

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vinícius Silva Bonfim

A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil.

BELO HORIZONTE

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vinícius Silva Bonfim

A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo

BELO HORIZONTE

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B695r	Bonfim, Vinícius Silva
	A realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil / Vinícius Silva Bonfim. Belo Horizonte, 2014.
	176f.: il.
	Orientador: Marcelo Campos Galuppo
	Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
	1. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Audiência pública. 3. Sociedade civil. 4. Democracia deliberativa. 5. Legitimidade (Direito). 6. Participação popular. I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
SIB PUC MINAS	
CDU: 347.939	

Vinícius Silva Bonfim

A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Dr. Marcelo Campos Galuppo (Orientador) – PUC Minas

Dr. Fernando José Armando Ribeiro - PUC MINAS

Dr. Lucas Alvarenga Gontijo - PUC MINAS

Dr. Menelick de Carvalho Netto - UNB

Dra. Thaisa Haber Faleiros - UNIUBE

(Suplente)

(Suplente)

Belo Horizonte, 06 de junho de 2014.

Ao meu amor, Ana Flávia Rodrigues de Almeida.

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente:

Aos professores Dr. Marcelo Campos Galuppo pela orientação e sabedoria compartilhada, professor dedicado em realizar contribuições acadêmicas para além do âmbito nacional. Ao Prof. Dr. Fernando Armando por ter me orientado no mestrado e ser um exemplo de honestidade e simplicidade. Ao professor Lucas Gontijo que, com sincero trabalho, contribuiu para desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço especialmente a minha mãe, Rosangela de Fátima Silva Bonfim, mulher forte e amiga sensível, sempre no meu coração.

Ao meu falecido pai, que sempre está presente comigo. Agradeço pelo amor, sabedoria e pelas melhores lembranças que deixou, foi um grande amigo e eterno exemplo.

Aos meus irmãos pelos lindos momentos compartilhados e por toda a força que nos une. Em especial ao Rodrigo por ter compartilhado discussões e leituras comigo.

Meus agradecimentos a Ana e Nina por serem minhas companheiras e me tornarem uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus amigos e familiares pela força e companheirismo nas alegrias e nos momentos difíceis.

Aos meus alunos pelas experiências compartilhadas diariamente, mas em especial a Mariana Oliveira de Sá, pela permanente discussão e contribuição nos meus estudos acadêmicos, sobretudo nesta tese, nas ótimas publicações em coautoria, nas observações realizadas em sala de aula e sobre John Rawls. Se ela continuar nessa trajetória o mundo acadêmico ganhará muitas contribuições.

Aos funcionários do Curso da Pós-graduação em Direito da Puc/Minas pela atenção e disponibilidade.

POEMINHA DO CONTRA
Todos estes que aí estão
Atravancando o meu caminho,
Eles passarão.
Eu passarinho!

(Mário Quintana)

RESUMO

Embora exista a prática de realização das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de constitucionalidade de leis, constatou-se que a atividade gira em torno de um eixo gravitacional próprio, que diz respeito tão somente aos interesses do Tribunal. A pesquisa mostra, após levantamento de todas as audiências públicas já realizadas pelo Tribunal e também de suas normas processuais, que essa prática acaba por instrumentalizar o procedimento de construção normativa por constituí-lo unilateralmente e com critérios discricionários. Entretanto, após constatar a impossibilidade da sociedade civil configurar a razão pública a partir das audiências públicas no STF, passou-se a estudar a teoria da justiça como imparcialidade de John Rawls para encontrar uma alternativa viável para que ela possa ter voz ativa na construção das decisões. Portanto, foi a partir do construtivismo político proposto pelo autor que se encontrou o caminho para a realização das audiências públicas. A nova dinâmica de deliberação tem como escopo aplicar os princípios de justiça proceduralmente de forma que as instituições públicas, ao abrir diálogo para com a sociedade civil, possibilitem com que esta apresente e exija razões que possam configurar a razão pública. Dessa forma, as audiências públicas permitem e promovem a razão pública por meio da participação da sociedade civil. Pois, ao possibilitar que o equilíbrio refletido da sociedade possa alcançar consensos, o conteúdo da razão pública é permanentemente atualizado e legitimado.

Palavras-chave: Democracia constitucional. Audiência pública. Cultura de fundo da sociedade civil. Razão pública. Legitimidade.

ABSTRACT

Although there is the practice of holding public hearings by the Supreme Court in cases of judicial review of laws, it was found that the activity revolves around its own gravitational axis, which relates solely to the interests of the Court. Research shows that, after surveying all public hearings already held by the Court and also its procedural rules, this practice eventually equips the procedure of normative construction by setting it unilaterally and using discretionary criteria. Nevertheless, after verifying the impossibility of the civil society to set up public reason from the public hearings in the Supreme Court, we moved on to study the theory of Justice as Fairness of John Rawls to find a viable alternative so it can have an active voice in the construction of decisions. Therefore, it was from the political constructivism proposed by the author that the way was found to the realization of public hearings. The new dynamics of deliberation aims at applying the principles of justice procedurally so that public institutions, when open dialogue with civil society, enable it to present and demand reasons that may constitute public reason. Thus, public hearings allow and promote the public reason through the participation of civil society. For, when allowing that the society's reflected equilibrium may reach consensus, the content of public reason is continually updated and legitimized.

Keywords: Constitutional Democracy. Public Hearing. Civil Society Background Culture. Public reason. Legitimacy.

ABSTRACTO

A pesar de la práctica del Supremo Tribunal Supremo celebrar audiencias públicas en los casos de revisión judicial de las leyes, parece que esta actividad gira en torno a su propio eje gravitacional, que se refiere únicamente a los intereses de la Corte. La investigación muestra que, después de examinar todas las audiencias públicas ya realizadas por la Corte, así como sus normas de procedimiento, esta práctica en última instancia equipa el procedimiento de construcción normativa al establecerlo de manera unilateral y con criterios discrecionales. Sin embargo, después de observar la imposibilidad de la sociedad civil para establecer la razón pública a partir de las audiencias públicas en la Corte Suprema, empezamos a estudiar la teoría de la justicia como imparcialidad de John Rawls para encontrar una alternativa viable para que ella pueda tener una voz activa en la construcción de decisiones. Por lo tanto, fue desde el constructivismo político propuesto por el autor que se encontró el camino a la realización de audiencias públicas. La nueva dinámica de deliberación tiene como alcance la aplicación de los principios de la justicia procesal para que las instituciones públicas, al abrir el diálogo con la sociedad civil, le permitan presentar y demandar razones que pueden constituir una razón pública. Así, las audiencias públicas permiten y promueven la razón pública por la participación de la sociedad civil. Porque, al permitir que el equilibrio que se refleja de la sociedad pueda llegar a un consenso, el contenido de la razón pública se actualiza continuamente y se legitima.

Palabras-llave: Democracia constitucional. Audiencias publicas. Cultura de Fondo de la Sociedad Civil. Razón Publica. Legitimidad

LISTA DE QUADROS

Quadro 1.....	51
Quadro 2.....	52
Quadro 3.....	54
Quadro 4.....	58
Quadro 5.....	59
Quadro 6.....	60
Quadro 7.....	61
Quadro 8.....	62
Quadro 9.....	63
Quadro 10.....	64
Quadro 11.....	65
Quadro 12.....	66
Quadro 13.....	67
Quadro 14.....	68
Quadro 15.....	69
Quadro 16.....	70

LISTA DE GRÁFICO

GRÁFICO 1.....45

LISTA DE ABREVIATURA

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

ER nº 29/2009 – Emenda Regimental nº 29 de 2009

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Min. – Ministro/ Ministra

PGR – Procuradoria Geral da República/ Procurador-Geral da República

AGU – Advogado Geral da União

TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUS – Sistema Único de Saúde.

TJ – A Theory of Justice.

LP – O Liberalismo Político.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	30
2 A ATIVIDADE JURISDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	36
2.1 Breve histórico do surgimento das audiências públicas nos Poderes da Federação	37
2.1.1 <i>As audiências públicas realizadas no âmbito do Executivo</i>	38
2.1.2 <i>As audiências públicas realizadas no âmbito do Legislativo</i>	41
2.1.3 <i>As audiências públicas realizadas no âmbito do Judiciário</i>	43
2.2 Os casos de realização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal	44
2.2.1 <i>O estudo dos casos de audiências públicas</i>	47
2.3 Considerações a respeito da prática de realização das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal.....	71
3 A JUSTIÇA COMO IMPARCIALIDADE (JUSTICE AS FAIRNESS).....	76
3.1 John Bordley Rawls e seu contexto político e filosófico.....	76
3.2 A ética utilitária.....	78
3.2.1 <i>O utilitarismo de Jeremy Bentham</i>	79
3.2.2 <i>O utilitarismo de John Stuart Mill</i>	83
3.2.3 <i>O utilitarismo de Henry Sidgwick.</i>	86
3.2.4 <i>Características comuns das filosofias éticas utilitárias</i>	90
3.3 O construtivismo kantiano como alternativa contrária às éticas utilitárias.92	
3.4 A abordagem de <i>Uma Teoria da Justiça</i> e sua aplicação às instituições democráticas	97
3.6 O contrato hipotético: uma figura de representação a partir da ideia da posição original e do véu da ignorância	103
3.6.1 <i>A ideia de posição original e a função do véu de ignorância.....</i>	106
3.7 Os princípios de justiça	110
3.7.1 <i>O primeiro princípio de justiça.....</i>	112
3.7.2 <i>O segundo princípio de justiça</i>	113
3.8 O liberalismo político e seus fundamentos teóricos	115
3.8.1 <i>Por que escrever o Liberalismo Político (Political Liberalism)?</i>	115
3.8.2 <i>A construção procedural da concepção política de justiça através da participação democrática da sociedade pluralista e bem-ordenada.</i>	118
3.8.3 <i>O construtivismo político à procura das coerências jurídicas: o justo e sua prioridade diante da ideia de bem.</i>	131
3.8.4 <i>A ideia de um consenso sobreposto (overlapping consensus).....</i>	137
3.8.5 <i>Da razão pública (public reason) e sua exigência para a justificação pública.....</i>	142
4 A PRÁTICA COERENTE DE REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VISTA A PARTIR DO PROCEDIMENTO CONSTRUTIVISTA DO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS.....	156
4.1 Conexões teóricas preliminares	156

4.2 Audiências e Fóruns de deliberação pública a partir do Liberalismo Político	159
4.3 Um novo olhar procedural e construtivista para a prática adequada de realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal	165
4.3.1 A dinâmica e a finalidade das audiências públicas sob a perspectiva deliberativa da justiça como imparcialidade	168
5 CONCLUSÃO	176
REFERÊNCIAS.....	184

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa estuda a atual prática de realização das audiências públicas no interior do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de constitucionalidade sob a perspectiva da teoria da justiça como imparcialidade de John Rawls.

Esta tese possui natureza jurídica e filosófica, tendo como objetivo, investigar os mecanismos de participação da sociedade civil para a constituição de uma ordem constitucional legítima. Primeiramente, fez-se um estudo de como as audiências públicas são realizadas tanto no Executivo quanto no Legislativo, apresentando leis e hipóteses de cabimento das mesmas na atuação das instituições públicas. Posteriormente, realizou-se estudo dos casos de audiências públicas que sucederam no interior do STF, mostrando durante esse percurso de colheita técnica e de dados, a crescente utilização dessas pelo Tribunal, fato que reforça a ideia de atribuir-se maior atenção a essa prática jurisdicional.

A partir desse ponto se estudou os procedimentos de participação nas audiências públicas sob o pretexto de verificar se elas possibilitam com que as entidades da sociedade civil possam, realmente, de maneira livre e igual, participar na construção da decisão. Portanto, o regimento interno do Tribunal, que normatiza a respeito da relação entre a instituição STF e a sociedade civil, foi minunciosamente lido e questionado.

Se confirmar a hipótese de que o STF atua a partir de uma política discricionária, portanto, fora de suas atribuições constitucionais, as audiências públicas na atual conjuntura seriam mero fenômeno instrumentalizado para ficticiamente atribuir legitimidade às decisões. Por isso que o estudo perpassa por qual é o uso público da razão que o STF confere às audiências públicas, ou até mesmo, se há algum uso público da razão na realização das mesmas.

Diante da atual prática de realização das audiências públicas no STF questiona-se: a sociedade civil pode contribuir para a configuração da razão pública expressada pelo STF na construção de sua decisão? Na jurisdição constitucional democrática como pode a sociedade civil configurar a razão pública nas audiências públicas realizadas no STF? Teria o STF legitimidade para decidir se caberá ou não convocação de audiência pública de maneira discricionária quando se tratar de elementos constitucionais essenciais e de justiça básica? As audiências públicas

podem ser uma instância eficiente de controle da atuação instrumental e protagonista do judiciário? Perguntas que serão respondidas no decorrer da pesquisa, especialmente, em seu último capítulo.

