoprocessuais da motivação, como justificação de seus atos às partes e aos tribunais, e exige a decisão fundamentada para cumprir suas finalidades extraprocessuais, em relação à sociedade, à comunidade jurídica e

³⁸⁰ OLIVEIRA, Ruy Barbosa. *Obras completas de Ruy Barbosa*. V. XXXV, t. 3, 1907, p. 130. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/130357/pdf/130357.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

³⁸¹ Vide subtítulo 4.2.

ao próprio ordenamento, como controle democrático da imparcialidade e publicidade em suas decisões³⁸².

A qualidade de uma decisão judicial constitui-se na fidelidade ao direito material e ao ideal de justiça, devendo nortear-se à luz dos princípios e garantias constitucionais. Porém, do que servirá e quais as consequências de um juiz com participação mais ativa para, assim, atingir os objetivos do Estado, se os parâmetros que ultrapassam a interpretação conforme a Constituição não atingirem um consenso ao ponto de repercutir em decisões distintas para casos semelhantes? É certo que a pacificação social, a segurança jurídica e os demais princípios que direcionam o Estado Democrático de Direito não se consolidam enquanto não atingida a adequada imunização das decisões judiciais, e, para isso, imprescindível é o estabelecimento de um padrão que ultrapassa o estabelecido em leis, tais quais aqueles apresentados na teoria da justiça de John Rawls.

A observância às normas e à Constituição Federal, bem como a busca incessante pelo ideal de justiça, devem sempre nortear o julgador, este, quando decide, goza de um amplo espaço de conformação que não mais pode ser resumido na estrita subsunção da lei ao fato, mas que, agora, precisa captar os valores sociais de modo a temporalizar – no sentido de atualizar, pela via da jurisprudência – o sentido de justiça que deve compor o Direito. A partir da década de 90, com o desenvolvimento de teorias de grande relevância para a evolução da efetividade do direito, os juristas brasileiros passaram a priorizar e a se preocuparem com os resultados do processo e com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada, o que, inegavelmente fortaleceu posturas ativistas, cujas consequências permeiam entre a garantia de um direito e o suplantar de competência entre os poderes.

Lênio Streck³⁸³ assinala que o protagonismo judicial se manifesta como a forte corrente do pensamento jurídico-processual (não apenas brasileiro), segundo a qual ao juiz cabe um papel incisivo e, de certa forma, preponderante tanto na condução do processo quanto no seu “gerenciamento” durante o desenrolar de suas fases. O novo Código de Processo Civil brasileiro, que passou a vigor a partir do ano de 2016, apresenta forte influência instrumentalista³⁸⁴, aliada ao novo panorama da constitucionalização do processo

³⁸² SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 7 – jan/jun 2006, vol. 2. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁸³ STRECK, Lênio. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ Eletrônica*. Vol.18 – n. 1 – p. 05-22, jan/abr 2013. Disponível em <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 12 dez. 2018.

³⁸⁴ Pode-se citar como exemplos os institutos da dilação dos prazos, adequação de formalidades, incentivo às soluções alternativas de conflito, dentre outros.

e sob as bases de um Estado Democrático de Direito, em que o juiz não tem legitimidade para ignorar os textos legais. No entanto, mesmo com limites ao exercício de sua função e ainda que deva obediência à lei, o juiz é guiado por sua convicção subjetiva, e é por isso que se torna previsível a existência de decisões conflitantes em casos semelhantes, conforme já demonstrado nos subtítulos 2.2 e 5.1. A compreensão do que vem a ser ativismo judicial se dá nos moldes de um problema hermenêutico, de invasão da vontade do julgador no desfecho das decisões judiciais. Em outras palavras, trata-se do assenhoreamento da lei pelo julgador, dos limites entre a atividade interpretativa e a atividade criativa do julgador-intérprete. Para melhor compreensão do que pode ensejar o protagonismo judicial, necessário adentrar, ainda que superficialmente, nas origens desse fenômeno.

O instituto em análise tem sua origem na jurisprudência norte-americana diante da dificuldade hermenêutica na interpretação e aplicação da Constituição. Estritamente relacionado ao controle de constitucionalidade, a primeira matriz foi deflagrada no célebre caso *Marbury X Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana, em que se estabeleceu que o controle de atos normativos em relação à Constituição seria feito pelo Poder Judiciário. Assevera Abooud³⁸⁵ que, a partir de então, as opções político-legislativas passaram a ser derrubadas pelo Judiciário com base em uma questionável e ideológica interpretação da Constituição Federal. A invasão da subjetividade dos julgadores no processo de interpretação passou a preocupar, tendo em vista que a nova forma de se encarar a interpretação constitucional acarretou um grande incremento do elemento “vontade” nas decisões judiciais. Por ser o texto constitucional americano sucinto e enraizado na *common law*³⁸⁶, a determinação do seu sentido pode ser facilmente influenciável pelas tendências ideológicas do intérprete.

No Brasil, o ativismo judicial tomou maiores proporções com a ascensão institucional do Poder Judiciário decorrente do modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, não sendo, portanto, um fenômeno isolado ou mero exercício de vontade política, uma vez que acompanha as mudanças político-jurídicas da sociedade. Além disso, o crescimento das necessidades sociais e da insuficiência orgânica dos Poderes Executivo e Legislativo para atender a todas essas demandas tende a corroborar a atuação proativa do Poder Judiciário na busca da efetivação desses direitos.

³⁸⁵ ABOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*. Vol. 242, 2015, p. 21 – 47. Disponível em <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³⁸⁶ Este tema foi abordado no subtítulo 2.2.

Ademais, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas³⁸⁷.

O harmonioso equilíbrio na atuação dos três poderes é essencial para a estabilidade e funcionamento da máquina estatal, a extrapolação dos limites pelo Poder Judiciário, ao proferir decisões alheias aos paradigmas ortodoxos, usurpa atribuições dos poderes Legislativo e Executivo. Ronald Dworkin³⁸⁸, por exemplo, tece juízos negativos acerca do ativismo judicial ao considerar que um juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política, além de impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Por essa razão, o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Por sua vez, Elival da Silva Ramos³⁸⁹ reconhece que é possível que o ativismo alcance bons resultados, mas, ainda assim é prejudicial, por ser fruto, principalmente, da inércia do Legislativo. É incompatível com o Estado Democrático de Direito o fato de se reconhecer a incompetência legislativa e permitir que o Judiciário exerça o papel que não é seu:

“Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista n° 04 da Ordem dos Advogados do Brasil*. Janeiro/Fevereiro de 2009, p. 6. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 451.

³⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.”³⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da organização judiciária brasileira e a quem compete a interpretação da Constituição, vem assumindo, nas últimas décadas, posição de destaque não apenas em âmbito judicial, mas também no cenário político nacional e, por vezes, ostenta um papel quase legislativo ao prolatar decisões que afetam toda a sociedade com efeitos prospectivos. Tal posicionamento implica na subjugação da função judicial clássica de atuação como legislador negativo e na consequente assunção de um papel positivo, porém, de forma mais restrita que o Poder Legislativo, por existirem limitações, como a necessidade de provocação do órgão jurisdicional³⁹¹.

Dentre os aspectos negativos apontados pela doutrina, destacam-se três, sinalizados por Luís Roberto Barroso e que sintetiza o cerne da preocupação com o protagonismo dos juízes. O primeiro deles diz respeito aos riscos para a legitimidade democrática, isto é, questiona-se sobre a legitimidade do Poder Judiciário para invalidar decisões dos demais poderes que foram, efetivamente, escolhidos pelo povo. Parte-se do pressuposto que os juízes, ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, ou seja, pelos representantes do povo. Essa afirmação,

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

³⁹¹ Nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF n. 45/DF: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Acesso em: 14 maio 2019).

que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com parcimônia, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica:

“Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, os juízes tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.”³⁹²

A outra objeção desenvolve-se sobre os riscos de se politizar a justiça, na medida em que direito é política no sentido que sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis e a sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos, além de que o julgador carrega consigo certo grau de subjetividade, do qual lhe é impossível se desvencilhar. Para Barroso³⁹³, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena e, mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução, o juiz deverá buscar a que seja mais correta e justa.

Vislumbra-se o terceiro aspecto negativo nos limites da capacidade institucional do Judiciário, visto que o Estado democrático se organiza mediante o modelo de separação de poderes, em que as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Cabe aos três poderes, portanto, interpretar a Constituição, mas, em caso de divergência ao exercer este papel diante das normas constitucionais e legais, é o Poder Judiciário que apresentará o ultimato, o que não o autoriza a intervir em toda e qualquer matéria e sem refletir sobre as consequências dessa atuação.

³⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil*. Janeiro/fevereiro de 2009, p. 11/12. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil*. Janeiro/fevereiro de 2009, p. 14. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

No mesmo sentido, Lênio Streck³⁹⁴ aponta a discricionariedade do julgador como um entrave à democracia, razão pela qual “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei”, tal discricionariedade possibilita a atribuição de decisões diferentes para casos idênticos, o que coloca em cheque a segurança jurídica³⁹⁵, anteriormente objeto de análise.

A título de exemplificação, ante a problemática apresentada, destaca-se a atuação dos tribunais quanto a decisões que atingem diretamente políticas públicas, como no caso do deferimento de liminares para concessão de medicamentos, terapias e internações. Tal determinação, por vezes extravagantes e emocionais, compromete a atividade administrativa e a alocação dos escassos recursos públicos. Sob outra perspectiva, merece destaque recente atuação do Supremo Tribunal Federal, claramente ativista, em que o atual presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, instaurou inquérito n. 4.781/2019 com o objetivo de apurar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*) que atingem a honorabilidade e segurança dos membros do Supremo Tribunal e de seus familiares. Em apertada síntese, o condutor da investigação, Ministro Alexandre de Moraes, determinou que a revista “Crusoe” e o site “O Antagonista” retirassem do ar textos que associavam o presidente do STF à Odebrecht, imputando-lhe a prática de corrupção e lavagem de dinheiro, além de autorizar busca e apreensão em endereços de sete pessoas que utilizaram redes sociais para atacar o STF e seus ministros. Tal medida repercutiu nacional e internacionalmente, foi alvo de críticas e manifestação de inúmeras entidades, como o Conselho Federal da OAB, partidos políticos, órgãos de representação dos magistrados, do Ministério Público, dentre outros, e deu azo também ao manejo de recursos, ADPF, *habeas corpus*, mandado de segurança e solicitação de arquivamento pelo Ministério Público Federal, sob a alegação unânime de violação à liberdade de expressão e imprensa, afronta à separação de poderes, competência e

³⁹⁴ STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51.

³⁹⁵ Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem-intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça. (GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. *Revista Consultor Jurídico ConJur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicialautocontencao>>, p. 4. Acesso em: 15 maio 2019).

legitimidade para a proceder à investigação e a ação penal; os demais ministros da Suprema Corte, em especial o Ministro decano Celso de Mello, manifestou-se posteriormente em nota³⁹⁶ que “qualquer tipo de censura, mesmo aquela ordenada pelo Poder Judiciário, mostra-se prática ilegítima, autocrática e essencialmente incompatível com o regime das liberdades fundamentais consagrado pela Constituição da República”. Situações como as acima salientadas geram tremendo desconforto no cenário jurídico-político por comprometerem preceitos basilares do sistema democrático.

Não se pode olvidar, no entanto, que o ativismo judicial, por vezes, se apresenta como resposta à omissão parlamentar, atendendo a demandas da sociedade ainda não satisfeitas, tais como as manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca do aborto de feto anencefálico, possibilidade de pesquisas em células-tronco, reconhecimento da união estável homoafetiva, direito de greve do servidor, proibição do nepotismo, demarcação de reserva indígena, fidelidade partidária, transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes, restrição ao uso de algemas, impossibilidade de prisão do depositário infiel, dentre tantos outros *cases* de grande destaque e relevância, muito deles dispostos em súmulas vinculantes. Luís Roberto Barroso³⁹⁷ pondera que “decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados, mas que não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”.

A ação proativa do juiz, portanto, a depender da situação, pode significar a desconsideração da formação democrática e a violação de direitos. Na medida em que se eleve o patamar de que o juiz deve adotar postura mais ativa para a consecução dos fins sociais, as decisões fundamentadas em argumentos jurídico-normativos estão sujeitas a alcançar um ponto de colisão em relação a questões sócio-políticas que, inclusive, podem se sobrepor, haja vista a ausência de um padrão norteador para persecução do ideal de justiça. A Suprema Corte não deve desprezar ou se mostrar indiferente às consequências políticas de suas decisões, mas deve se esforçar para impedir resultados distintos, injustos ou que violem o bem comum. Para tanto, deve agir dentro dos limites e possibilidades dispostos no ordenamento jurídico e guiado pela razão pública.

³⁹⁶ Em 18 de abril de 2019, o Ministro relator Alexandre de Moraes reestabeleceu a circulação das matérias, mas manteve o inquérito. Baseou-se em posicionamentos anteriores adotados pelo Ministro Celso de Mello, como no caso do Reclamação n. 18.836. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=408958>>. Acesso em: 15 maio 2019.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil*. Janeiro/fevereiro de 2009, p. 10. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

Não existe uma definição exata acerca do agir enquanto Poder Judiciário, mas parâmetros vêm se desenvolvendo ao longo da história para acompanhar a evolução das demandas sociais, traçando novas perspectivas que objetivam a garantia de direitos. A cada nova fase perpassada pelo ordenamento jurídico, evidenciou-se que as teorias caminharam para aproximar a tutela jurisdicional das reais necessidades, as quais o Estado tem a missão de saná-las ou, ao menos, minimizá-las. Não obstante, a técnica processual aliada à axiologia constitucional, de forma isolada, não se revestem de força e alcance suficientes à solução generalizada das vicissitudes sociais, uma vez que desencadeia-se uma série de arestas ramificadas que, se não tratadas com cautela peculiar, podem traduzir-se em decisões distintas para casos semelhantes, diante da prevalência da subjetividade do julgador em detrimento do real espírito do ordenamento jurídico, no protagonismo judicial, na violação de princípios basilares, tais como o da isonomia, segurança jurídica e devido processo legal, afastando-se, assim, por completo, do ideal de justiça. A filosofia, diante da solidez do direito, exerce papel preponderante para equilibrar a consciência e valores próprios do magistrado para além dos ditames legais e constitucionais, levando-o a uma interpretação razoável do que a ele é proposto, cuidando para que o fim social não seja distorcido.

O próximo subcapítulo, portanto, se desdobrará em relevante ponto à luz dos temas já abordados anteriormente e que são fundamentais para compreender com clareza o papel da Suprema Corte e de que maneira é possível encontrar soluções adequadas para que o julgador reflita a razão pública ao decidir. A entrega da tutela jurisdicional não deve se apresentar somente efetiva, mas também justa e legítima, no sentido de que a sociedade e aqueles encarregados de julgar reconheçam a sua existência, aceitem os princípios de justiça e se norteiem por eles para que, mesmo diante da diversidade de doutrinas abrangentes, se alcance convivência harmoniosa e equilibrada.

5.4 A relevância da razoabilidade

Posto o problema da existência de decisões judiciais com conteúdos distintos para casos semelhantes, em que pese o desenvolver de argumentos na área jurídico-processual, não se encontrou uma solução que atenda às necessidades de estabilização social, diante das divergências de pensamento de uma sociedade formada por pessoas que professam doutrinas abrangentes diversas.

Conforme já delineado anteriormente, criou-se no sistema jurídico brasileiro um aparato a viabilizar um sistema uniformizado de decisões judiciais. A tutela dos precedentes visa garantir, por meio das Cortes Superiores, a segurança jurídica e a igualdade amparadas na previsibilidade das decisões judiciais. Não obstante, chega a Suprema Corte um enorme número de casos em que as decisões são distintas para casos semelhantes, mesmo diante de um sistema jurídico formatado, o que evidencia que o direito processual não foi capaz de trazer respostas plenamente satisfatórias com relação ao problema. Este cenário enfraquece a estrutura social e a sua base regulatória, fomentando conflitos.

Não se discute a necessidade da existência de normas de conduta a possibilitar a convivência social harmônica diante das diversas doutrinas razoáveis professadas pelos cidadãos que integram uma determinada comunidade. Entretanto, o padrão normativo precisa estar acompanhado de um padrão interpretativo e decisório que de fato reflita a exegese do que o processo legislativo quis garantir. Quando este padrão decisório não é alcançado, em razão de posicionamentos isolados ou pessoais, a insegurança reina, a previsibilidade resta atropelada e a efetividade rui. A segurança jurídica é fundamental para a pacificação social, vez que se traduz na confiança da sociedade civil no funcionamento adequado das instituições públicas. O reinado do legislador passou a enfrentar uma barreira montada pelos questionamentos pessoais dos juízes. Quando um dos poderes não atua bem, compete ao outro realizar o ajuste necessário dentro deste sistema de freios e contrapesos. Nesta lógica, ao atribuir-se a Suprema Corte a condição de guardiã da Constituição, deposita nos seus integrantes a condição de intérpretes maiores do pacto social firmado, exigindo, para tanto, manifestações dotadas de legitimidade e exequibilidade fundadas em razões certas.