A proposta é pensar a sociedade como um **sistema equitativo de cooperação** (*society as a fair system of cooperation*) que se organiza a partir da justiça como imparcialidade. Mais ainda, utilizar da teoria de Rawls para fundamentar a legitimidade das audiências públicas na estrutura de base da sociedade brasileira que tem como escopo a aplicação dos princípios de justiça.

Para o autor, são as práticas sociais de exercício da racionalidade deliberativa é que possibilitam a composição da justificação pública; esta é o resultado do processo de configuração da razão pública que é apresentado à sociedade para atender aos critérios de legitimidade das instituições públicas, ela “significa que os juízos políticos devem ser justificados entre os cidadãos, isso representa convencê-los por meio da razão pública.” (SILVEIRA, 2011, p. 200).

A razão pública é a razão de uma sociedade democrática que se entende como legitimada a constituir e configurar suas instituições democráticas. Para Rawls (2005), as práticas sociais são vistas como ações, atos constitutivos da própria normatividade jurídica. A razão pública é produto, antes de tudo, da intersubjetividade moderna, da relação de reciprocidade entre cidadãos que se entendem livres e iguais para a construção de instituições públicas justas. É preciso, a partir do conceito de razão pública de Rawls, analisar como a dinâmica social possibilita a legitimidade das decisões institucionais a partir do exercício político.

Para Rawls, a sociedade contemporânea é distinguida pelo pluralismo razoável de doutrinas abrangentes. Quer dizer, apesar de se ter na sociedade uma diversidade de doutrinas abrangentes divergentes, muitas vezes irreconciliáveis entre si, elas se respeitam mutuamente e, portanto, são razoáveis. O autor se refere ao razoável como a capacidade de articular os valores políticos, propiciando uma base pública de justificação das políticas do Estado (RAWLS, 2005, p. XX).

O pluralismo razoável se constitui na diversidade de doutrinas abrangentes existentes na sociedade bem-ordenada e que se distinguem quanto à defesa de seus valores. Ele aflora na medida em que se efetiva um ideal democrático de compartilhamento de doutrinas abrangentes razoáveis em um espaço deliberativo

que, através do embate público de razões, a sociedade estabelece consensos sobre elementos constitucionais essenciais e de justiça básicas.¹

Uma sociedade bem-ordenada determina sua concepção política de justiça através de sua participação em fóruns deliberativos e no compartilhamento de ideais de forma cooperativa. A finalidade dessa política cooperativa de construção dos princípios de justiça é configurar e constituir a estrutura de base da sociedade.

O que Rawls assinala é que, apesar das diferenças existentes entre as doutrinas abrangentes razoáveis, é possível constituir uma sociedade bem-ordenada e que compartilha consensos sobrepostos (*overlapping consensus*) determinantes para a atuação das instituições públicas.

O consenso sobreposto é a base do fundamento do sistema teórico de Rawls, ele depende da existência de um consenso social acerca das questões políticas fundamentais. Esse consenso social seria representado pela ideia do consenso sobreposto e diminuiria, assim, o conflito entre valores na cultura de fundo da sociedade civil.

O exercício para a formação do consenso sobreposto em uma sociedade bem-ordenada tem por fundamento a **ideia de razão pública**, que afirma no nível mais profundo os valores morais e políticos básicos que determinam a relação do governo com seus cidadãos.

Rawls busca especificar, como o governo de uma democracia constitucional estabelece uma relação política e jurídica entre cidadãos livres e iguais que atuam sob o ideal de razão pública da democracia constitucional.² Esse exercício cívico pode ser no momento de cidadania, nos atos de interações individuais entre os cidadãos na prática política cotidiana, bem como no procedimento de construção das decisões do Estado, no momento de aplicação dos princípios de justiça pelas instituições públicas.

Os cidadãos devem ser guiados pelo o que o autor denominou de ideal de razão pública. O ideal de razão pública possibilita conferir legitimidade às instituições através do sentimento de coautoria da produção de sentido da atividade normativa.

¹ Diga-se de passagem, os elementos constitucionais essenciais especificam “a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, executivo e do judiciário, bem como o alcance da regra da maioria” (RAWLS, 2005, p. 227, tradução nossa) (the general structure of government and the political process: the powers of the legislature, executive and the judiciary; the scope of majority rule).

² A ideia de razão pública tem uma estrutura definida em **cinco aspectos diferentes** e possui também **três sentidos** que serão trabalhados no capítulo 3 da referida tese.

Essa atividade reflexiva por aprimoramento da aplicação dos princípios de justiça de maneira coerente pelos cidadãos justifica e publicita a decisão de maneira legítima a partir do critério de reciprocidade. Este critério se efetiva no momento em que o cidadão se coloca como se legislador fosse e verifica as razões que possam ser as mais razoáveis a serem constituídas pelas instituições públicas.

O exercício da razão pública também ocorre na realização de fóruns políticos públicos de deliberações de direitos, que principalmente, é exercido pelo Tribunal constitucional do país para guiar as concepções e princípios públicos. O Tribunal deve estar engajado na busca do interesse público, cujo conteúdo de sua decisão, constitui a razão pública, a razão da sociedade, que enquanto corpo coletivo exerce o poder político.

Portanto, para o autor, tanto o Judiciário bem como o Legislativo, Executivo e candidatos a cargos públicos, manifestariam seguindo a ideia de razão pública, e explicariam aos cidadãos suas razões para defender posições a partir dos termos acordados na concepção política de justiça.

A maneira como a sociedade escolhe sua política, seus planos e prioridades é sua razão. Esse é o pensamento central que constitui a teoria de Rawls e a coloca em uma concepção política de justiça construtivista, ou seja, que aponta a prática de exposição de razões mais razoáveis para a construção da política na democracia constitucional como ideia centralizadora exposta no Liberalismo Político (*Political Liberalism* - 1993).³

Rawls atribui a aplicação da razão pública principalmente à Suprema Corte por entender que ela, ao decidir, deve apresentar e justificar suas razões com base na Constituição, precedentes e leis de seu país. Para o autor, o magistrado deve elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que seja capaz. A Suprema Corte é, para ele, a instituição exemplar da razão pública, sendo vedado que os juízes invoquem a própria moralidade pessoal, ou seus ideais e virtudes de moralidade geral, doutrinas religiosas ou filosóficas, tampouco podendo citar valores políticos de modo indiscriminado (RAWLS, 1993, p. 236).

³ Como se verá a seguir, nessa obra Rawls atribui uso à razão a partir de um procedimento construtivista dos consensos, de forma que, a partir das deliberações sociais e institucionais, possa-se determinar o conteúdo da razão pública a partir da aplicação coerente dos princípios de justiça.

O autor procura fazer valer a defesa dos valores da sociedade exigindo que o Judiciário garanta o requisito fundamental para a democracia constitucional que é a justificação pública, o cumprimento dos critérios de reciprocidade e de legitimidade das decisões.

Mas, se houver a verificação de que há um reducionismo procedural para a participação da sociedade civil na apresentação de razões que poderiam ser utilizadas pelo STF no ato decisório, se levantará um indício de que há uma aparente jurisdição constitucional aberta.

Sob o risco de não exercitar a democracia constitucional, as barreiras instrumentais não podem ser postas à frente da construção participativa da decisão judicial no STF nos casos de realização das audiências públicas. Assim, sob a perspectiva da teoria da justiça como imparcialidade de Rawls, qual seria a prática coerente de realização das audiências públicas no interior do Tribunal?

As audiências públicas cumpririam com o papel de acabar com o fosso existente entre instituição pública e sociedade civil, maximizando o capital político da sociedade bem-ordenada com o dever de civilidade dos cidadãos, possibilitando que a cooperação social seja elemento agregador e constitutivo da democracia deliberativa. Rawls está em defesa da construção de uma concepção política de justiça. A política, a partir de sua teoria, alcança o posto mediador entre a moral e o direito. O direito será, portanto, constituído pelo exercício político da sociedade civil, principalmente. Para que isso ocorra, as audiências públicas que ocorrerem no interior das instituições devem levar a sério os princípios de justiça, de forma que os apliquem coerentemente, adequando o conteúdo da razão pública às práticas institucionais. Essa concepção política de justiça evita que alguma concepção metafísica de justiça seja adotada e que o conteúdo das decisões esteja de acordo com os valores defendidos pela cultura política pública.

A audiência pública tem como fundamento permitir que os discursos das múltiplas razões sociais da cultura de fundo da sociedade civil (*background culture*) sejam apresentados e possam interferir, moldando a decisão do Tribunal, de maneira que, a representatividade no ato de justificação pública pela instituição pública, seja o mecanismo de legitimidade desta atividade. Proporcionar a participação da sociedade civil nas audiências públicas promove o ideal de razão pública, estimula o equilíbrio reflexivo da sociedade e possibilita que consensos

sejam adotados ou revistos, conforme as razões que compõem a justificação pública.

Desse modo, as audiências públicas, sob o olhar da justiça como imparcialidade, possibilitariam o alcance deliberado do equilíbrio reflexivo como uma prática política de aplicação coerente dos princípios de justiça. Portanto, para Rawls, saber as razões às quais levaram o Tribunal a decidir é um critério mínimo de legitimidade que qualquer instituição pública que se pretende democrática deve cumprir.

2 A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

No Brasil de hoje, é evidente a importância pública alcançada pela atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (STF), instituição que, nos últimos anos, depois do julgamento de grandes casos de corrupção na esfera política, ganhou a cena midiática, passando a ter grande credibilidade popular. Diante desse fato, ampliou-se a necessidade de se estudar essa eminente casa representativa do Judiciário brasileiro para examinar se em suas atividades estão sendo observados os limites constitucionais estabelecidos para ele.

Como o objeto principal deste estudo são as audiências públicas ocorridas no STF, é imprescindível verificar se, no ato de sua realização, estão sendo cumpridos os critérios de legitimidade da instituição, ou seja, se essas audiências estão ou não ocorrendo em conformidade com o papel constitucionalmente estabelecido para com a sociedade civil a partir da perspectiva da justiça como imparcialidade de Rawls.

Dados oficiais comprovam que as audiências públicas estão na prioridade das ações do Tribunal nos últimos anos, o que evidencia a importância de serem estudadas.⁴ Nesta tese, optou-se por tomar a teoria da imparcialidade de Rawls como ponto de partida para o exame da prática de realização dessas ações. A aplicação da teoria de Rawls a elas permitirá determinar os critérios fundamentais de legitimidade presentes em uma democracia constitucional.

O STF, diante da necessidade de uma consulta técnica, em 20 de abril de 2007, passou a realizar audiências públicas para propiciar a participação da sociedade civil na jurisdição constitucional. De acordo com o Tribunal, a data é simbólica porque a partir dela a “população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas.” (STF, 2013).⁵

O modo como ocorre a atual participação da sociedade civil nas audiências públicas do STF revela a não capacidade dela contribuir na configuração das decisões da instituição.

⁴ Os dados serão apresentados mais a frente neste mesmo capítulo. Usa-se Tribunal com maiúscula aqui para referir ao Supremo Tribunal Federal.

⁵ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N. Acessado em: 23 de setembro de 2013.

Esta tese tem entre seus objetivos, em primeiro lugar, verificar os procedimentos que possibilitam à sociedade civil “ter voz ativa” no atual modelo do Tribunal; em um segundo momento, após esse primeiro levantamento, ela visa examinar se a instituição age dentro do modelo de democracia deliberativa e se cumpre os critérios necessários para a legitimidade de suas decisões.⁶

Para verificar esse procedimento de participação da sociedade civil nas audiências públicas, far-se-á, a seguir, um breve exame dessas ações no âmbito de sua realização pelos outros poderes do Estado. Esse exame servirá de parâmetro de como as audiências públicas são entendidas pelo ordenamento jurídico como um todo.

Procedido esse passo inicial, serão apresentados todos os casos de ocorrência de audiência pública no STF bem como todo seu processo de realização, que será analisado.

2.1 Breve histórico do surgimento das audiências públicas nos Poderes da Federação

As audiências públicas são uma ferramenta democrática de participação que possibilita aos órgãos públicos estabelecerem proximidade entre as decisões do Estado e os anseios da sociedade civil. Sua realização é um dever do Estado e um direito da sociedade na medida em que visa viabilizar a representação popular nas instituições. Elas são constitucionalmente previstas, estando dispostas, muitas vezes, em Leis Federais, nas constituições estaduais e nas leis orgânicas dos municípios.⁷

A participação da sociedade civil organizada nas instituições públicas propicia o debate sobre políticas públicas, possibilita o levantamento amplo de questões que estão em pauta de discussão, permite, ainda, a refutação de argumentos

⁶ Capítulos a seguir tratarão do conceito de democracia deliberativa, a cujo modelo as audiências públicas se associam.

⁷ Existem muitos dispositivos constitucionais que determinam a participação popular nas decisões do Estado. Neste trabalho, centrado no contexto do STF, não haverá a citação de todos esses artigos, mas recomenda-se ao leitor interessado em conhecer mais a respeito dessa dinâmica de representação popular o acesso a alguns deles: art. 1º P.U; art. 5º, XXXIII, LXXI, LXXII, LXXIII; art. 61, § 2º; art. 74, § 2º; art. 89, VI; art. 93, IX; art. 187; art. 194; art. 204, II; art. 206, VI e art. 216, § 1º todos da CR/88.

estabelecidos por partes contrárias, os esclarecimentos quanto a matérias técnicas, em suma, são um eficiente instrumento de justificação pública para a democracia deliberativa.

No Brasil, as audiências públicas vêm sendo muito utilizadas pelo Executivo e Legislativo, seja para discutir um empreendimento que possa gerar grandes impactos urbanos e ambientais, à vida das pessoas em geral, seja para debater políticas públicas do Executivo ou para discutir projetos de lei que tramitam nas casas legislativas de todos os entes da União.

Mais recentemente, o Judiciário também passou a realizar audiências públicas no interior de suas instituições. Também aí elas podem servir como precioso recurso que possibilita à sociedade civil participar do enfrentamento de relevantes questões sobre as quais o Judiciário é convocado a dar decisões.

2.1.1 As audiências públicas realizadas no âmbito do Executivo

As audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Executivo são amplamente divulgadas e realizadas em nível federal, estadual, distrital e municipal. Algumas legislações federais possibilitam ou determinam a realização de audiências públicas por parte do chefe do executivo ou de órgãos da administração pública.

A primeira audiência pública no âmbito do Executivo foi realizada no Ministério do Meio Ambiente, no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), em 1986, através de sua resolução n. 001, de 23 de janeiro de 1986. Em seu artigo 11, § 2º, dispõe: “promoverá a realização de audiência pública para a informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA” (CONAMA, 1986).

Sob a necessidade de dispor melhor a respeito da realização das audiências públicas, o órgão ambiental publicou no DOU de 5 de julho de 1990 a Resolução nº 9, de 3 de dezembro de 1987, que em seu artigo 1º aponta: “A Audiência Pública, referida na Resolução CONAMA nº 1/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito” (CONAMA, 1990). Quando de sua realização, determina o artigo 2º da mesma Resolução: “Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público,

ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública." (BRASIL, CONAMA, 1990).

Portanto, para o CONAMA, a audiência pública tem por finalidade elucidar dúvidas, expor aos interessados o conteúdo das discussões públicas e políticas, bem como receber críticas e sugestões da sociedade civil.

Outro importante diploma legal é a Lei Federal 8.666/93m que em seu artigo 39, *caput*, faz menção à obrigatoriedade das audiências públicas nas licitações de grande vulto.⁸ A razão de realização dessas ações, neste caso, é dar publicidade aos atos da administração pública e possibilitar o controle popular da legalidade e da conveniência da licitação. Na mesma linha, seu objetivo é também aplicar os princípios da publicidade e da moralidade da administração pública.⁹

Outro exemplo de regulação da matéria no Executivo é a Lei 9.784/99 que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que separou os artigos 32 a 35 de seu diploma para a realização de audiências públicas.¹⁰

Ainda no Executivo, tem-se o Estatuto da Cidade, que regulamenta diretrizes gerais para a política urbana em seus artigos 2º, XIII; 40, I, 43, II, e 44 da Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001.¹¹ Basicamente, quando da discussão e elaboração

⁸Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. (BRASIL, 1993).

⁹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988).

¹⁰Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada **audiência pública** para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de **organizações e associações** legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e **audiência pública** e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a **audiência** de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

¹¹ "Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

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

do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, os poderes legislativo e executivo deverão promover a realização de audiências públicas para fomentar os debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

A realização das audiências públicas, no caso de aprovação do plano diretor, é obrigatória. Esse entendimento é reafirmado em recente decisão judicial que consta nos autos nº 038.13.034040-2, do Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville que julgou que reuniões e deliberações internas no setor executivo não suprimem a necessidade da participação da sociedade civil com suas representações comunitárias no ato de elaboração de normas relativas ao desenvolvimento urbano.

Podem ser citados mais exemplos de leis que preveem realização de audiências públicas no âmbito do Executivo: por exemplo a Lei Federal nº 9.427, de 26/12/1996 (concessões de energia elétrica) que em seu artigo 4º, § 3º determina a realização de audiências públicas no processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos dos setores elétricos ou de consumidores.¹² Ou ainda, no mesmo sentido, a Lei Federal nº 9.478, de 1997 (agências reguladoras) que em seu artigo 19 dispõe a respeito da realização das audiências públicas que serão convocadas pela Agência Nacional de Petróleo.¹³

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

II – debates, audiências e consultas públicas;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (BRASIL, 2001).

¹²Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL. (BRASIL, 1996)

¹³ Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP. (BRASIL, 1997)

Como se pode ver, alguns procedimentos de realização das audiências públicas no âmbito do Poder Executivo são determinados por lei, mas parte deles fica a critério do órgão que as realiza.

2.1.2 As audiências públicas realizadas no âmbito do Legislativo

Por ser praticamente impossível tratar de toda a legislação concernente ao tema no âmbito de todos os Estados da Federação, este estudo se limitará a apresentar as normas regulamentadoras das audiências públicas que ocorrem no Congresso Nacional, tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados.¹⁴

O Legislativo Federal passou a ter a competência para a realização de audiências públicas com as entidades da sociedade civil a partir da Constituição da República de 1988, que as prevê expressamente no art. 58, § 2º, II.¹⁵

O Senado Federal, após a Constituição de 1988, adequou seu regimento interno, de 1970, e trouxe a possibilidade de realização de audiências públicas em seus artigos 90, 93, 94 e 95. Eles dispõem sobre: **a competência de sua realização**, que será das comissões em razão da matéria (temáticas); **a sua finalidade**, que constitui em auxiliar as comissões a instruir a matéria a ser estudada e a tratar de assuntos de interesse público relevante; **os legitimados para convocação**, que poderão ser a própria comissão ou entidades da sociedade civil; **o procedimento** que possibilita isonomia das partes opostas a se apresentarem; **o meio de manifestação**, que será por depoimentos escritos; e, por fim, a **documentação a ser apresentada nas audiências públicas**, que será lavrada à ata com registro dos pronunciamentos e dos documentos que a acompanham

¹⁴ Observe-se que cada Assembleia Legislativa dos estados da federação, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e também das câmaras dos vereadores podem realizar audiências públicas e regulamentar a respeito delas.

¹⁵ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil. (BRASIL, 1988).

(RAIS, 2012). Importante ressaltar ainda que o Senador participa da audiência e poderá interpelar o orador em até três minutos, com igual tempo para a resposta.¹⁶

Não diferentemente, adequando-se à nova ordem constitucional, a Câmara dos Deputados, através da Resolução nº 17 de 1989, aprovou a possibilidade de realização de audiências públicas.

Essa regulamentação da matéria por parte da Câmara dos Deputados não se fez de maneira condizente com a normatização do Senado Federal. O fato de as audiências públicas terem sido regulamentadas mediante regimento interno de ambas as casas mostra que essas ações são tratadas como questões de ordem interna, de maneira que tanto a Câmara quanto o Senado ajustaram o procedimento da maneira que melhor lhes conviesse.

A Câmara dos Deputados apresentou um capítulo exclusivo em seu regimento para dispor a respeito das audiências públicas.¹⁷ Assim, ele expõe: a

¹⁶ Art. 90. Às comissões compete:

II – realizar **audiências públicas com entidades da sociedade civil** (Const., art. 58, § 2º, II);

Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I – instruir matéria sob sua apreciação;

II – tratar de **assunto de interesse público relevante**.

§ 1º A audiência pública poderá ser realizada por **solicitação** de entidade da sociedade civil;

§ 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada **pode** deliberação da comissão.

Art. 94. **Os depoimentos serão prestados por escrito e de forma conclusiva**.

§ 1º Na hipótese de haver **defensores e opositores**, relativamente à matéria objeto de exame, a comissão procederá de forma que **possibilite a audiência de todas as partes interessadas**.

§ 2º Os membros da comissão poderão, terminada a leitura, interpelar o orador exclusivamente sobre a exposição lida, por prazo **never superior a três minutos**.

§ 3º O orador terá o mesmo prazo para responder a cada Senador, sendo-lhe vedado interpelar os membros da comissão.

Art. 95. Da reunião de audiência pública será lavrada ata, arquivando-se, no âmbito da comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, a requerimento de Senador, o traslado de peças. (RISF, 1970).

¹⁷ Capítulo III – DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser aparteado.

§ 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão.

competência para sua realização que é atribuída às comissões em razão da matéria; **a finalidade**, que constitui auxílio às comissões quanto a instruir a matéria legislativa em trâmite e a tratar de assuntos de interesse público relevante; **os legitimados para a convocação**, que poderão ser qualquer membro Câmara ou representantes de entidade interessada; **procedimento** que deverá ser igual para todas as partes; **a manifestação** será através da **oralidade** dos pronunciamentos, com o tempo de **20 minutos** para cada manifestação. Quanto à documentação, segue a mesma regra do Senado Federal, devendo ser juntada à ata de realização da audiência (RAIS, 2012).

2.1.3 As audiências públicas realizadas no âmbito do Judiciário

Conforme o exposto, no Executivo e no Legislativo, as audiências públicas passaram a ser realizadas ao longo das décadas de oitenta e noventa do século passado. Mas, no Judiciário, elas só começaram a ocorrer em 2007.

A iniciativa de realizar audiência pública no STF teve como objetivo possibilitar maior participação da sociedade civil no enfrentamento dos temas constitucionais, o que, pelo entendimento do relator da ADI 3510, Ministro Ayres Britto, iria aumentar a legitimidade da decisão a ser tomada pelo Plenário do Tribunal.

Os fundamentos para a realização das audiências públicas pelo Tribunal estavam contidos no artigo 9º, § 1º da Lei 9.868/99¹⁸ e no artigo 6º, § 1º da Lei 9.882/99.¹⁹ Ressalte-se, neste momento, de maneira ainda preliminar, pois o tema

§ 5º Os Deputados inscritos para interpellar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpellado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpellar qualquer dos presentes (RICD, 1989).

¹⁸ Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, **em audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

¹⁹ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

será desenvolvido mais à frente, que, à época da primeira audiência pública, o STF não possuía qualquer regulamentação normativa sobre o assunto, a não ser as duas leis acima referidas que dispunham sobre a possibilidade de realização dessas ações. Assim, o próprio Tribunal, utilizando de seu regimento interno, tomou a iniciativa de elaborar normas procedimentais regulamentadoras das audiências públicas que possibilitariam a participação de entidades da sociedade civil nos debates da Casa.

No ano de 2009, depois de realizar sua terceira audiência pública, o STF alterou seu regimento interno com a Emenda Regimental nº 29, que passou a trazer as hipóteses de cabimento das audiências bem como seu procedimento de realização.

O número de audiências públicas desde seu início até os dias de hoje foi crescente. E é diante do cenário de marcante atuação da atividade jurisdicional na contemporaneidade que a realização das audiências públicas no STF será estudada neste trabalho. É central para a pesquisa examinar os critérios atuais para a realização das audiências públicas no âmbito do Tribunal e verificar os fundamentos constitucionais a partir dos quais essas audiências são realizadas a fim de que se estabeleça a legitimidade das decisões tomadas. Por isso é que no próximo tópico passa-se a estudar as audiências públicas que ocorreram no interior do STF de 2007 até 2014, fazendo a separação daquelas que ocorreram antes e depois da emenda regimental nº 29/2009.

2.2 Os casos de realização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal

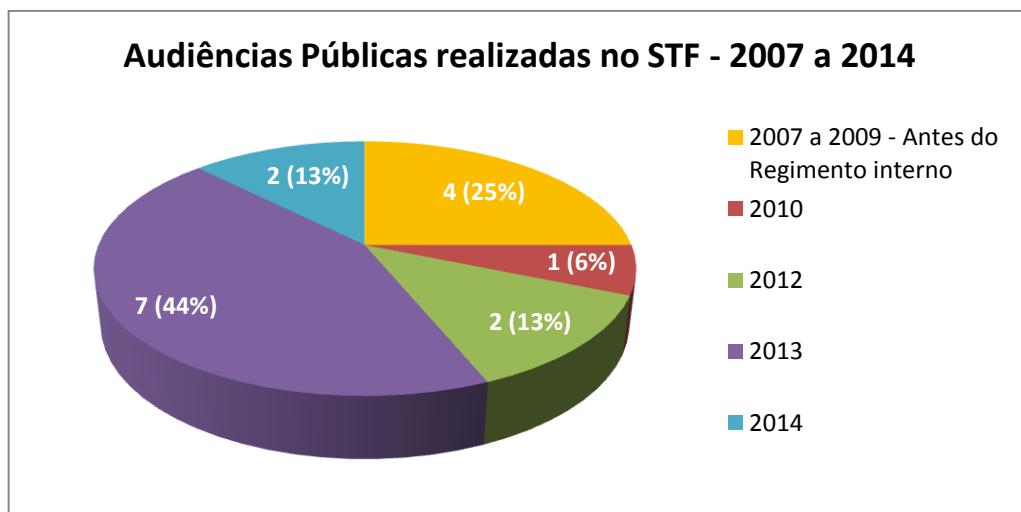
Observando-se os casos de jurisdição constitucional que exigem maior acuidade no ato de tomada de decisão pelo STF, percebeu-se que as audiências públicas podem ser legítimas ferramentas para a construção participativa das decisões judiciais.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, **em audiência pública**, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BBRASIL, 1999, grifo nosso).