Então, deve o juiz decidir sobre o caso concreto que lhe é apresentado, tendo como seu anteparo decisório a lei, fruto de um processo legislativo legítimo e razoável. A ânsia pela melhor resolução do caso concreto não pode ser confundida pelo juiz com uma interpretação ideológica do texto legal, imprimindo as suas razões privadas ao seu *mister*. Tampouco a proatividade judicante pode servir de sustentáculo para um agir ativista que promova a inovação legislativa e decisória, privilegiando o pensamento individual frente ao coletivo.

John Rawls desenvolve em sua teoria da justiça como equidade uma reflexão acerca da possibilidade de uma sociedade integrada por cidadãos que professam doutrinas religiosas, morais e filosóficas diversas e que possuem sérias divergências entre si, endossar um mesmo regime constitucional. Para tanto, definiu a sequência de quatro estágios, a

escolha dos princípios de justiça, a construção do ordenamento constitucional, da legislação ordinária e a concretude da aplicação da legislação à realidade social, já tralhadas no subcapítulo 3.2. Há que salientar que a teoria em questão não propõe uma nova doutrina a regular as relações sociais, tampouco a sobreposição de uma doutrina abrangente sobre as demais, mas parte do reconhecimento do pluralismo razoável e da necessidade de um poder político para organizar as relações sociais, poder político este que deve obediência a uma Constituição, na qual os elementos constitucionais essenciais emanam do sentimento racional de todos os cidadãos, que os endossam por entenderem como fruto do razoável que, na sua condição de livre e igual, é aceitável.

Dessa forma, o escopo da razão pública encontra-se na imparcialidade quanto à existência de uma Constituição e a consequente aplicação das normas preexistentes nos atos decisórios das instituições públicas, bem como nos atos individuais, em que as pessoas professam seus valores e exercitam seu dever de civilidade. Este cerne, portanto, decorre da possibilidade de se chegar a um consenso ao apresentar diretrizes do que se pode razoavelmente³⁹⁸ esperar que os cidadãos aceitem, isto é, a finalidade é fazer com que os cidadãos sejam capazes de se posicionarem à luz de um equilíbrio razoável de valores políticos, e de compreender que a diversidade de doutrinas abrangentes, desde que razoáveis, pode ser objeto de análise e consideração ao ponto de repercutir na transcendência, inclusive, de valores morais pessoais em prol do bem comum.

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que o direito processual, por si só, não é suficiente para garantir a justiça nas decisões, sendo necessário valer-se de outras ciências para que seja possível entregar uma tutela jurisdicional efetiva e, ainda que esta se mostre desfavorável, por ser justa e razoável, os cidadãos a aceitarão, é o que John Rawls chama de relação de amizade cívica, ou mesmo relação política de um regime democrático constitucional. O liame entre o papel do Poder Judiciário e a postura do cidadão relaciona-se com o princípio da cooperação mútua, aquele é encarregado de decidir de forma justa e pontual os casos que lhes são submetidos, enquanto que este também deve recorrer à razão pública e guiar-se pelo critério da reciprocidade sempre que elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica entram em jogo. A reciprocidade se revela na relação entre os cidadãos de uma sociedade bem ordenada, que se expressa pela concepção política e pública de justiça e pela ideia do bem geral e do benefício mútuo. Em outras palavras,

³⁹⁸ No sentido expresso por Coitinho: “o termo “razoavelmente” significa aqui que se seguiu os preceitos da discussão razoável, o que implica tornar o razoável pelo o que tem aceitabilidade social” (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 125).

embora não concordem com a integralidade dos termos propostos, os cidadãos adotarão como premissa maior o consenso sobreposto, não havendo que se falar em dominação, manipulação ou pressão de alguma posição política ou social inferior.

Os valores da razão pública englobam, ainda, as virtudes da razoabilidade e imparcialidade e reconhece a necessidade de que seja conferida legitimidade à estrutura de poder da sociedade. Contudo, restou evidente nos subcapítulos anteriores a este que a legitimidade não confere, automaticamente, justiça às decisões, John Rawls salienta que a legitimidade é uma noção mais fraca de que justiça, uma vez que é possível afirmar que decisões e leis são legítimas não porque são justas, mas porque foram aprovadas de forma legítima, de acordo com um procedimento democrático legítimo aceito, e é sob essa perspectiva que o trabalho vem se desenvolvendo para encontrar caminhos que conduzam à justiça nas decisões.

Sob o aspecto jurídico-processual, o problema acerca de decisões legítimas, porém injustas, deparou-se com a evolução do direito processual no sentido de harmonizá-lo para a garantia da estabilidade e alcance de maior segurança jurídica, princípio este que é o alicerce central do Estado Democrático de Direito. A preocupação em fixar limites ao poder estatal, bem como de implementar direitos fundamentais não é recente, ao longo dos tempos diversos mecanismos jurídico-sociais surgiram com esta finalidade, contudo, o duplo eixo da segurança jurídica encontra-se na previsibilidade das decisões proferidas por órgãos públicos competentes e na estabilidade das relações jurídicas definitivas.

A partir dessa premissa e, diante do progresso interpretativo na atuação do juiz e da carga de subjetividade a ele inerente, a possibilidade de decisões distintas em casos semelhantes passou a ser preocupante, visto que a ausência de uniformidade dessas decisões enseja o aumento de conflitos; imprevisibilidade e intranquilidade são as consequências naturais de um sistema que, apesar da alta produção legislativa, falha no momento de entregar a norma jurídica individualizada. A finalidade precípua de um Estado que se intitula democrático de direito só é atingida se houver estabilidade no sistema normativo e em sua aplicação, pois, assim, os cidadãos obterão respaldo para confiar no Estado e em seus poderes, e as decisões judiciais não serão apenas legítimas, mas se revestirão de credibilidade e aceitação social, fim este conceituado por John Rawls de consenso sobreposto.

Não se condena a postura proativa que o juiz deve ter em, como sujeito do processo, contribuir e buscar o alcance do fim social, a problemática reside na extrapolação dos limites postos pelo próprio ordenamento jurídico, tendente a usurpar a atribuição dos demais poderes e a causar instabilidade jurídico-social. O liame entre a atividade interpretativa e a

atividade criativa do julgador é estreito e precisa ser encarado com responsabilidade, adotando-se como premissa os variados contextos em que a norma jurídica individualizada será inserida e o reflexo de seus efeitos, além da observância às leis e à Constituição Federal, no entanto, tais critérios não se mostram suficientes para ilidir o ativismo judicial e atribuir justiça as decisões, sendo necessária a adoção de uma premissa maior capaz de orientar o juiz e os cidadãos à consecução da pacificação social almejada. A função do magistrado, portanto, ultrapassa as formalidades técnicas, uma vez que ele deve captar os valores sociais e estar comprometido com o ideal de justiça, cuidando sempre para que as concepções pessoais não se sobreponham à sistemática jurídico-principiológica, mas que se encontrem adstritas à razão pública³⁹⁹.

Com a finalidade de aproximar as tutelas jurisdicionais da realidade e potencializar o grau de efetividade e segurança, o ordenamento jurídico comporta alguns instrumentos processuais, retratados no segundo capítulo, encarregados de uniformizar as decisões judiciais, visto que interpretar de forma coerente, diante de uma diversidade de possíveis interpretações, não se reveste de simplicidade e rasa reflexão. O crescimento do número de demandas judiciais ao longo do tempo e a influência positiva do sistema *common law* também contribuíram sobremaneira para que mecanismos de direcionamento ao juiz, previstos na Constituição Federal, Código de Processo Civil e legislação ordinária, fossem observados e que decisões contraditórias fossem combatidas, haja vista que a previsibilidade sempre foi indispensável à uma sociedade organizada e racional.

Nesse cenário, em que se exige do juiz atuação proativa na concretização dos direitos fundamentais, mas que lhe impõe limites para que não incorra em excessos condenáveis, necessário adotar os variados métodos de interpretação e as diversas fontes do direito. Para além disso, destacam-se os precedentes obrigatórios, estes não imobilizam as relações sociais, mas servem de norte para o julgamento posterior de casos análogos. O *stares decisis*, por sua vez, objetiva promover a previsibilidade, estabilidade e a eficiência do sistema legal, enquanto também limita o poder de discricionariedade judicial e amplia a integridade do processo judicial. Importante, também, o instituto da jurisprudência, que é extraída de entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica, isto é, trata-se de vários julgados no mesmo sentido, enquanto que os enunciados de súmulas consolidam objetivamente a reiteração dos precedentes e da jurisprudência. Com

³⁹⁹ “O que é imperativo é pensar o âmbito da razão pública como o espaço de convergência sobre questões fundamentais que visa ao bem comum no interior da comunidade política” (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 177).

o fim de reconhecer a supremacia da Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico, a proteção dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de desafogar o Poder Judiciário, apresentam-se como mecanismos indispensáveis a instrumentalizar os conflitos e assegurar segurança jurídica o controle de constitucionalidade, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Imperioso destacar, contudo, que divergências jurisprudenciais estimulam a evolução do direito, mas a harmonização dos julgados com vista a alcançar a justiça é essencial. O que se evidencia, portanto, é que estes instrumentos podem se prestar a uniformização das decisões, mas não alcançarão o propósito de uniformizar com justiça, pois as decisões até poderão ser iguais, mas não necessariamente justas. Os instrumentos postos pelo direito processual atendem à técnica processual, possibilitando uma solução reta para a situação jurídica em análise, mas os valores, as impressões, as convicções não podem ser relevadas, tampouco fruto de uma experiência singular.

De acordo com Rawls, o Poder Judiciário tem papel relevante por ser o espelho fiel da razão pública, que é a responsável por determinar os valores morais e políticos que devem conduzir a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si, e tem por cerne a análise das questões constitucionais essenciais e os elementos de justiça básica. Quando uma Corte de Justiça manifesta a sua interpretação sobre o direito, esta decisão orienta a vida dos cidadãos e, por tal razão, deve espelhar a razão pública desta sociedade, criando um círculo virtuoso que tem decisiva participação na estabilidade social.

A razoabilidade desloca o entendimento do individual para o coletivo, do agir racional para o razoável, impondo aos magistrados a obrigação de decidir em conformidade com o senso coletivo de justiça, ou com a justiça possível elencada por aquele grupo social no qual está inserido. A manutenção do acordo coletivo com as devidas adequações levadas a efeito no interior de cada grupo social, alicerçado no critério da reciprocidade, é a resposta que se espera do Poder Judiciário quando chamado a se manifestar sobre os elementos constitucionais essenciais. Quando a análise do texto legal prescinde da razoabilidade, distorções acontecem e deslocam a interpretação para o entendimento particular sobre a regra pública. O resultado prático não é positivo, gera instabilidade e insegurança e a sociedade tende a manifestar o seu desconforto e inconformismo pela tomada de uma decisão que não encontra a sustentação nas razões certas.

Situação interessante evidenciou-se, conforme já mencionado, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, no dia 14 de março de 2019, determinou a instauração de um

inquérito policial 4.781/2019 com o objetivo de apurar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*) que atingem a honorabilidade e segurança dos membros do Supremo Tribunal e de seus familiares. Desde logo chamou a atenção o fato de que o inquérito policial foi instaurado atendendo a um pedido do Presidente da Corte e não da Procuradoria Geral da República, como de costume. Em que pese incomum, esta situação está prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal. Aberto o inquérito, o Presidente determinou a relatoria do mesmo ao Ministro Alexandre de Moraes, o que também não foi bem compreendido, vez que a regra é a distribuição das ações por sorteio de forma aleatória. Então, para além da discutível possibilidade de abertura de um inquérito policial sem fato definido, tinha-se dificuldades de se compreender quanto a legitimidade da autoridade que determinava a sua abertura, bem como da distribuição atípica efetivada. No dia 12 de abril, foi publicado na “Revista Cruzeiro” e no site “O Antagonista” matéria em que o Presidente do Supremo era o principal personagem, alegando o seu envolvimento em termos não esclarecidos com um escândalo de corrupção⁴⁰⁰. No dia 15 de abril, o Ministro Alexandre de Moraes, no bojo do inquérito que investigava as supostas *fake news*, determinou a retirada das reportagens de circulação. Incontáveis declarações da sociedade civil organizada, veículos de imprensa e cidadãos inundaram as redes sociais, tecendo críticas veementes em razão da decisão tomada ser tida como uma censura prévia, a leitura feita foi de que a liberdade de imprensa e de expressão estavam sendo violadas. A repercussão foi tão contundente que no dia 18 de abril o Ministro Alexandre de Moraes recua na sua decisão e libera a publicação da matéria, alegando que os fatos noticiados pela revista estavam embasados em documento que lhe foi apresentado posteriormente a tomada da decisão inicial e, que verdadeiro ou não o seu conteúdo, dava sustentação à matéria⁴⁰¹.

Interessante notar neste episódio que a decisão tomada monocraticamente por um ministro do Supremo, mesmo estando fundada em dispositivos legais, despertou uma inconformidade enorme em todos os setores da sociedade, inclusive entre outros pares do próprio Tribunal, de tal sorte que a sua revogação foi questão de tempo. Evidenciado neste episódio que as razões que levaram o Ministro Alexandre de Moraes a tomada da decisão não refletiram a razão pública da sociedade na qual está inserido, a sua decisão não estava fundada no que Rawls chama de deliberação pelas razões certas. O direito à liberdade de

⁴⁰⁰ Na revista, Marcelo Odebrecht e um advogado da sua empresa se referiam ao atual presidente do Supremo como o “amigo do amigo do meu pai”, sendo que o amigo do pai dele seria o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

⁴⁰¹ Íntegra da decisão disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-revoga-decisao-tirou.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

expressão restou fortalecido neste episódio e o entendimento adequado é que o eventual abuso perpetrado com a divulgação de uma informação deve ser punido com as ferramentas disponíveis nas searas cível e criminal, sendo repelida a censura prévia. O pensar e agir monocrático do Ministro apresentou vícios que outras decisões singulares também trazem consigo em quantidade maior do que a desejável, com a valorização do racional e de princípios morais não ponderados. Ao não refletir a razão pública, a decisão do Ministro despertou a atenção da sociedade que, por não possuir dúvidas quanto ao seu contexto, exigiu uma solução adequada ao caso.

Ao contrário do agir isolado de um dos ministros da Suprema Corte no caso das *fake news*, as decisões anteriormente trazidas demonstram que quando o tribunal de vértice se posiciona a partir das razões certas e guiado pelos princípios de justiça, a tendência natural da sociedade é internalizar e respeitar as decisões. Nesse ínterim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal diante dos *leasings cases* apresentados pautou-se, sem sombra de dúvidas, em uma alternativa que, segundo John Rawls, “melhor se aproxima dos juízos ponderados acerca da justiça e que constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática”⁴⁰². Partindo-se do pressuposto que a razão pública está intimamente ligada ao fundamento de uma sociedade democrática justa, o Supremo Tribunal Federal, principal órgão do Poder Judiciário, tem o papel de contribuir e efetivar esta razão pública ao proferir decisões judiciais, espelhando-a. Destacam-se, a propósito, excertos dos votos dos casos paradigmas que atestam e reconhecem a necessidade de uma atuação efetiva da Suprema Corte:

“O Poder Judiciário foi chamado, na presente arguição, não para criar norma jurídica, que não é sua atribuição. Foi acionado para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica optar pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria preceitos constitucionais fundamentais ou se estaria tal prática enquadrada nas normas proibitivas dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.”
ADPF n. 54 – Aborto de feto anencéfalo⁴⁰³

“A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.”

⁴⁰² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. VIII.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/2012*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, p. 180. Acesso em: 07 maio 2019.

ADPF n. 132 – União estável homoafetiva⁴⁰⁴

“Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido Ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros. Esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica.

(...)

O luminoso voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, se acolhido por esta Suprema Corte, permitirá, a esses milhões de brasileiros hoje postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável - o direito à busca da felicidade e o de viver com dignidade - de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.”

ADPF n. 3510 – Pesquisas com células-tronco embrionárias⁴⁰⁵

A justeza das instituições públicas, bem como os valores sociais intrínsecos, são imprescindíveis para o êxito dessa convivência pacífica. E é essa base moral que parece sustentar a possibilidade da coexistência de cidadãos que professam doutrinas abrangentes diversas, ao passo em que as decisões judiciais não serão apenas legítimas, mas se revestirão de credibilidade e aceitação social, atingindo-se o consenso sobreposto, já que balizadas na razão pública. Vejamos isso em mais alguns excertos dos votos dos casos paradigmas:

“A partir dessa visão de mundo que prestigia a diversidade e a pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens. Nunca é demais repetir o magistério do *Chief Justice Holmes* no caso *Lochner vs New York* (1905), assinalando que a Constituição destina-se a pessoas de pontos de vista fundamentalmente diversos e que a circunstância de considerarmos algumas opiniões naturais e familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição.

(...)

O que há de se determinar é se a Lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. E tudo porque se alega, de um lado, que a simples manipulação de embriões humanos para a pesquisa atentaria contra essa dignidade e, de outro, que, para serem obtidas, as células-tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião.

O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>, p. 57. Acesso em: 07 maio 2019.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, p. 192; 209. Acesso em: 06 maio 2019.

A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres.

Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade. É por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. ”

ADPF n. 3510 – Pesquisas com células-tronco embrionárias⁴⁰⁶

“Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim formada como figura central ou verdadeiro continente para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso.

Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no continente (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

(...)