Tal entendimento faz necessária a apresentação da origem das audiências públicas no STF, dos casos aos quais já foram aplicadas, de como ocorreram as provocações para sua realização, da forma de sua convocação, das modificações normativas no regimento interno, do método de seleção de seus participantes, da estipulação de sua duração e do texto normativo objeto de discussão no STF.

De 2007 até 2014 ocorreram, no total, 16 audiências públicas no STF, sendo que nove delas se deram entre 2012 e 2014, o que significa que, nos últimos dois anos, foram realizadas mais da metade de todas as audiências públicas efetivadas na instituição. Esse dado retrata um aumento significativo do uso das audiências públicas pelo STF para os casos de repercussão geral e interesse público relevante. O gráfico abaixo expõe esses dados.

GRÁFICO 1: Número de audiências públicas realizadas no STF entre os anos de 2007 e 2014



Fonte: Dados colhidos pelo autor

Como a data de coleta dos dados contidos no gráfico não ultrapassa o quinto mês do ano de 2014, a alta porcentagem de audiências ocorridas nos dois últimos anos poderá aumentar.

Das 16 audiências públicas realizadas, três ocorreram antes da emenda regimental nº 29/2009 do STF que dispõe a respeito do procedimento para sua realização. Duas já ocorreram no ano de 2014. Abaixo, apresentam-se todas as audiências realizadas com os respectivos temas e anos.

1 - Audiência pública sobre pesquisa de células-tronco embrionárias (ADI 3510) - 2007;

- 2 - Audiência pública sobre importação de pneus usados (ADPF 101) - 2008;
- 3 - Audiência pública sobre antecipação do parto de feto anencefálico (ADPF 54) - 2008;
- 4 - Audiência pública sobre judicialização do direito à saúde (SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355) - 2009;
- 5 - Audiência pública sobre políticas públicas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (ADPF 186 e RE 597.285) - 2010;
- 6 - Audiência pública sobre “Lei Seca – proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias” (ADI 4.103) - 2012;
- 7 - Audiência pública sobre proibição do uso de amianto (ADI 3.937) - 2012;
- 8 - Audiência pública sobre novo marco regulatório para TV por assinatura no Brasil (ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747) - 2012;
- 9 - Audiência pública sobre campo eletromagnético de linhas de Transmissão de Energia (RE 627.189) - 2013;
- 10 - Audiência pública sobre queimadas em canaviais (RE 586.224) - 2013;
- 11 - Audiência pública sobre regime prisional (RE 641.320) - 2013;
- 12 - Audiência pública sobre financiamento público de campanha eleitoral (ADI 4650) - 2013;
- 13 – Audiência pública: ADI 4815- arts. 20 e 21 da lei 10.406/2002 (Biografias não autorizadas) - 2013.
- 14 - Audiência pública: ADI 5.037 e ADI 5.035 que trata o programa “Mais Médicos” - 2013.
- 15 – Audiência pública que trata das alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil - 2014.²⁰

- 16 - Audiência pública que trata da internação hospitalar com diferença de classe no sus.

Deste ponto em diante do capítulo, serão trabalhados os dados necessários para a compreensão dos procedimentos adotados em todas as audiências públicas realizadas no STF.

²⁰ A extração de todos os dados referentes às audiências públicas ocorreu diretamente no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 31 de março de 2014.

Serão apresentados os dados de cada uma das audiências públicas, de forma a dar a conhecer o tema, a data de interposição da ação, as partes da ação, o relator, o requerente da audiência pública, o julgador do pedido, a data de deferimento, data de realização, duração da audiência, participantes, o tempo de participação de cada um deles e a decisão tomada à sua conclusão.

2.2.1 O estudo dos casos de audiências públicas no STF

1) O primeiro dos casos a ser estudado é a emblemática questão da ADI 3510 que discute a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) e julga a constitucionalidade da pesquisa de células-tronco embrionárias. Ele determina o momento de surgimento das audiências públicas no STF no ano de 2007. Na jurisdição brasileira, esse caso surge para discutir os limites da ciência, o momento de início da vida, proporcionando a abertura dos debates em âmbito institucional sobre questões legais relevantes à participação da sociedade civil via audiência pública.

Nesse julgado o STF abriu a oportunidade para que o debate público pudesse ser apresentado a partir também das entidades da sociedade civil, momento que marca e reforça a figura de uma possível jurisdição constitucional aberta. Ainda assim, neste caso específico, o fundamento utilizado para a abertura jurisdicional era tão somente ouvir e colher informações técnicas a respeito de assuntos que não são de domínio da Corte. Ou seja, o limite técnico do tema é que fez com que o STF pudesse realizar a audiência pública para convocar biólogos, médicos, juristas e entidades da sociedade civil a participarem dos autos.

As audiências públicas no STF não tinham regulamentação normativa no ato de sua primeira realização. Por isso, o Tribunal precisou lançar mão do regimento interno da Câmara dos Deputados, bem como do artigo 58, § 2º da CR/88²¹ e do artigo 9º, § 1º da Lei 9.868/99.²² Tal procedimento, de certa forma, provocou

²¹ O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º: às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (BRASIL, 1988).

²² Veja o que dispõe o artigo 9º da referida lei: art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

discussões sobre a validade normativa ou da natureza jurídica da regulamentação das audiências públicas, pois o fundamento do artigo 58, § 2º, II, CR/88 é para possibilitar a realização de audiências públicas pelas comissões parlamentares na oitiva das entidades da sociedade civil e não para uso do Judiciário.

Entre as inúmeras questões relevantes levadas ao Supremo Tribunal Federal, a do julgamento da Lei de Biossegurança, Lei 11.105 de 25 de março de 2005, mais precisamente do artigo 5º que teve sua constitucionalidade questionada pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fontes, foi das mais polêmicas.

A Lei de Biossegurança gerou muitas discussões e imediatamente provocou repúdio no seio de grupos sociais, sobretudo entre os religiosos, no que diz respeito à validade da pesquisa científica com células tronco embrionárias. Ela trouxe à tona também o debate sobre quando se inicia a vida humana.

Esse julgamento tem importância tanto pelo seu conteúdo específico e mérito quanto por propiciar a verificação do procedimento de julgamento da Suprema Corte no controle de constitucionalidade em que foi proposta a primeira audiência pública.

Mais uma vez, o Direito se defrontou com uma questão difícil. Ao cessar com a inércia do STF através da propositura do PGR de ADI no julgamento do artigo 5º da Lei 11.105/05, inaugurou-se uma nova etapa da perspectiva do processo constitucional. Como se sabe, o Procurador-Geral da República é um dos legitimados para a propositura de ADI, inscrito no rol taxativo do artigo 103, VI CR/88. Ele requisita sob o fundamento do § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.868/99, a realização de audiência pública. O artigo 5º da Lei 11.105/05, que foi objeto de controle de constitucionalidade no STF, a pedido do PGR, com solicitação de realização de audiência pública, dispõe:

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:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, **em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no **prazo de trinta dias**, contado da solicitação do relator. (BRASIL. 1999. Lei n° 9.868, de 10 de Novembro de 1999, grifo nosso).

I – sejam embriões inviáveis; ou
 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 no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, publicado no D.O.U. de 28.3.2005).

O PGR questiona a constitucionalidade do referido artigo por entender que ele viola o direito à vida, pois, segundo esse entendimento, os embriões já são vida e a pesquisa com eles iria contra o princípio da dignidade da pessoa humana. Para o entendimento do PGR, a vida inicia-se com a fecundação do espermatozoide masculino no óvulo feminino, pouco importando o processo de realização, se é natural, artificial ou *in vitro*. Para isso, utilizou como fundamento da ação, para refutar a validade normativa da referida lei, o artigo 5º, caput da CR/88, “a inviolabilidade do direito a vida”, bem como o artigo 1º, III, CR/88 que tem como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Para construir seu argumento, o PGR lança mão de pareceres de especialistas de diversas áreas da saúde como médicos, biólogos e peritos em sexualidade humana. Afirma ainda que a pesquisa com células-tronco adultas são bem mais promissoras que as embrionárias, não se fazendo necessária a utilização destas. Portanto, o início da vida para o PGR é com a fecundação, havendo a proteção constitucional quanto ao não experimento com a pessoa humana, mesmo que ainda em forma de embrião *in vitro*, como a lei 9.434/97 dispõe que deve haver a pesquisa.

Do outro lado, estão defensores das pesquisas científicas que entendem ser de suma importância os experimentos realizados com as células-tronco embrionárias. Segundo eles, essas células são de maior plasticidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos do corpo ou sistema humano, podendo regenerá-lo e constituí-lo novamente. Entendem os cientistas dessa linha que os embriões *in vitro* constituem vida, mas que estão em condições adversas para o seu desenvolvimento, pois necessitariam do útero materno e da contribuição do tempo para seu desenvolvimento. Não seria, portanto, considerado aborto a morte dessas células, uma vez que não estão no útero materno. Inclusive, afirmam

esses cientistas que as pesquisas já apontaram a capacidade de saber, já na fase embrionária, as características genéticas da pessoa, se será homem ou mulher, se haverá doenças genéticas, as tendências herdadas como o dom para a música, pintura e poesia, por exemplo, e que isso poderia contribuir muito para a cura de determinadas doenças e tratamentos terapêuticos para pacientes.

O Presidente da República defendeu a constitucionalidade do texto da referida lei com o pronunciamento do Advogado Geral da União (AGU). Ele afirmou a importância do respeito ao direito à saúde que deve ser também garantido pelo livre exercício da atividade científica. Para isso, o Presidente da República argumentou a favor da permissão da utilização de material embrionário em vias de ser descartado para a realização de pesquisas. Da mesma forma entendeu o Congresso Nacional ao pronunciar a respeito da constitucionalidade da referida lei.

Diante da complexa questão a decidir no ano de 2007, mais precisamente no dia 20 de abril, o Ministro Carlos Ayres Britto (relator), abriu as portas do STF para dialogar com cientistas por meio de audiência pública, visto ser o tema de suma importância para a sociedade brasileira e também dizer respeito a questões de efetividade de direitos fundamentais. Além do mais, abrange ramos do conhecimento como a filosofia, o direito, a religião, a ética, as ciências médicas e biológicas.

A audiência pública ouviu 22 participantes no total.²³ Eis um trecho da decisão interlocutória do STF:

1. Ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei **audiência pública** para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a ser pessoalmente ouvidos. 2. Pois bem, como fiz questão de realçar na decisão de fls. 448/449, “**a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte**”. Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99), não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental disposta sobre o procedimento a ser especificamente observado. 3. Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse

²³

Disponível

em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598204#57%20-%20Despacho%20-%2016/3/2007>. Acesso em: 06 de nov. de 2013.

parâmetro não é outro senão o **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD). Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus. Audiência coletiva, realce-se, prestigiada pela própria Constituição Federal em mais de uma passagem, como *verbi gratia*, o inciso II do § 2º do art. 58, cuja dicção é esta: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º. Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”. 4. Esse o quadro, fixo para o dia 20/04/2007, das 09h às 12h e das 15h às 19h, no auditório da 1ª Turma deste Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência pública já designada às fls. 448/449. Determino, ainda: (a) a expedição de ofício aos Excelentíssimos Ministros deste Supremo Tribunal Federal, convidando-os para participar da referida assentada; (b) a intimação do autor, dos requeridos e dos *amici curiae*, informando-lhes sobre o local, a data e o horário de realização da multicitada audiência; (c) a expedição de convites aos especialistas abaixo relacionados [...]. Publique-se” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, BRITTO, 2007, grifos nossos).

Nesta situação específica, a criação e inauguração das audiências públicas no STF teve como pressuposto notório constituir fundamentos que possibilitassem que o argumento técnico científico dirigisse e embasasse a decisão do STF ao apresentar fundamentos favoráveis ou não à constitucionalidade da Lei n. 11.105/05.

As audiências tiveram todos os atos abertos ao público e a lotação da casa ocorreu por ordem de chegada, mas, ainda assim, foi instalado um telão no auditório da segunda turma para aqueles que não conseguiram lugar no plenário. E pela importância da audiência pública, ela ainda foi televisionada pela TV Justiça.

Após o julgamento, o relator Ministro Carlos Ayres Britto afirmou: “a audiência foi um exercício da democracia direta, com a possibilidade do segmento organizado contribuir para a formatação do julgamento que repercutirá na vida da população” (BRASIL, STF, 2007). Os dados essenciais da referida audiência pública constam do quadro abaixo.²⁴

Quadro 1

1ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 3510- LEI 11. 105/2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA)	
Tema	Discute a Lei de Biossegurança e julga a constitucionalidade da pesquisa de células-tronco embrionárias.
Data da Interposição da	Interposta em 31 de maio de 2005 (data em que a ação foi distribuída).

²⁴ Os quadros de dados das audiências públicas são todos elaborados pelo autor, tendo como fonte de utilização o site do STF. www.stf.jus.br.

ação	
Partes da ação	Requerente: Procurador Geral da República- Dr. Cláudio Lemos Fonteles. Requeridos: Congresso Nacional e também o Presidente da República.
Relator	Ministro Carlos Ayres Britto.
Requerente da audiência pública	O Procurador-Geral da República, que é um dos legitimados para a propositura de ADI, inscrito rol taxativo do artigo 103, VI CR/88, requisita sob o fundamento do § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.868/99, a realização de audiência pública.
Julgador do pedido	Ministro Carlos Ayres Britto (relator).
Data do deferimento	16 de março de 2007.
Data da realização	20 de abril de 2007, no auditório da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.
Duração	Teve duração de um dia, das 09h às 12h e das 15h às 19h.
Participantes	22 participantes (no total), especialistas, contrários e favoráveis à utilização de embriões estocados em clínicas de fertilização humana – incluindo Procuradoria Geral da República; geneticistas e representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Presidência da República.
Decisão	Considerou constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), por 6 votos a 5, permitindo, assim, a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro.

Fonte: Elaborado pelo autor.

2) A ADPF 101, proposta pelo Presidente da República, discutiu a **importação de pneus usados**. Nessa ação foi pedida a nulidade das decisões que autorizavam a importação de pneus usados sob a alegação de que tal atividade feriria o artigo 225 da Constituição, que garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Houve a convocação de audiência pública com o intuito de ouvir especialistas no tema e subsidiar o julgamento da ação em análise.²⁵

Quadro 2

2ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADPF 101 (IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS)	
Tema	Discute a respeito da importação de pneus usados , pedindo a nulidade das decisões que autorizavam a importação de pneus usados, em virtude da possibilidade de ferir o artigo 225 da Constituição que garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

²⁵ Os dados foram retirados do site do próprio STF. Estão disponíveis em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N Acesso em: 23 de set. de 2013.

Data da Interposição da ação	Interposta em 25 de setembro de 2006 (data em que a ação foi distribuída).
Partes da ação	Arguente: Presidente da República- Luiz Inácio Lula da Silva. Arguidos: Presidente do STF; TRFs das 2 ^a , 3 ^a , 4 ^a e 5 ^a região; Juízes Federais das 2 ^a , 3 ^a , 5 ^a , 7 ^a , 8 ^a , 11 ^a , 14 ^a , 15 ^a , 16 ^a , 17 ^a , 18 ^a , 20 ^a , 22 ^a , 24 ^a , 28 ^a e 29 ^a Varas Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; Juiz Federal da 4 ^a Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; Juiz Federal da 3 ^a Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo; Juiz Federal da 12 ^a Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais; Juízes Federais das 2 ^a , 4 ^a , 6 ^a e 7 ^a Varas Federais da Seção Judiciária do Paraná; Juiz Federal da 5 ^a Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará; Juiz Federal da Vara Federal Ambiental de Curitiba.
Relator	Ministro Marco Aurélio Mello.
Requerente da audiência pública	Em um primeiro momento foi solicitada pelo Procurador Geral da República, mais a convocação foi do Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF.
Julgador do pedido	Ministro Marco Aurélio Mello (relator).
Data do deferimento	09 de junho de 2008.
Data da realização	27 de junho de 2008.
Duração	Teve a duração de um dia.
Participantes	11 participantes, sendo especialistas, contrários e favoráveis à importação de pneus usados, e entidades afins ao tema.
Decisão	Decidiu pela constitucionalidade da legislação que proíbe a importação de pneus. Por oito votos a um, os ministros declararam que as leis que disciplinam o assunto estão de acordo com a Constituição Federal e devem ser cumpridas. E que a importação de pneus usados afronta os princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Fonte: Elaborado pelo autor

3) O terceiro caso de audiência pública foi o julgamento da ADPF 54 que disciplinou a respeito da **antecipação do parto em caso de feto anencefálico**, ação que foi distribuída em 17.06.2004.²⁶ Dada a relevância do tema, foi convocada audiência pública com o intuito de colher elementos subsidiários para seu julgamento.²⁷

²⁶ Os dados foram retirados do site do STF. Estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 20 de set. de 2013.

²⁷ Os dados foram retirados do site do STF. Estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada> Acesso em 20 de set. de 2013.

Quadro 3

3ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADPF 54- ANTECIPAÇÃO DO PARTO EM CASO DE FETO ANENCEFÁLICO	
Tema	Disciplina a respeito da antecipação do parto em caso de feto anencefálico , discutindo não criminalização do aborto em caso de feto com anencefalia.
Data da Interposição da ação	Interposta em 17 de junho de 2014 (data em que a ação foi distribuída).
Partes da ação	Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil. Arguido: Presidente da República. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União.
Relator	Ministro Marco Aurélio Mello
Requerente da audiência pública	O relator do processo requereu a audiência pública, mas há registros de solicitação do procedimento por parte do Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.
Julgador do pedido	Ministro Marco Aurélio Mello (relator).
Data do deferimento	31 de julho de 2008.
Data da realização	26 e 28 de agosto; 04 e 16 de setembro de 2008.
Duração	Quatro dias.
Participantes	25 participantes, sendo 15 convidados, 06 indicados e 4 habilitados, sendo composta por especialistas contrários e favoráveis à antecipação do parto de feto anencefálico, entidades de cunho religioso, científico, social, e associações de profissionais da área da saúde.
Decisão	Por 8 votos a 2, os Ministros entenderam que não é crime interromper a gravidez de fetos anencefálicos, permitindo, assim, a antecipação do parto em tais situações.

Fonte: Elaborado pelo autor

Observe-se que essas três primeiras audiências públicas realizadas no STF ocorreram antes da emenda regimental 29 de 2009 da instituição. Esta estabelece procedimentos específicos para a realização dessas ações, conforme conteúdo abaixo indicado:

Art. 1º O art. 13 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX:

“Art. 13.

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com **repercussão geral e de interesse público relevante**, debatidas no âmbito do Tribunal.

XVIII – decidir, **de forma irrecorrível**, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência.

XIX – praticar os demais atos previstos na lei e no Regimento.”

Art. 2º O art. 21 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX:

“Art. 21.

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. XIX – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento.”

Art. 3º Ficam acrescidos ao art. 154 do Regimento Interno o inciso III e o parágrafo único:

“Art. 154.

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II - havendo **defensores e opositores** relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – **caberá** ao Ministro que presidir a audiência pública **selecionar as pessoas que serão ouvidas**, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.”

Art. 4º Fica acrescido ao art. 363 do Regimento Interno o inciso III:

“Art. 363.

III – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que trata o art. 13, XVII, deste Regimento.”

Art. 5º Esta Emenda Regimental entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, REGIMENTO INTERNO, 1980, grifos nossos).²⁸

A emenda regimental foi editada pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes. Ela estabelece procedimentos mínimos para a realização das audiências públicas. Ressaltem-se aqui os grifos realizados na citação acima, **que se referem**: à possibilidade de convocação de audiência pública quando o ministro entender necessário para esclarecimento de questões que tenham **repercussão geral e**

²⁸ Consulta realizada a partir do link disponível pelo site do Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf Acesso em: 20/09/2013.

interesse público relevante;²⁹ à decisão **irrecorrível** a respeito da participação de terceiros nas audiências públicas;³⁰ à garantia de **participação das diversas correntes de opinião;**³¹ à **seleção dos participantes** que serão escolhidos pelo Ministro que presidir a audiência pública.³²

Com o advento dessa emenda 29/09 RISTF, o Tribunal estabeleceu seus próprios procedimentos de realização das audiências públicas. É importante frisar que a emenda somente foi editada em virtude da grande aceitação que as audiências públicas tiveram no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, por parte dos ministros do STF.

A convocação não se confunde com a solicitação. Aquela pode ser realizada pelo Ministro Presidente do STF ou pelo Ministro relator da ação. Nos dois casos, ela ocorrerá por meio de despacho e tem de haver pertinência com os temas que a corte esteja discutindo, ou, usando o próprio termo do RISTF, com as questões *“debatidas no âmbito do Tribunal”*.

Importante ressaltar ainda que o próprio Tribunal fez questão de estabelecer critério de admissibilidade da audiência pública, que poderá ser solicitada por qualquer interessado. Portanto, a solicitação deve mostrar o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com *repercussão geral* e *interesse público relevante* que possibilite a convocação de audiência pública.

Embora a lei estabeleça o prazo de 30 dias após a convocação da audiência para sua realização, a emenda regimental 29, que também se refere a prazos, não indica seu tempo de realização de forma predeterminada. Os ministros optaram pela flexibilidade de prazo entre a convocação e realização da audiência, mas observe-se que os prazos são sempre curtos e as realizações das audiências ocorrem em poucos dias.

Outro dado fundamental é o prazo para inscrição nas audiências públicas que o regimento interno do STF não fixou, deixando a cargo do ministro as suas convocações e as condições para que ocorram. O tempo de pronunciamento dos

²⁹ Salta aos olhos a generalidade dos dois termos, *repercussão geral* e *interesse público relevante*, que não têm nenhum parâmetro objetivável para a definição da necessidade de realização das audiências públicas.

³⁰ Observe-se que tal decisão viola diretamente o direito constitucional ao recurso, garantido pelo devido processo constitucional.

³¹ Note-se que o regimento incentiva a oposição de razões; daí, garantir o devido processo constitucional, convenha-se, há um grande caminho a ser percorrido.

³² O procedimento de seleção dos participantes pelo ministro presidente é discricionário, devendo ele divulgar a lista de habilitados a participar da audiência pública no site do STF.

habilitados nas audiências públicas diminuiu com o advento da emenda regimental 29/09. As três audiências realizadas anteriormente à sua edição determinaram o tempo de 20 minutos para os participantes se pronunciarem. Após a emenda 29 do RISTF, esse tempo passou para 15 minutos.

Basicamente, os ministros determinam o período de inscrição, endereço para submissão das informações técnicas e documentais do participante, data de divulgação dos habilitados, bem como a solicitação de convites para outros participantes. Os participantes a serem habilitados devem indicar o representante e os pontos que irão fundamentar previamente a realização das audiências públicas. Em regra, faz-se essa comunicação através de e-mail, disponibilizado no site do Tribunal.

É fundamental lembrar que a emenda não disciplinou a respeito de quais seriam as ações ou classes processuais cabíveis de realização de audiências públicas, se seria somente no controle de constitucionalidade abstrato (ADI, ADC e ADPF) ou também seria cabível em casos de controle de constitucionalidade concreto.

Em suma, as alterações realizadas na emenda 29/09 do STF geraram essas alterações procedimentais. O que se pode ver, mesmo que brevemente, é que não houve qualquer preocupação com as restrições processuais constitucionais ou com as questões dialógicas no âmbito das audiências públicas.

Feitas essas observações, é preciso voltar à apreciação das audiências públicas que, a partir de 2009, foram realizadas no STF, já sob o novo regimento interno da instituição.

4) O quarto caso foi o **julgamento de liminares, tutelas antecipadas e bem como suspensão de segurança**. Trata dos processos SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355, de julgamentos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização

de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros). Seguem os dados da audiência pública convocada.³³

Quadro 4

4ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE (SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355).	
Tema	Tratou-se de audiência pública solicitada para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Julgamento de liminares, tutelas antecipadas bem como suspensão de segurança.
Data da Interposição da ação	As ações foram interpostas nos anos de 2007 e 2008.
Partes da ação	Trata-se de julgamento de liminares, tutelas antecipadas bem como suspensão de segurança, em vários processos apreciados pelo STF.
Relator	Ministro Gilmar Mendes (presidente à época).
Requerente da audiência pública	O Presidente do Supremo Tribunal Federal, que à época era o Ministro Gilmar Mendes.
Data da convocação	05 de março de 2009.
Data da realização	27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.
Duração	Teve a duração de seis dias, com a duração de 3 horas diárias.
Participantes	Ouviram-se 49 participantes, sendo 12 convidados, 02 representantes do Ministério da Saúde, 34 habilitados e mais um representante da Defensoria Pública.
Decisão	Ao julgar o caso, o STF decidiu contrariamente às pretensões das autoridades do setor de saúde, para permitir que as instâncias inferiores do Poder Judiciário possam continuar concedendo liminares para obrigar o poder público a fornecer medicamentos que não constam da lista do SUS. Mas, para evitar abusos, a Corte enfatizou que, quem recorrer à Justiça, terá de demonstrar a "ineficácia ou impropriedade" dos remédios

³³

Disponível

em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacao2.pdf. Acesso em: 04 de out. de 2013.

	fornecidos pelo SUS. Fonte: Elaborado pelo autor
--	---

5) ADPF 186 e RE 597.285RS que tratou a respeito **das políticas afirmativas de cotas para ingresso no Ensino Superior** e tiveram como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que convocou a audiência pública.³⁴