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente a rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. ”

ADPF n. 132 – União estável homoafetiva⁴⁰⁷

“É certo, ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não pode nem deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre poder secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos.

(...)

Mostra-se relevante, portanto, a meu juízo, considerados os aspectos ora referidos, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não religiosas, considerada a realidade de o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualificar-se como uma República essencialmente laica e não confessional, para não se repetir, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, quando constrangeu Galileu Galilei (“eppur si muove!”), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.”

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, p. 237/238. Acesso em: 06 maio 2019.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>, p. 40/41. Acesso em: 07 maio 2019.

ADPF n. 54 – Aborto de feto anencéfalo⁴⁰⁸

Para Rawls, a razão pública não determina nem soluciona nenhuma questão específica de lei ou política pública, mas auxilia quanto aos fundamentos a serem usados nas decisões. Ademais, a razão pública exige que o debate ocorra abertamente nos espaços procedimentais formais institucionalizados, seja no processo legislativo ou no judicial. Um ponto em comum nos *cases* trabalhados e que faz perfeita interlocução com a teoria de John Rawls é a participação em massa de *amici curiae*⁴⁰⁹, corroborando a importância da realização de fóruns públicos com a sociedade civil para dar força e vitalidade ao cerne da teoria e à justificação pública⁴¹⁰. Devido à complexidade e relevância dos temas que chegaram até o Supremo Tribunal e que foram objeto de análise, todos contaram com a realização de audiências públicas ornadas com a presença de *amici curiae* das mais variadas esferas da sociedade, fato este que mereceu destaque nos votos tecidos pelos Ministros:

“Nos temas de aprofundado conteúdo moral e ético, é importante, se não indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*. Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

(...)

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, também, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

(...)

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/2012*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, p. 332; 339. Acesso em: 07 maio 2019

⁴⁰⁹ “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. Precisamos dispor de um teste que estejamos dispostos a explicar e que nos permita verificar quando essa condição é satisfeita. O que propus como critério são os valores expressos pelo princípio e diretrizes que seriam acordados na posição original”. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 226)

⁴¹⁰ “A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim, permitirá à Corte dizer o que é”. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 237).

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.”

ADPF n. 54 – Aborto de feto anencéfalo⁴¹¹

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.”

ADPF n. 3510 – Pesquisas com células-tronco embrionárias⁴¹²

“Eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

(...)

Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento.

ADPF n. 132 – União estável homoafetiva⁴¹³

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/2012*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, p. 272; 275. Acesso em: 07 maio 2019.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, p. 598. Acesso em: 06 maio 2019.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>, p. 16; 159. Acesso em: 07 maio 2019.

Ao transpor a discussão para o âmbito dos tribunais, Rawls assevera que este se tornará o centro das controvérsias, ao passo em que a discussão política será tratada com base na aplicação de princípios de justiça que são politicamente estabelecidos e afirmados pelos valores da razão pública. Partindo da premissa de que o Judiciário deve aplicar a razão pública, compete aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, isentando-se de invocarem a própria moralidade pessoal, ideais e virtudes gerais, doutrinas religiosas ou filosóficas, nem mesmo valores políticos de forma indiscriminada. Tal perspectiva, desenvolvida à luz do equilíbrio reflexivo, com destaque à necessidade de se adotar juízos morais ponderados, parece ser notoriamente defendida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos posicionamentos esposados:

“Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.

(...)

Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete – necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa –, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público e que respeite os direitos fundamentais das pessoas, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade.”

ADPF n. 54 – Aborto de feto anencéfalo⁴¹⁴

“Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/2012*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, p. 43; 349. Acesso em: 07 maio 2019.

da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias". Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. ”

ADPF n. 3510 – Pesquisas com células-tronco embrionárias⁴¹⁵

“Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contra majoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.

(...)

Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas. ”

ADPF n. 132 – União estável homoafetiva⁴¹⁶

Não obstante, a atuação dos integrantes do Poder Judiciário está limitada pelas normas jurídicas que regulamentam o acesso ao mesmo e à forma de decidir. Como regra, as decisões são editadas seguindo um procedimento que é dado pelas normas processuais, tais normas encontram-se no terceiro estágio da justiça como equidade, qual seja, a legislação ordinária. É aqui, no arcabouço legislativo infraconstitucional que se regulará a forma de solução dos eventuais conflitos oriundos do mundo real. O direito material com os seus diplomas legais buscará reger as regras básicas de convivência, ao passo que o direito processual regulará a forma de solução oriunda da não conformação entre o agir e o que está postulado. Mas sob pena de que toda a organização social venha a ruir, é fundamental que a interpretação emanada pelos tribunais seja munida de autoridade e justiça.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, p. 597/598. Acesso em: 06 maio 2019.

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>, p. 61. Acesso em: 07 maio 2019.

Ao considerar que a interpretação da lei e sua aplicação ao caso concreto é um processo que se inicia pelos juízes de primeiro grau, segue aos tribunais de apelação e culmina na Corte Suprema, todos os sujeitos judicantes envolvidos (juízes, desembargadores e ministros) devem se enxergar como instrumento de um compartilhamento racional da jurisdição. Entretanto, é à cúpula do Poder Judiciário que compete atribuir sentido ao direito, torná-lo adequado à realidade, além de dar força e vitalidade à razão pública que, nas palavras de John Rawls, ocorre mediante “julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais, a partir de uma interpretação da Constituição clara, efetiva e razoável”⁴¹⁷. No entanto, este mesmo Poder, encarregado de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e que proporcione segurança jurídica, desemboca, por vezes, no desajuste de decisões judiciais distintas para casos semelhantes, ante à dificuldade de se encontrar soluções que atendam às necessidades de estabilização social, tal qual no caso da possibilidade da execução da pena após condenação em segunda instância, ainda pendente de julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal, o que compromete a compreensão e a assimilação da decisão pela sociedade:

“Salienta a inadequação de equiparar-se as funções constitucionais exercidas pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça, considerada a temática criminal. Pondera que o pronunciamento de reprovação penal consubstancia atividade de interpretação do Direito federal. Aponta que, consoante a teoria do delito consolidada em Estados democráticos, extrai-se a culpabilidade de entendimento normativo, e não da constatação empírica. Segundo expõe, o Superior Tribunal de Justiça examina matérias relevantes para a afirmação da culpa e definição das consequências jurídico-penais, tais como a licitude da prova, a correta dosimetria da reprimenda e a tipicidade da conduta. Reporta-se à indispensabilidade de aplicação isonômica do Direito Penal, concretizada, com previsibilidade, pela atuação uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que, enquanto os processos em curso no Supremo foram objetivados, as atribuições do Superior Tribunal de Justiça permanecem plenamente compatíveis com o perfil institucional de Tribunal de Cassação, resultando na necessidade de condicionar a execução antecipada da pena ao crivo do Superior Sob o ângulo do risco, argui que, na esteira do precedente firmado no habeas corpus nº 126.292, magistrados têm determinado a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória proferida em segunda instância.”⁴¹⁸

O problema reside não apenas no que tange à existência de decisões divergentes para casos semelhantes, mas também no fato de não haver posicionamento da Suprema Corte pelo seu órgão colegiado. Decisões monocráticas, ou mesmo aqueles casos pendentes de

⁴¹⁷ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 281.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 44*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, p. 215, p. . Acesso em: 14 jun. 2019.

juízo por anos a fio, tendem a desarmonizar a estabilidade das relações sociais e comprometer o sentimento minimamente consensuado entre os cidadãos. Quando a Suprema Corte prima por decidir à luz dos ideais da razão pública, afasta-se o clima de instabilidade e desajuste social, mas quando não os observa, compromete a segurança jurídica. O reconhecimento desta responsabilidade intrínseca ao Poder Judiciário encontra-se expresso na ADC n. 44:

“Esse é o grande desafio! Estruturando um sistema institucional de criminalidade. E não se diga que essa tarefa é estranha ao Judiciário! Pelo contrário, essa é uma tarefa do Judiciário. A rigor, um dos grandes equívocos brasileiros, no que diz respeito ao tema da Segurança Pública, é tratar o tema da Segurança Pública como tema de Polícia. E, por isso, aparecem esses salvadores. No fundo, uma grande falha do sistema de Segurança Pública está exatamente na falha do sistema de Justiça Criminal, que envolve o Ministério Público, que envolve a própria Justiça Criminal. A questão de não se conseguir fazer uma instrução em tempo adequado e tudo mais, obtinham habeas corpus. Então, no fundo, temos grande responsabilidade nesse quadro de insegurança jurídica, como temos grande responsabilidade no que diz respeito a esse mau estado do sistema prisional, sem dúvida nenhuma, temos todos. O Judiciário tem grande responsabilidade, o Ministério Público tem grande responsabilidade, os defensores públicos, sem dúvida nenhuma.”⁴¹⁹

Cumprido esclarecer, no entanto, que a justificação pública, segundo Rawls, torna visível a instituição e possibilita a verificação de erros e lacunas na ordenação política de valores contidos nas decisões⁴²⁰, o que ficou evidentemente demonstrado no *case* da execução da pena após condenação em segunda instância. Não basta que a decisão seja legítima, importa que atenda aos princípios de justiça e reforce a confiança mútua e pública, a fim de que os cidadãos respeitem o ideal de razão pública espelhado pela Suprema Corte, premissa esta destacada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento das ADC's n. 43 e 44, ao salientar que a alteração da jurisprudência “se deu dentro de um contexto em que a decisão anterior produziu uma tal quantidade de consequências negativas para a sociedade brasileira, que foi preciso revisitá-la e repensá-la”, haja vista se multiplicarem as frustrações do sentimento de justiça pelo mau funcionamento desta e, na oportunidade, asseverou que “um sistema de justiça desmoralizado não serve para o Judiciário, nem para a sociedade”⁴²¹.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 44. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, p. 215, p. . Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴²⁰ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 454.