Quadro 5

5ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADPF 186 E RE 597.285RS (AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE COTAS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR)	
Tema	Discute a respeito das políticas afirmativas de cotas para ingresso no Ensino Superior , visando subsidiar o julgamento de processos acerca da instituição de sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, e para estudantes oriundos do ensino público.
Data da Interposição da ação	ADPF interposta em 20 de julho de 2009.
Partes da ação	Arguente ADPF: DEM (partido político); e arguido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, Reitor da Universidade de Brasília, Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB, UNB. Recorrente em RE: pessoa física, e teve como recorrente a UFRS.
Relator	Ministro Ricardo Lewandowski.
Requerente da audiência pública	Ministro relator Ricardo Lewandowski.
Data do deferimento	Convocada em 09 de setembro de 2009.
Data realização	Realizada nos dias 03,04 e 05 de março de 2010.
Duração	Teve duração de três dias consecutivos.
Participantes	Ocorreu com a oitiva de 44 participantes, compondo-se de 08 convidados e 36 habilitados, incluindo representantes do poder executivo, o Advogado Geral da União, representante do Conselho Federal da OAB, professores universitários, entidades relacionadas com questões étnico-raciais, e especialistas

³⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 04 de out de 2013.

	contrários e favoráveis ao tema debatido.
Decisão	Considerou constitucionais programas de ações afirmativas de instituição de cotas étnico-raciais para acesso ao ensino público superior. Discorreu-se sobre o papel integrador da universidade e os benefícios das ações afirmativas, que atingiriam não apenas o estudante que ingressara no sistema por intermédio das reservas de vagas, como também todo o meio acadêmico, dando-se oportunidade de conviver com o diferente. Acrescentou-se que esse ambiente seria ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea. Examinou-se, também, a adequação dos instrumentos utilizados para a efetivação das políticas de ação afirmativa com a Constituição. Por sua vez, no que toca à reserva de vagas ou ao estabelecimento de cotas, entendeu-se que a primeira não seria estranha à Constituição, nos termos do art. 37, VIII. Afirmou-se, de igual maneira, que as políticas de ação afirmativa não configurariam meras concessões do Estado, mas deveres extraídos dos princípios constitucionais. Assim, as cotas encontrariam amparo na Constituição.

Fonte: Elaborado pelo autor

6) A sexta audiência pública realizada no STF ocorreu na discussão da **proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias**. Foi convocada pelo Ministro Luiz Fux para subsidiar o julgamento de ADI que discute a constitucionalidade da Lei nº 11.705.³⁵

Quadro 6

6ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 4.103 (LEI 11.705/2008 - PROIBIÇÃO DA VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NAS PROXIMIDADES DAS RODOVIAS)	
Tema	Trata da constitucionalidade da Lei nº 11.705/2008, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira de rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.
Data da Interposição da ação	Interposta em 04 de julho de 2008.
Partes da ação	Requerente: Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento- ABRASEL NACIONAL. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.
Relator	Ministro Luiz Fux.
Requerente da	O Ministro Luiz Fux convocou a realização de audiência pública.

35

Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaAdin4103/anexo/Habilitados_Audiencia_Publica_.pdf. Acesso em: 04 de out. de 2013.

audiência pública	
Data do deferimento	Convocada em 01 de dezembro de 2011.
Data da realização	07 e 14 de maio de 2012.
Duração	Dois dias.
Participantes	Teve a oitiva no dia 07 de maio de 2012 de 13 participantes, e no dia 14 de maio de 2012 de 17 participantes, sendo parte deles contrária e parte favorável à constitucionalidade da lei sob exame. O número de habilitados foi diferente do número de participantes. Possivelmente, ocorreu a abertura de mais manifestações do que as anteriormente definidas. ³⁶
Decisão	Até a data de 26/03/2014, não havia sido proferida decisão no caso sob exame.

Fonte: Elaborado pelo autor

7) Sob o fundamento da ADI 3.937 que impugna a Lei 12.684/2007, ocorreu audiência pública convocada pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello. Basicamente, essa ADI julgou a **proibição** de utilização de produtos materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de **amianto**. Interessante ressaltar aqui que o Ministro utilizou, como fundamento da convocação da audiência pública, a Lei 9.868/99, artigo 9º, parágrafo 2º, não fazendo sequer menção ao regimento interno e à emenda regimental.³⁷

Quadro 7

7ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 3.937- LEI 12.684/2007 (PROIBIÇÃO DO USO DE AMIANTO)	
Tema	ADI impugna a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto em sua composição.
Data da Interposição da ação	Interposta em 06 de agosto de 2007.
Partes da ação	Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.
Relator	Ministro Marco Aurélio Mello

³⁶ Outra questão que surge neste estudo é o número de participantes possíveis nas audiências públicas e a quantidade de dias necessários para sua realização. Não há uma normatização a respeito disso.

³⁷ Disponível em: <a href="http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2377583&ad=s#99%20-%20Decis%30%20monocr%1tica. Acesso em: 04 de out. de 2013.

Requerente da audiência pública	Fora convocada pelo Ministro Relator Marco Aurélio. Interessante ressaltar aqui que o Ministro utiliza como fundamento da convocação da audiência pública a Lei 9868/99, artigo 9º, parágrafo 2º, não fazendo menção ao regimento interno e à emenda regimental.
Data do deferimento	Convocada em 4 de maio de 2011.
Data da realização	24 e 31 de agosto de 2012.
Duração	Foram dois dias de oitiva.
Participantes	Teve a oitiva de 35 participantes, sendo cientistas, representantes da indústria, do governo e de entidades de apoio aos trabalhadores expostos ao amianto, com 20 minutos de explanação para cada participante. ³⁸
Decisão	Até a data de 26/03/2014, não havia sido proferida decisão referente à ADI.

Fonte: Elaborado pelo autor

8) O novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil foi apreciado na ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747 e também contou com a realização de audiência pública, convocada pelo Ministro Luiz Fux, para subsidiar o julgamento de processos que impugnam dispositivos da Lei n. 12.485/2011.³⁹ No Quadro 8, relacionam-se os dados fundamentais da referida audiência pública:

Quadro 8

8ª AUDIÊNCIA PÚBLICA:ADI 4.679, ADI 4.756 E ADI 4.747- LEI 12.485/2011 (NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA A TV POR ASSINATURA NO BRASIL)	
Tema	Trata-se de impugnação de dispositivos da Lei 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.
Data da Interposição da ação	ADI 4.679- Autuada em 18 de novembro de 2011. ADI 4.756- Autuada em 09 de abril de 2012. ADI 4.747-
Partes da ação	Requerente da ADI 4.679: Partido Democrata - DEM. Requerente ADI 4.756- Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA). Requerente ADI 4.747- Associação NEO TV. Requeridos de todas as ADIs: Presidente da República e Congresso Nacional.

³⁸ Além de não utilizar o regimento interno para a convocação das audiências públicas, o Ministro Marco Aurélio estipulou tempo diferenciado para os participantes dessa audiência, contrariando o que foi anteriormente estabelecido no regimento interno. Verifica-se que a ausência de normatização possibilita tratamentos diferenciados na realização das audiências públicas. **Questiona-se:** como não convocou pela emenda e ainda assim pode realizar a audiência pública em outro formato?

³⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TVporAssinaturaHabilitados.pdf>. Acesso em: 04 de out. de 2013.

Relator	Ministro Luiz Fux.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Luiz Fux.
Data do deferimento	Deferida em 19 de outubro de 2012.
Data da realização	18 e 25 de fevereiro de 2013
Duração	Foram dois dias de oitivas.
Participantes	Houve 32 habilitados para participar do procedimento, que contou com a participação de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil para esclarecer questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado de TV por assinatura.
Decisão	Até a data de 26/03/14 não fora proferida decisão no referido caso.

Fonte: Elaborado pelo autor

9) O Recurso Extraordinário 627.189 dispõe sobre as consequências da radiação eletromagnética para a saúde e os efeitos da redução do campo eletromagnético sobre o fornecimento de energia. Foi interposto pela Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A, contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que, com base no princípio da precaução, determinou a redução do **campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica** localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos. Em razão da alegação do potencial cancerígeno da radiação produzida pelas linhas de transmissão, determinou-se a convocação de audiência pública pelo ministro Dias Toffoli, sob o fundamento de haver repercussão geral.⁴⁰

Quadro 9

9ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.189 (CAMPO ELETROMAGNÉTICO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA)	
Tema	Trata o Recurso Extraordinário 627.189 das consequências da radiação eletromagnética para a saúde e dos efeitos da redução do campo eletromagnético sobre o fornecimento de energia. O RE é contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que, com base no princípio da precaução, determinou a redução do

40

Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/CronogramaCampoEletromagnetico.pdf>.
Acesso em: 04 de out. de 2013.

	campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de alegado potencial cancerígeno da radiação produzida.
Data da Interposição do recurso	Autuado em 09 de julho de 2010.
Partes	Recorrente: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Recorridos: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outros. Recurso à decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).
Relator	Ministro Dias Toffoli.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo ministro Dias Toffoli sob a fundamentação de repercussão geral reconhecida.
Data do deferimento	Convocada em 21 de setembro de 2012.
Data da realização	06, 07 e 08 de março de 2013.
Duração	Foram três dias de oitiva.
Participantes	Como habilitados e inscritos, houve 21 participantes, sendo empresas e órgãos públicos ligados ao setor energético, entidades da sociedade civil e autoridades da área médica e ambiental.
Decisão	Até a data de 26/03/2014, não havia sido proferida decisão no caso sob exame.

Fonte: Elaborado pelo autor

10) O décimo caso aqui apresentado trata de audiência pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, sob o fundamento de repercussão geral do RE 586.224, em que se disciplina a respeito da controvérsia sobre os impactos socioambientais da **queima de palha da cana-de-açúcar**. Abaixo, os dados referentes ao procedimento:⁴¹

Quadro 10

10ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586.224 (QUEIMADAS EM CANAVIAIS)	
Tema	Trata o Recurso Extraordinário 586.224 da queima de palha da cana-de-açúcar .
Data da Interposição do	Autuado em 09 de maio de 2008.

⁴¹ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf. Acesso em 06 de out de 2013.

recurso	
Partes	Recorrente: Sindicato da Indústria da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo – SIFAESP. Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia.
Relator	Ministro Luiz Fux.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Luiz Fux, sob o fundamento de repercussão geral de RE 586.
Data do deferimento	Convocada em 19 de dezembro de 2012.
Data da realização	22 de abril de 2013.
Duração	Um dia de oitiva.
Participantes	Houve 26 participantes, com representantes dos setores envolvidos e autoridades relacionadas à temática.
Decisão	Até a data de 26/03/2014, não fora proferida decisão no caso sob exame.

Fonte: Elaborado pelo autor

11) O Recurso Extraordinário 641.320 com repercussão geral, que discute a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação, teve audiência pública convocada pelo Ministro relator Gilmar Mendes. Ele disciplina basicamente sobre o **regime prisional**.⁴²

Quadro 11

11ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320 (REGIME PRISIONAL)	
Tema	Trata o Recurso Extraordinário Recurso extraordinário 641.320 da discussão de possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação.
Data da Interposição do recurso	Autuado em 13 de maio de 2011.
Partes	Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS que deferiu parcialmente provimento à apelação que fixa a prisão domiciliar de apenado <i>"enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da LEP"</i> .
Relator	Ministro Gilmar Mendes.
Requerente da audiência	A convocação ocorreu pelo Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 641320, com

⁴²

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioRegimePrisional.pdf>. Acesso em: 04. de out. 2013.

pública	repercussão geral reconhecida.
Data do deferimento	Convocada em 25 de fevereiro de 2013.
Data da realização	27 e 28 de maio de 2013.
Duração	Foi realizada em dois dias, em dois turnos, 27 e 28 de maio de 2013, das 9 às 12h e das 14 às 17h no primeiro dia e das 9 às 12h no segundo dia.
Participantes	Ocorreu a oitiva no dia 27 de maio, nos dois turnos, de 23 participantes de todo o Brasil. No dia 28, foram ouvidos 10 participantes somente no turno da manhã. Participaram juízes, promotores, defensores públicos, advogados, secretários de Segurança Pública, representantes do Ministério da Justiça, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Nacional de Justiça, entre outros especialistas.
Decisão	Até a data de 26/03/2014, não fora proferida decisão no caso sob exame (autos conclusos ao relator em 14/02/2014).

Fonte: Elaborado pelo autor

12) Nos dias 17 e 24 de junho do ano de 2013, foi designada audiência pública pelo Ministro Relator Luiz Fux para discutir o **financiamento público de campanha** sob o fundamento da ADI 4650. Foi convocada a audiência pública para debater questões relevantes acerca do ponto de vista econômico, social, político, cultural concernentes ao financiamento público de campanha.⁴³

Quadro 12

12ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 4650- FINANCIAMENTOS DE CAMPANHAS ELEITORAIS	
Tema	Trata-se de ADI para discutir o sistema vigente de financiamento de campanhas eleitorais.
Data da Interposição da ação	Autuada em 05 de setembro de 2011.
Partes	Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.
Relator	Ministro Luiz Fux.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Luiz Fux, para debater pontos relevantes acerca do ponto de vista econômico, social, político, cultural concernentes ao financiamento público de campanha.
Data do	Convocada em 26 de março de 2013.

⁴³

Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>. Acesso em: 04 de out. de 2013.

deferimento	
Data da realização	17 e 24 de junho de 2013.
Duração	Foi realizada em dois dias, 17 e 24 de junho, a partir das 14h.
Participantes	Foram ouvidos 36 participantes habilitados para manifestarem na audiência pública, 18 em cada dia, sendo eles especialistas da política, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil. Cada expositor teve o tempo de 15 minutos para expor seus fundamentos.
Decisão	Até a data de 26/03/2014 não houve decisão proferida a respeito da ADI em questão. O julgamento encontra-se suspenso, não tendo sido proferida decisão no caso em comento até a data de 26/03/2014.

Fonte: Elaborado pelo autor

13) Ainda no ano de 2013, ocorreu a convocação de audiência pública, em referência à ADI 4.815, que trata das biografias não autorizadas, questionando-se a constitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados.⁴⁴

Quadro 13

13ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 4815- ARTS. 20 E 21 DA LEI 10.406/2002 (BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS)	
Tema	Trata-se de ADI para discutir a declaração de constitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados.
Data da Interposição da ação	Fora autuada em 05 de julho de 2012.
Partes	Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.
Relator	Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pela Ministra Cármem Lúcia. Antunes Rocha
Data do deferimento	Deferida em 11 de outubro de 2013.
Data da	21 e 22 de novembro de 2013.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 19 de março de 2014.

realização	
Duração	Foram realizados dois dias consecutivos de oitivas, a partir das 9h, com encerramento às 13:45.
Participantes	Foram habilitados 17 participantes, entre editores, escritores, parlamentares e representantes de entidades como Academia Brasileira de Letras, Ministério da Cultura, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Comissão de Direito Autoral da OAB/SP, tendo cada qual, 15 minutos para sua exposição.
Decisão	Até a data de 26/03/2014 não havia sido proferida decisão no caso ora examinado.

Fonte: Elaborado pelo autor

14) Tem-se, ainda em 2013, a audiência pública convocada para subsidiar o julgamento da constitucionalidade do programa “Mais Médicos”, ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035. Seus dados constam do Quadro abaixo: ⁴⁵

Quadro 14

14ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 5.037 e ADI 5.035- PROGRAMA “MAIS MÉDICOS”	
Tema	Trata-se das ADI 5.035 e 5.037 para discutir a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado "Programa Mais Médicos".
Data da Interposição da ação	Ambas foram protocoladas em 23 de agosto de 2013.
Partes	Requerente: ADI nº 5.037, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados - CNTU, e a ADI nº 5.035, proposta pela Associação Médica Brasileira - AMBR. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.
Relator	Ministro Marco Aurélio Mello
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Marco Aurélio Mello.
Data do deferimento	Deferida em 02 de outubro de 2013.
Data da realização	25 e 26 de novembro de 2013.
Duração	Foram realizados dois dias consecutivos de oitivas, sendo, no dia 25, das 9h às 18h; a 26 de novembro, das 9h às 12h40.
Participantes	Foram ouvidos 24 expositores, entre representantes de entidades do governo, do Ministério Público e da sociedade civil.

⁴⁵

Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf>.
Acesso em: 06 de out. de 2013.

Decisão	Até a data de 26/03/2014 não havia sido proferida decisão no caso ora examinado.
----------------	--

Fonte: Elaborado pelo autor

15) Já no ano de 2014, em 17 de março, realizou-se audiência pública para subsidiar o julgamento das ADI 5.062 e 5.065, que dizem respeito às alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, questionando dispositivos da Lei nº 12.853/2013, que alterou o marco regulatório anterior (Lei nº 9.610/98).⁴⁶

Quadro 15

15ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: ADI 5.062 e ADI 5.065- LEI 12.853/2013 (ALTERAÇÕES NO MARCO REGULATÓRIO DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL)	
Tema	Trata-se das ADI 5.062 e 5.065 para discutir a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.853/2013, que alterou o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (Lei nº 9.610/98).
Data da Interposição da ação	A ADI 5.062 foi protocolada em 04/11/2013 e a ADI 5.065 foi protocolada em 11/11/2013.
Partes	Requerente: ADI nº 5.062, proposta pela ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes e outros. ADI nº 5.065, proposta pela União Brasileiras de Compositores- UBC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.
Relator	Ministro Luiz Fux.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Luiz Fux (relator).
Data do deferimento	Convocada em 17 de dezembro de 2013.
Data da realização	17 de março de 2014.
Duração	Foi realizado um dia de oitiva, iniciada às 14:00 e finalizada às 19:00, aproximadamente.
Participantes	Foram ouvidos 24 expositores; cada um teve dez minutos para sustentar seu ponto de vista, viabilizada a juntada de memoriais. Dentre os participantes, destacam-se titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil com pertinência temática. Destinou-se a

⁴⁶ Informações colhidas no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ECAD.pdf>
Acesso em 26 de março de 2014, e http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/CRONOGRAMA_AUDIENCIA_PUBLICA.pdf Acesso em 26 de março de 2014.

	esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais, sobretudo à luz da experiência internacional sobre a matéria.
Decisão	Até a data de 26/03/2014 não havia sido proferida decisão no caso em exame.

Fonte: Elaborado pelo autor

16) Torna-se importante ainda mencionar a audiência pública convocada pelo Ministro Dias Toffoli, ainda a ser realizada, que discute acerca da internação hospitalar com diferença de classe, no SUS, tendo a previsão de sua realização para o dia 26/05/2014.⁴⁷

Quadro 16

16ª AUDIÊNCIA PÚBLICA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581488 (INTERNAÇÃO HOSPITALAR COM DIFERENÇA DE CLASSE NO SUS)	
Tema	Trata-se de Recurso Extraordinário 581.488, repercussão geral reconhecida, contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação e manteve a sentença de improcedência da ação civil pública, cujo objetivo era permitir a prática denominada de “diferença de classe” no SUS, prática que consiste na melhoria do tipo de acomodação recebida por paciente internado pelo SUS e a contratação pelo usuário de profissional de sua preferência, mediante o pagamento da diferença respectiva.
Data da Interposição da ação	O RE foi interposto no dia 17/03/2008.
Partes	Recorrente: Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. Recorridos: União, Município de Canelas - RS, Estado do Rio Grande do Sul.
Relator	Ministro Dias Toffoli.
Requerente da audiência pública	A convocação ocorreu pelo Ministro Dias Toffoli (relator).
Data do deferimento	Convocada em 20 de março de 2014.
Data da realização	26 DE MAIO DE 2014.
Duração	Cada expositor terá 15 minutos para se pronunciar, permitindo-se a juntada de memoriais, de acordo com o despacho convocatório da audiência pública.
Participantes	Foram convocados especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil, visando obter informações técnicas,

⁴⁷ Os dados obtidos da referida audiência pública estão disponíveis no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>> Acesso em 31 de março de 2014.

	administrativas, políticas, econômicas e jurídicas acerca da questão debatida. Dentre a relação de convidados são: Excelentíssimos Senhores Ministros do Supremo Tribunal, Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional, Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, Partes do RE nº 581.488, Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS), Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), Conselho Federal de Medicina (CFM), Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS).
Decisão	O caso ainda será apreciado pelo STF

Fonte: Elaborado pelo autor

2.3 Considerações a respeito da prática de realização das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal

No estudo dos casos de realização das audiências públicas no STF, observou-se que os critérios de sua realização estão imbuídos de atos discricionários. O STF realiza as audiências públicas sob o fundamento de que são ótimas ferramentas para dar “voz ativa” à sociedade civil, aumentando, dessa forma, a legitimidade da instituição e dos seus atos decisórios nas questões mais polêmicas que julga.

Embora seja louvável a prática de realização de audiências públicas no Judiciário, é preciso verificar se, nessas ações, estão sendo cumpridos os critérios básicos de legitimidade e representação da instituição pública, assim como se os procedimentos para sua realização passam pelo crivo social de aceitação normativa e coadunam-se com a Constituição da República.

A partir da análise dos dados contidos nos quadros apresentados, bem como das normas que disciplinam a respeito das audiências públicas no Tribunal, viu-se que elas ocorrem sem a atenção devida para o ato de construção participada da decisão para com a sociedade civil.

Importante ressaltar também que as três primeiras audiências públicas ocorreram sem qualquer regulamentação procedural no STF. Somente com a Emenda Regimental 29 no Tribunal que os procedimentos mínimos para a

realização das audiências públicas passaram a existir. Para o processo de existência dessa emenda a população interessada em participar das audiências, a quem o STF diz querer dar “voz ativa”, não foi ouvida. O Tribunal criou os critérios e procedimentos normativos necessários para a realização de suas audiências públicas sem a participação da sociedade civil, o que mostra o quanto essa participação acaba como secundária na prática jurisdicional. Em outras palavras, a partir do momento em que o Tribunal cria os critérios e procedimentos de participação da sociedade civil nas audiências públicas, ele estabelece e determina como essa sociedade vai participar na jurisdição.⁴⁸

Ao fazer isso, o STF assume uma postura de indicar, de princípio, qual seria a melhor maneira para a sociedade civil alcançar seus objetivos perante a jurisdição. Ainda no mesmo sentido, quando o Tribunal estabelece o critério de realização das audiências públicas, ele determina quais são os assuntos que a sociedade civil está apta a discutir, atuando, assim, como seletor de temas sobre os quais pode-se manifestar ou não. E mais, além de definir temas sobre os quais a sociedade civil está apta a discutir, o Tribunal, indiretamente, atribui pesos (valores) entre eles ao determinar o que é ou não é de interesse público relevante ou repercussão geral.

O critério de seleção dos participantes das audiências públicas, que, em princípio, deve seguir o requisito de tecnicidade, não é claro ou objetivo, o que possibilita discricionariedade a quem convoca a audiência pública, seja o relator ou o presidente do STF.

A inobservância de critérios mínimos que são previamente estabelecidos pela Constituição da República faz com que o Tribunal atue de maneira protagonista, uma vez que, ao transpor os procedimentos de construção normativa mediante critérios discricionários, diga-se instrumentais, constrói isoladamente a “normatividade”.⁴⁹

Assim, percebe-se que o critério atual de realização das audiências públicas não se preocupa com um procedimento de construção de legitimidade democrática das decisões, não contendo, portanto, força capaz de atribuir à sociedade civil o papel de coautora na construção do direito através do exercício político.

⁴⁸ Apesar de em regra o Tribunal poder através de seu regimento interno disciplinar sobre temas procedimentais, não se acredita serem as audiências públicas um bom exemplo para essa atividade.

⁴⁹ O termo normatividade está entre parênteses para mostrar que esse processo de construção individualista, que na tese chama-se de discricionário e instrumental, não é o adequado para uma democracia constitucional a partir da perspectiva da justiça como imparcialidade de Rawls.

As audiências públicas devem fornecer subsídios para a construção das decisões. Os ministros devem fundamentar as decisões de maneira que não as tomem como simples exposição de argumentos favoráveis ou contrários a uma dada disposição. A legitimidade democrática pressupõe que os partícipes do procedimento sejam também coautores da decisão.

Em suma, a prática de realização das audiências públicas no interior do STF foi criada unilateralmente, de forma discricionária (instrumental) pelo Tribunal, que, ao definir suas finalidades, configura o procedimento que julga capaz de melhor alcançá-las.

Sob o argumento de defender a Constituição, o Tribunal acaba por se apropriar do procedimento de realização das audiências públicas de maneira instrumental. Consequentemente, a instrumentalidade dos procedimentos de construção normativa pelo Tribunal faz com que a própria Constituição seja violada, instrumentalizada.

A audiência pública, da maneira como vem sendo realizada pelo Tribunal, não é espaço de construção normativa, de diálogo, de oposição de razões argumentadas. Observando-se a prática de realização das audiências pelo Tribunal, vê-se que elas são instrumento de simples oitiva, uma alegoria discursiva, uma vitrine que dá aparente abertura do Tribunal à participação da sociedade civil para esta influir na configuração da decisão judicial.

Têm-se, na prática de realização das audiências públicas no STF, vários atos discricionários, podem-se apontar alguns deles aqui, como, por exemplo, o critério e a competência para a convocação do procedimento, a desnecessidade da presença dos ministros durante o procedimento, o requisito de habilitação dos participantes, o tempo para a apresentação de razões, não refutam ou apresentam razões para o não acolhimento dos argumentos expostos pelos representantes das entidades da sociedade civil, quer dizer, completa ausência de fundamentação da decisão.

Viu-se também que não há um critério único para a convocação de audiência, ora esta sendo convocada sob o fundamento de lei federal, ora de regimento interno; parte das audiências públicas ocorreu sem qualquer pedido das partes envolvidas, sendo ato isolado de vontade do ministro do Tribunal; além disso, a competência para legislar sobre norma processual de interesse público é da União, não podendo o Judiciário exercer essa função.