⁴²¹ “Se a sociedade desacreditar do sistema de justiça, dá-se um incentivo à criminalidade. A sensação de que nada vai acontecer é um estímulo para que as pessoas façam coisas erradas. Eu dizia, ontem, na Turma: alguém acha que, em outros países do mundo, as pessoas pagam tributo com minúcia e preocupação porque elas são bacanas ou generosas? Não é verdade! Elas pagam porque vão presas se sonegarem. Já nós, nessa matéria, em

É indiscutível o quanto causa insegurança e provoca reflexões o tema sobre o momento inicial para cumprimento da pena. Sem adentrar na discussão sobre qual seria a correta decisão a ser tomada, não seria este alvoroço social reflexo da Suprema Corte não ter tomado a decisão definitiva pelo seu colegiado, mas apenas em julgamento da medida cautelar nas duas ações supracitadas? O fato do tema estar aguardando uma manifestação definitiva do plenário até a presente data (junho de 2019), não seria razão a justificar a importância que a manifestação colegiada da Corte Suprema tem para a consolidação de um entendimento perante todos os integrantes da sociedade? Defende-se que sim, ou seja, as instabilidades verificadas com relação ao tema necessitam do espancamento definitivo pela Suprema Corte para que todos compreendam as razões nas quais se fundam o entendimento dominante que impactará a sociedade em geral, que certamente o compreenderá se estiver alicerçado em termos razoáveis. Frise-se, o debate levado a efeito por manifestações individuais e não definitivas de cada integrante da corte não contribui para o alcance do seu *mister* e somente a afasta do que, para Rawls, deveria ser a Corte da razoabilidade.

Diante desse contexto, mister trazer à lume que Rawls distingue a ideia de razão pública do ideal de razão pública⁴²², sendo o último realizado ou satisfeito sempre que juízes, legisladores e outras autoridades públicas agem com base na ideia de razão pública, pautam-se por tal ideal e explicam a outros cidadãos suas razões para sustentar posições políticas de justiça que consideram a mais razoável. Portanto, ao justificar publicamente as razões adequadas, o ideal de razão pública é aplicado aos cidadãos, cumprindo-se, assim, o critério de reciprocidade, e fortalecendo a legitimidade das instituições públicas que atuam diretamente na efetivação da concepção política de justiça na estrutura de base da sociedade bem ordenada, em que “os cidadãos que prevalecem e exercem o controle agem com base em doutrinas abrangentes inconciliáveis, mas razoáveis”⁴²³.

Rawls, ao perceber a necessidade de aproximar a sua teoria da justiça à realidade social, apresentou no *Liberalismo Político* algumas amarras faltantes na obra anterior com o

meio a outras, temos o sistema mais leniente que se possa imaginar, em que se pode pagar o tributo sonogado depois do trânsito em julgado. É uma aposta sem chance de perder. O sistema é péssimo e, de novo, para favorecer o andar de cima. Um sistema de justiça desacreditado pela sociedade aumenta a criminalidade. O CNJ divulgou que somente nos anos de 2010 e 2011 a justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Prescreve porque não se consegue dar início à execução! Portanto, um sistema de justiça desmoralizado não serve, evidentemente, para o Judiciário, não serve para a sociedade, não serve para ninguém e não serve tampouco para a advocacia tal como eu a entendo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº. 44*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2019).

⁴²² Vide subtítulo 4.1.

⁴²³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 490.

fim de viabilizar a possibilidade de uma base de justificação pública razoável que tende a responder às questões de justiça liberal igualitária em uma sociedade bem ordenada, formada por doutrinas abrangentes. John Rawls compreende, assim, que o Poder Judiciário tem papel relevante por ser o espelho fiel da razão pública, que é a responsável por identificar os valores morais e políticos que devem conduzir a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si, por meio de decisões colegiadas que atendam aos princípios de justiça e que sejam razoáveis, assim como os casos paradigmáticos já apresentados parecem atestar fielmente o acerto da Suprema Corte ao impingir em suas decisões as razões certas.

Ante à construção que tem se desenvolvido no presente trabalho, restou evidente que os mecanismos processuais existentes para a unificação de decisões relevantes e de alcance geral, tais como o controle de constitucionalidade, precedentes, súmulas, incidente de resolução de demandas repetitivas, não se mostram suficientes para garantir justiça e segurança jurídica, haja vista ocorrerem inúmeros casos em que as decisões são legítimas, mas destoam da essência de um Estado Democrático de Direito. É diante desse contexto que Rawls, ao direcionar a sua teoria da justiça para a filosofia política, amplia os horizontes sobre o papel da Suprema Corte no ato de decidir, levando à reflexão sobre a necessidade de reconstrução da atividade jurisdicional nos tribunais à luz de uma teoria democrática.

Os diversos temas periféricos que acabam por desaguar no STF não raras vezes distorcem a imagem dos cidadãos quanto a sua atuação. Estas questões que não se relacionam às questões cervicais do acordo social não deveriam ultrapassar os limites dos tribunais ordinários. Quando o legislador permitiu que estas questões fossem apresentadas ao STF, fragilizou a Corte Suprema, pois a submeteu a uma excessiva carga de trabalho que, por consequência, aumenta a sua exposição e favorece a ocorrência de contestações. Não se pode admitir que uma análise rasa indique um desacerto que na prática não ocorre. Percebe-se que ao decidir de forma monocrática, até mesmo os integrantes da Corte Suprema apresentam dificuldades em afastar as suas razões individuais do contexto analisado no processo, tal qual como os juízes de instâncias inferiores que anotam nas suas decisões as impressões pessoais que se afastam da razoabilidade. Isto não significa dizer que tais decisões não sejam racionais e legais, apenas não contribuem sobremaneira para o fortalecimento do sentimento de segurança jurídica e reforço permanente do consenso possível e, assim, distanciam-se do razoável.

Noutro giro, os *hard cases* apresentados denotam que a Suprema Corte ao decidir de forma colegiada tem confirmado as expectativas rawlsianas e refletido a razão pública

estabelecida no âmago da sociedade. Tanto é que tais decisões são dotadas de respeito e promovem o acatamento por todos, independentemente das doutrinas professadas. É evidente que no âmbito das suas razões domésticas ou sociais, o entendimento acerca das situações apresentadas permanece íntegro, mas o respeito e o acatamento decorrem do consenso sobreposto e do princípio da reciprocidade que tem como corolário a legitimidade⁴²⁴. Quando casos que correlacionam os elementos constitucionais essenciais estão em discussão no Poder Judiciário, a decisão que se constrói à margem da razoabilidade não encontra ressonância positiva na sociedade, mas reforça a insegurança. Neste contexto, o papel da Suprema Corte é de fato relevante e se mostra efetivo quanto atua em colegiado na construção de uma sociedade razoável, ou seja, uma “sociedade de iguais em questões fundamentais”⁴²⁵.

O papel da Corte Suprema é fundamental para a solidez e perenidade de um pacto social erigido sob perspectivas democráticas. A responsabilidade de ser a guardiã do texto constitucional, expressão máxima dos direitos maiores de um povo, de zelar pela sua integridade e aplicabilidade conectada ao sentimento decantado entre as mais variadas concepções morais e religiosas deve ser esforço reconhecido, valorizado. A certeza de que as decisões dela emanada zelam pela previsibilidade dos desdobramentos jurídicos é patrimônio de toda a sociedade. E a Suprema Corte pátria tem demonstrado, pelas decisões de seu plenário que, em sua definitiva maioria, exerce este *mister* com denodo de forma a sinalizar adequadamente quanto às questões referentes aos elementos constitucionais essenciais.

⁴²⁴ Coitinho conclui com a clareza que lhe é peculiar que “Isso mostra que a justificação é possível com o uso da razão pública, o que trará por consequência assumir um ideal de cidadania democrática e dever de civilidade no âmbito das questões essenciais de justiça e dos elementos constitucionais essenciais, quer dizer, no âmbito da moralidade pública, sendo esses valores políticos da razão pública assumidos por causa de sua coerência com os critérios da reciprocidade, estabilidade e legitimidade que são socialmente reconhecidos como desejáveis”. (COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 173).

⁴²⁵ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 64.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade plural que se pretende democrática e igualitária não se permite prescindir da segurança jurídica derivada da previsibilidade das decisões que são adotadas pelos órgãos que aplicam as disposições normativas a oferecer estabilidade às relações jurídicas e sociais. Não obstante a obsessão pelo desenvolvimento de relações fundadas em parâmetros claros e duradouros, a segurança pretendida pode se firmar em padrões que não sejam justos. Reside neste ponto o problema inicial que este trabalho pretendeu enfrentar, qual seja, a existência de decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, com conteúdos distintos, mas que versam sobre situações fáticas semelhantes e a correlação e relevância do tema com a razão pública rawlsiana.

O desenvolvimento da segurança jurídica através da similitude das decisões judiciais proferidas pelos órgãos judicantes é matéria inicialmente afeta à estrutura jurídico-processual. Por tal motivo destacou-se a relação entre a norma e os fatos sociais, demonstrando que não estão dissociados e que precisam caminhar na mesma direção. A partir da construção sistemática do ordenamento jurídico pátrio, desenvolveu-se um aparato posto à disposição judicante para que se atingisse uma unicidade interpretativa, a fim de possibilitar o reflexo do sentimento social, conjugado com a norma jurídica e, conseqüentemente, denotando a perseguida segurança jurídica. Daí exsurge a necessidade do aperfeiçoamento de um sistema de uniformização das decisões judiciais, a exemplo do controle de constitucionalidade, súmulas vinculantes, precedentes, jurisprudências, dentre outros mecanismos processuais esposados no subcapítulo 2.3. No entanto, o que se verifica é que o referido aparato jurídico-processual não dá respostas satisfatórias à primeira parte do problema investigado, isto é, enfrenta resistência e dificuldade em alcançar a estabilidade pretendida com justiça. É neste cenário normativo-interpretativo inquieto que a reflexão filosófica se apresenta como de extrema importância para a entrega de um modelo de interpretação alicerçado em um padrão decisório que reflita o consenso comportamental dos atores sociais.

Rawls contribuiu solidamente para este debate com a sua teoria da justiça como equidade que, na essência, é uma concepção política de justiça a viabilizar que uma sociedade integrada por cidadãos que professam doutrinas religiosas, morais e filosóficas diversas possam endossar um mesmo regime constitucional com estabilidade. Rawls não busca a criação ou sobreposição de uma doutrina abrangente sobre a outra, mas parte do

reconhecimento do pluralismo razoável e da necessidade de um poder político para organizar as relações sociais, poder político este que deve obediência a uma Constituição, na qual os elementos constitucionais essenciais emanam do sentimento racional de todos os cidadãos que os endossam por entenderem como fruto do razoável que, na sua condição de livres e iguais, é aceitável. O que Rawls pretende é a estabilização das relações sociais não pela força, mas pela razão estabelecida e erigida sob as bases de um consenso possível.

Impossível não estabelecer uma correlação entre a proposta rawlsiana e os objetivos deste trabalho, o que se mostrou mais evidente a medida em que a pesquisa evoluiu. O desenvolver acerca das concepções de razoável, racional e da própria razão pública permitiu a Rawls aproximar a sua teoria da razão prática. A justiça como equidade alcança a sua estabilidade em razão de ser o consenso sobreposto o resultado do possível diante das variadas doutrinas abrangentes existentes na sociedade. Os cidadãos, mesmo professando doutrinas razoáveis diversas, encontram respostas às suas indagações acerca de questões referentes a justiça básica dentro dos limites das suas próprias doutrinas abrangentes, ou seja, em um exercício permanente de razoabilidade. Ressalta-se que, considerados reciprocamente como livres e iguais em um sistema de cooperação social ao longo de gerações, não se exige que os cidadãos afastem-se dos seus fins racionais, ou seja, daqueles que lhes são próprios, particulares, mas que estejam dispostos a oferecer uns aos outros termos equitativos de cooperação segundo o que se considera ser a concepção mais razoável de justiça política, mesmo que isso lhes custe sacrificar os próprios interesses em determinadas situações, contanto que os outros possam aceitá-los nos mesmos termos. Extrai-se deste contexto a razão pública, ou seja, a razão responsável por determinar os valores morais e políticos que devem conduzir a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si, e tem por cerne a análise das questões constitucionais essenciais e os elementos de justiça básica.

Manter os preceitos de razão pública com clareza solar é fundamental para que os cidadãos exercitem no cotidiano o critério da reciprocidade, tido como delimitador do conteúdo da razão pública e, para tal, especial atenção é atribuída a Suprema Corte. Tendo em vista que o Poder Judiciário exerce o papel de intérprete judicial, é o seu órgão máximo, a Suprema Corte, que deverá espelhar esta razão pública, na qual os cidadãos livres e iguais, ainda que dispostos a adotar valores e princípios advindos de uma concepção política de justiça, carecem de uma estrutura estatal para dirimir os conflitos oriundos da vida em sociedade. É inquestionável a função estratégica das Supremas Cortes no arranjo institucional das democracias constitucionais e no papel de guardião dos princípios básicos

de justiça que asseguram a prevalência destes valores em detrimento de vontades ocasionais. Não se pode olvidar, ainda, o caráter educativo e propositivo das Cortes e a racionalidade jurídica que deve orientar suas decisões, ao afastar motivos políticos segmentados, que acabam por justificar a sua atuação em argumentos principiológicos, no sentido de manter a imparcialidade e inserir um viés moral à solução das controvérsias. Se à Corte Suprema compete velar pela lei maior, deverá valer-se da razão pública para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias e que corresponda a interesses estreitos. Ao posicionar-se dessa forma, estará cumprindo efetivamente o seu papel, uma vez que suas decisões estarão razoavelmente de acordo com a própria Constituição. A razão pública é a razão do seu tribunal supremo.

Para melhor compreensão do cerne desta pesquisa, necessário foi perpassar pelas diferenças pontuais dos sistemas *civil law* e *common law*, a cujo intento se destinou o subcapítulo 2.2. Em suma, o sistema que o Brasil adota é o *civil law*, sistema este que prima pela produção legislativa em massa para regular a sociedade, dentre as demais peculiaridades, mas ante à necessidade de o ordenamento jurídico se alinhar às constantes evoluções, observando atentamente a efetividade da segurança jurídica, passou a também englobar o sistema *common law*, no sentido de prezar pela uniformização dos posicionamentos dos tribunais pátrios por meio da adoção de precedentes, jurisprudências, súmulas e de institutos como o controle de constitucionalidade, incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso extraordinário e recurso especial, delineados anteriormente. A questão é que este sistema concebido para uniformizar as decisões judiciais pode não se prestar a resolver o problema da forma que se espera. Decisões judiciais continuam a gerar incertezas em situações mais frequentes do que desejáveis, demandando uma atuação fundamental da Corte Suprema, na qual chegam inúmeras situações a serem resolvidas oriundas de posicionamentos judiciais antagônicos que precisam de uma resolução sinalizadora, o que reforça que o direito processual não deu conta de apresentar respostas satisfatórias para o problema.

É neste testilhar que é necessário garantir que o padrão normativo esteja alinhado com um padrão interpretativo e decisório de forma que o processo legislativo, expressão máxima do pacto democrático, não sucumba diante de posicionamentos estreitos e descolados do ideal de razão pública. Este cenário não contribuiu para o fortalecimento da segurança jurídica, dependente da confiabilidade dos cidadãos no adequado funcionamento das instituições públicas. Portanto, dotar a Suprema Corte da prerrogativa de ser o intérprete maior do texto constitucional atribui aos seus membros a responsabilidade de,

permanentemente, refletirem os ideais do povo democrático através de decisões fundadas em razões certas.

Ao se proceder à análise de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, percebe-se o quanto a filosofia de Rawls tem a contribuir com a estabilidade do acordo posto. O norte que por vezes falta ao padrão decisório que tanto se contesta neste trabalho é facilmente identificado em Rawls: a razão pública. Adotar o ideal da razão pública, impregnado da razoabilidade necessária a decidir-se com base nas razões certas, fortalecida pela legitimidade inerente a este procedimento, traduz-se em um cenário de fortalecimento das instituições e estabilidade social decorrentes da segurança alcançada. Em que pese as críticas, as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal têm hoje o condão de refletir a razão pública, pacificando o entendimento por intermédio de decisões dotadas da autoridade que se cumprem como decorrência do processo legítimo sob as quais estas decisões estão fundadas. Restou demonstrado que mesmo no Supremo Tribunal Federal, decisões monocráticas podem estar eivadas de concepções pessoais, evidenciando que o problema apontado persiste independentemente do tribunal ao qual a autoridade judicante está vinculado. Entretanto, as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal são reflexos do consenso possível entre as mais diversas concepções pessoais, sejam elas dos próprios ministros ou dos representantes da sociedade que dos julgamentos participam. A razão pública se apresenta nestas decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal dotando-as de autoridade e legitimidade a ponto de promover a estabilização do debate no âmbito social. Legitimidade, autoridade e estabilização decorrentes do exercício do poder decisório, em casos fundamentais, em conformidade com a Constituição, cujos elementos essenciais pode-se razoavelmente esperar que todos os cidadãos razoáveis, na condição de livres e iguais, subscrevam, pois mesmo professando doutrinas razoáveis diversas, encontram respostas as suas indagações acerca de questões referentes a justiça básica dentro dos limites das suas próprias doutrinas abrangentes, alcançando, assim, a estabilidade pelas razões certas.

Indispensável notar que quando Rawls teceu reflexões sobre como dar coerência à sua *teoria*, a resposta veio pela interpretação mais completa do razoável e do racional, e pela explicitação e desenvolvimento do conceito de razão pública. Não foi diferente nesta pesquisa quando se enfrentou o problema da existência das decisões díspares para situações semelhantes mesmo diante de um arcabouço legislativo concebido a evitar a sua ocorrência. A resposta ao problema reside na mesma quadra de percepção rawlsiana, ou seja, a interpretação mais completa do razoável e do racional, no conceito de razão pública e na admissão desta como padrão decisório para o Poder Judiciário. Ao assumir a razão pública

como padrão decisório, o Supremo Tribunal Federal ultrapassa as formalidades técnicas, uma vez que capta os valores sociais e se compromete com o ideal de justiça, cuidando para que as concepções pessoais não se sobreponham à sistemática jurídico-principiológica e que se mantenham adstritas à razão pública. Desta forma, mesmo diante de eventuais conflitos intersubjetivos resistidos, restarão claros e sólidos os preceitos fundamentais, refletidos pela razão pública espelhada a todo momento pelas decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte. Este é o círculo virtuoso que estabiliza as relações sociais, colocando em evidência permanente as regras do acordo vigente.

Com este trabalho reforça-se a atualidade da filosofia de Rawls, denota-se a importância da Suprema Corte na estabilização do pacto social, no alcance da aceitação pelos cidadãos dos elementos constitucionais essenciais como razoáveis a partir da sua própria doutrina abrangente, tudo como corolário do refletir, pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal, dos ideais da razão pública, admitindo-se esta como um padrão decisório, que se abandonado, inviabilizará o objetivo de tratar a todos de forma justa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista dos Tribunais*. Revista de Processo. Vol. 242, 2015, p. 21-47. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wpcontent/uploads/2016/03/AtivismoInstrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>>.

_____. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista dos Tribunais online*. Revista de Processo. Vol. 166, p. 27. Dez, 2008. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidadedoprocesso.pdf>>.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. Em algum lugar do passado: segurança Jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil*. Janeiro/Fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

_____. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Trad. Desidério Mrucho et alii. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BONELLA, Alcino Eduardo. Liberalismo político igualitário. *Dissertatio*, vol. 34, p. 231-252, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8703/5746>>.

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. 5. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 175/2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

_____. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. – 5. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 44/2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>, p. 215.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510/2008*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132/2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 07 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/2012*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 422*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.025/RJ*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2204728>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 124.306*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2EENUME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004. DJ. 04/05/2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>.

BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 15, ago. 1984. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35081/jurisprudencia.pdf?sequence=1>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CINTRA, Carlos Antonio de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 26^a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

COITINHO, Denis. *Justiça e Coerência: Ensaio sobre John Rawls*. São Paulo: Loyola, 2014.

_____. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, 10 (1), jan/abr, 2009. Disponível em: <revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5005/2258>.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos (1819). Tradução de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet. In: *De la Liberté chez les Modernes*. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>.

COUTURE, Eduardo Juan. *Os Mandamentos do Advogado*. Trad. Ovídio Baptista da Silva. S.A. Fabris Editor, 1999.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais. *Bdjur. STJ*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20885/Imprevisibilidade_Decis%C3%B5es_Judiciais.pdf>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETE, Elpídio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revistas UNIFACS*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>.

DOUGLAS, William. STF quis reescrever a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*. Pub. 13/05/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>>.

DURKHEIM, Émile. *Divisão do Trabalho* (1893). Tradução de Eduardo Brandão. 2^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUTRA, Delamar Volpato. O Direito de uma Teoria da Justiça de Rawls. *Dissertatio*, Volume 34, p. 63-89, 2011. Disponível em:
<<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8696/5739>>.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREEMAN, Samuel. Public Reason and Political Justifications. *72 Fordham L. Rev.* Ver. 2021 (2004). Available at: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/29>>.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismojudicialautocontencao>>.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

_____. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*. Volume XCII, nº. 3, march 1995. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2940842>>.

HART, Helbert. *O Conceito de Direito* (1961). São Paulo, Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARMORE, C. Public Reason. In: S. FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. (1681). Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo. São Paulo: Editora Vozes, 1994.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, 2016. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentando*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Rúrion. Autonomia, construtivismo e razão pública. *Dois pontos*. Curitiba, São Carlos, vol. 7. N. 4, p. 127-149, setembro, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, avr. jun, 2004, p. 164. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>>.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MIRANDA, John Florindo. Sobre os pressupostos morais do liberalismo político de John Rawls. *Controvérsia*, São Leopoldo, v. 10, n. 2, p. 104-115, mai.-ago. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/viewFile/10244/4813>>.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis* (1748). Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1966.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

OLIVEIRA, Ruy Barbosa. *Obras completas de Ruy Barbosa*. V. XXXV, t. 3, 1907. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/130357/pdf/130357.pdf>>.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. 2009. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>>.

PANSIERI, Flávio. A crítica de Amartya Sen à concepção rawlsiana de justiça. *Sequência*, v. 37, n. 74, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2016v37n74p181/33126>>.

PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. Mínimo social e formação do interesse público. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabrício. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios Fundamentais de Justiça*. Curitiba: Juará, 2015.

QUONG, Jonathan. On the Idea of Public Reason. *A Companion to Rawls*. First Edition. Edited by Jon Mandle and David A. Reidy. John Wiley e Sons, Inc. Published, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade. Uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. (1971). Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Liberalismo Político*. (1993). Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. A ideia de razão pública revisitada. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Resposta a Habermas. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph Raz. Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, nº. 1 (Winter, 1990). Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2265361>>.

REALE, Miguel. *A Motivação, Requisito Essencial da Sentença*. Questões de direito público. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIDY, David A. Rawls's wide of public reason: not wide enough. *Res Public* 6, p. 49-72, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. N. 21 – março/abril/maio 2010. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 7 – jan/jun 2006, vol. 2. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>>.

STRECK, Lênio. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ Eletrônica*. Vol.18, n. 1, p. 05-22, jan/abr 2013. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>.

_____. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidade y justicia, Proceso y Constitución - El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abr. 2006. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*. Vol. 26, n. 3, set/dez 2011.

VITA, Álvaro de. *O Liberalismo Igualitário. Sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Erito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: civil law e common law*. RePro, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. (1922). Vol. 2. Brasília, São Paulo: Editora da UnB, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____. 1976. LUHMANN, 1972 apud ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

WEBER, Thadeu. A ideia de um mínimo existencial de John Rawls. *Kriterion*. Volume 54, n. 172. Belo Horizonte, 2013. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2013000100011>.

_____. Justiça: ética, direito e moral. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabriccio. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios Fundamentais de Justiça*. Curitiba: Juará, 2015.

WERLE, Denilson Luis. A estrutura básica como objeto da justiça: liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito. *Cadernos de Filosofia Alemã*, vol. 19, n. 1, p. 63-83, 2014.

_____. Liberdades básicas, justificação pública e poder político em John Rawls. *Dissertatio*, vol. 34, p. 183-207, 2011. Disponível em:
<<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8701/5744>>.
Acesso em: 16 out. 2017.

ZANIN, Fabrício Carlos. MIZUTA, Alessandra. A teoria da justiça de John Rawls e as contradições do liberalismo: a difícil ação de despir-se das vestes metafísicas. In: MIZUTA, Alessandra. PROENÇA, Fabriccio. WEBER, Thadeu (coord.). *Princípios Fundamentais de Justiça*. Curitiba: Juará, 2015.