Em relação à duração da audiência pública, o ministro que a convoca decide soberanamente em quantos dias irá realizá-la, não havendo, ainda, uma padronização para o tempo de pronunciamento dos habilitados a participar da audiência pública. Ressalte-se aqui que, em audiências públicas diferentes, houve determinação de tempo diverso para o pronunciamento de habilitados.⁵⁰ Tanto na duração da audiência pública quanto no número de seus participantes, não há critério predeterminado, ficando a definição desses requisitos a cargo dos ministros que as realizam.

No que tange à competência para a convocação das audiências públicas, somente o ministro relator da ação e/ou presidente do Tribunal são os legitimados para tanto, não havendo nenhum critério predeterminado para a decisão. E ainda, os ministros escolhem quem serão os habilitados a participar das audiências públicas, sendo que é necessário que o candidato apresente razões anteriores com discurso prévio, informando o fundamento de sua participação no procedimento, quer dizer, é o ministro que decide se será ou não interessante para ele a oitiva do discurso do habilitado. O ministro pode escolher convidados para se pronunciarem, o que indica que há argumentos com mais peso (favoritos) do que outros a serem ouvidos nas audiências. O ministro pode, ainda, expedir convites para laboratórios, juristas, empresários, médicos, religiosos de sua preferência, mesmo sem o pronunciamento destes anteriormente ou sem outra justificativa deste ato.

Outra questão fundamental a ser considerada é que o Tribunal, em seu regimento interno, nega expressamente a possibilidade de cabimento de recurso nas hipóteses de indeferimento de realização das audiências públicas e de habilitação de interessado, o que aumenta ainda mais os questionamentos acerca da legitimidade democrática das audiências públicas como vêm sendo realizadas no âmbito do STF.

Ressalte-se novamente que o procedimento de realização das audiências públicas não foi regulamentado por lei federal, ficando, assim, o Tribunal responsável por sua realização.

⁵⁰ O texto normativo das audiências públicas, que dispõe a respeito do tempo de manifestação dos participantes, sofreu alterações antes da emenda regimental 29/2009. Anteriormente, atribuíam-se 20 minutos para a manifestação dos habilitados. Após a emenda regimental, o tempo passou a ser de 15 minutos para cada habilitado. Note-se que o Ministro Marco Aurélio Mello convocou a 7º Audiência Pública sem utilizar os fundamentos regimentais, quer dizer, o tempo de apresentação de cada habilitado, que deveria ser de 15 minutos, como previsão regimental, passou a ser de 20 minutos, como acontecia nas audiências anteriores a 2009, por simples atribuição do ministro.

Verifica-se que a realização das audiências públicas no âmbito do STF vem ganhando força no cenário jurisdicional, como comprovam os números apresentados. Por outro lado, constata-se também que as audiências públicas têm servido mais para a coleta discricionária de dados técnicos para os ministros utilizarem em suas decisões do que propriamente para possibilitar um procedimento igualitário de construção das decisões.

Mencione-se que somente os cinco primeiros julgados das audiências públicas tiveram decisão do STF quanto à constitucionalidade dos atos impugnados. Ressalte-se também que todos os julgamentos até agora realizados no controle de constitucionalidade foram considerados constitucionais pelo Tribunal.

Diante de todo o exposto, como se falar em pretensão de validade dos argumentos de uma audiência pública se o próprio Tribunal define quem pode ou não proferir argumentos?

3 A JUSTIÇA COMO IMPARCIALIDADE (JUSTICE AS FAIRNESS)⁵¹

3.1 John Bordley Rawls e seu contexto político e filosófico

Dentro da filosofia política, John Rawls (1921-2002) ocupa lugar singular nas discussões sobre democracia tanto por produzir novas explanações que dizem respeito à moral e ao direito quanto por incentivar novos escritores e críticos a pensarem sobre questões por ele levantadas.⁵² Com a publicação de *A Theory of Justice*, de 1971, o autor ganhou notoriedade mundial ao resgatar a discussão fundamental sobre liberdades individuais e igualdades de oportunidades.⁵³

O contexto da Guerra Fria, no qual estava inserido, o levou a refletir com maior atenção sobre a ordem política e econômica, já que após as duas grandes guerras o mundo estava dividido entre dois blocos radicalmente diferentes. De um lado, estava o capitalismo tardio, em defesa dos direitos humanos e da soberania popular, e, de outro, as ideologias emergentes do século XX, como a proposta pela URSS, que, à época, crescia alarmantemente.

Em sua juventude, Rawls participou diretamente do exército norte-americano na II Guerra Mundial, acompanhando os lançamentos das duas bombas nucleares em Hiroshima e Nagasaki (DE OLIVEIRA, 2003; POGGE, 2011). Esse fato não encobre sua insatisfação com a ordem capitalista dos EUA, muito pelo contrário, torna-o atento à agitação geopolítica e ao conjunto de fatores que surgem do

⁵¹ Aqui, se traduzirá o termo *fairness* como imparcialidade, não como equidade. Isso é importante para marcar o quadro aristotélico ao qual Rawls não coaduna. Em Aristóteles, a equidade é entendida como o bem, ou seja, já possui um pressuposto válido do que seja a justiça. A equidade é uma disposição de caráter, uma espécie de justiça que está na mediação do equilíbrio de cada um com o que entende por justo. É uma justiça que parte de um pressuposto substantivo, o que Rawls não compartilha. Oliveira diz a respeito: “Não traduzo o termo “fairness” por equidade e sim por “equanimidade”, a fim de marcar o quadro não-aristotélico em que a teoria da justiça de Rawls, uma concepção que se pretende procedural e não substancialista, está erigida” (OLIVIERA, 2007, p. 77).

⁵² Dos intelectuais que discutiram com Rawls, sobressaem-se os das mais diversas áreas do conhecimento, o que faz do trabalho do autor verdadeiro estudo e interlocução interdisciplinar. Na psicologia comportamental, Kohlberg foi um desses interlocutores. Na economia, em que constam nomes premiados com o Nobel, por exemplo, John Nash, Amartya Sen e John Harsanyi. No cenário jurídico, da filosofia do direito e política, Ronald Dworkin, Thomas Nagel e Herbert Hart. Nas ciências sociais, Robert Dahl.

⁵³ Utilizar-se-á aqui a sigla TJ para fazer menção à obra *A Theory of Justice* (1971) e LP para Political Liberalism (1993).

mundo globalizado, como as lutas econômicas e ideológicas de seu país com a URSS.

Já em Harvard, o autor acompanhou a guerra dos EUA com o Vietnã. Segundo De Oliveira:

Rawls encontrava-se numa posição intermediária com relação a seus colegas de Harvard, entre o conservadorismo de W.V. Quine e o maoísmo de Hilary Putnam. Além de assumir publicamente seus posicionamentos pacifistas opostos à política externa dos republicanos americanos, Rawls também se preocupava com o destino dos programas previdenciários e das políticas públicas do chamado “Estado de bem-estar social”, o *welfare state*. (2003, p. 11).

Com pouco mais de vinte anos, em Princeton, especializou-se na área de filosofia moral para, posteriormente, elaborar seus principais escritos em teoria da justiça (POGGE, 2007). Desde seus primeiros estudos da década de 50, *Outline of a Decision Procedure for Ethics* (1952), até suas últimas obras, o autor passou por um ponto estruturante e fundamental da filosofia e da política, que foi a temática da possibilidade de construção das instituições públicas por cidadãos livres, iguais e democráticos.

Rawls é profundamente influenciando pelo pensamento de Kant, o que ele afirma abertamente na TJ: “A teoria que resulta é de natureza fortemente kantiana” (RAWLS, 1971, p. VIII, tradução nossa).⁵⁴ Ele é leitor também dos autores clássicos da política como Hobbes, Locke e Rousseau. A influência kantiana é que o leva a pensar em um nível de abstração teórica a concepção de justiça e a organização social contratualista.

Observa-se a repercussão e amplitude da pesquisa de Rawls a partir da dimensão que suas discussões alcançaram no cenário acadêmico mundial. Na medida em que suas investigações teóricas ganharam notoriedade, emergiram autores tanto para contrapô-lo quanto para reafirmá-lo, o que, de certa forma, mostra a importância do filósofo para as teorias da democracia.

Na pesquisa se fará o estudo de *A Theory of Justice* e posteriormente de *Political Liberalism* pelo fato dessa dinâmica remeter tanto à estrutura teórica do autor em TJ, que foi o primeiro momento de notoriedade do autor, mas também possibilita e auxilia na introdução dos termos e conceitos principais à tese que são

⁵⁴ The theory that results is highly Kantian in nature.

apresentados a partir da outra obra, o LP, que é apresentada como resultado de respostas aos seus críticos.

Gargarella afirma que a notoriedade alcançada por Rawls, tanto a atribuída pelos seus críticos quanto por aqueles que pretendem contribuir para que se tenha menor vulnerabilidade da mesma, é “*fato que nos revela menos a quantidade de dificuldade ou erros em sua teoria*”, e sim “*a atração que ela soube despertar*” nos teóricos (2008, p. XX).

Rawls se considera um opositor dos modelos teleológicos da filosofia moral, que definem o que é “bem” independentemente do que realmente seria justo: “*Essa prioridade do justo diante do bem na justiça como imparcialidade acaba por ser uma característica central da sua concepção*” (RAWLS, 1971, 31-32, tradução nossa).⁵⁵ É em virtude da grande notoriedade, aplicação e reconhecimento alcançados por essas teorias é que Rawls as coloca como objetos de análise e crítica. Portanto, para iniciar os estudos em Rawls, se faz necessário compreender sob quais bases teóricas o autor escreve contrariamente.

3.2 A ética utilitária

Mais adiante, neste trabalho, serão apresentadas as filosofias morais da ética utilitária que são tomadas por Rawls como contraponto à elaboração de sua obra TJ. O autor utiliza o construtivismo kantiano como uma estrutura que serve de alternativa viável contrária às correntes filosóficas do utilitarismo clássico.

Mas, neste momento, convém aqui descrever o utilitarismo de forma a tornar mais clara a intenção do autor ao elaborar sua primeira obra. O utilitarismo influenciou grande parte da tradição anglo-saxônica, e Rawls começa a escrever para superar essa tendência dominante daquela tradição.

No prefácio original da edição de 1971, Rawls afirma claramente:

Talvez eu consiga explicar melhor meu objetivo neste livro da seguinte maneira: em grande parte da filosofia moral moderna, a teoria sistemática predominante tem sido de alguma forma o utilitarismo. Uma razão para isso

⁵⁵ This priority of the right over the good in justice as fairness turns out to be a central feature of the conception.

é ele ter sido adotado por uma longa linhagem de autores brilhantes que elaboram uma doutrina impressionante em escopo e requinte. Às vezes, esquecemos que os grandes utilitaristas, Hume e Adam Smith, Bentham e Mill, eram teóricos sociais e economistas de primeira linha; e que sua doutrina moral foi estruturada para atender aos requisitos de seus interesses mais gerais e encaixar-se em um esquema abrangente (RAWLS, 1971, p. VII, tradução nossa).⁵⁶

O utilitarismo será aqui apresentado com o subsídio de três grandes clássicos representantes da corrente filosófica moral: Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873) e Henry Sidgwick (1838 – 1900).⁵⁷

O fato de o utilitarismo não recorrer a nenhuma entidade metafísica e, também, por determinar a aplicação do princípio da utilidade de maneira teleológica, de forma a aumentar o saldo líquido das felicidades sociais, torna-o mais atraente dentro do cenário filosófico de sua criação e, por isso, ele passa a ser adotado por grande parte de pensadores de sua época.

Em suma, todas as correntes filosóficas não apresentam procedimento satisfatório de tomada de decisão quando se trata de aplicação de princípios. Mesmo assim, os três autores, que serão focalizados a seguir, desenvolvem cada um à sua maneira, importantes contribuições para a filosofia moral.

3.2.1 O utilitarismo de Jeremy Bentham

O utilitarismo clássico é representado por um importante filósofo moral inglês chamado Jeremy Bentham que, ao escrever sobre ética, defendeu que a conduta correta da pessoa ou das instituições sociais deveria ser aquela pautada pela maximização da felicidade, do bem-estar social.

⁵⁶ Perhaps I can best explain my aim in this book as follows. During much of modern moral philosophy the predominant systematic theory has been some form of utilitarianism. One reason for this is that it has been espoused by a long time of brilliant writers who have built up a body of thought truly impressive in its scope and refinement. We sometimes forget that the great utilitarians, Hume and Adam Smith, Bentham and Mill, were social theorists and economists of the first rank; and the moral doctrine they worked out was framed to meet the needs of their wider interests and to fit into a comprehensive scheme.

⁵⁷ Têm-se também outros grandes nomes de autores utilitários, como David Hume (1711-1776) e Adam Smith (1723-1790), mas, neste estudo, restringe-se tão somente aos três autores clássicos do utilitarismo por serem, em grande parte, citados por Rawls e contrapostos à filosofia liberal igualitária.

A teoria de Bentham tem característica teleológica que se aplica tanto na relação governamental, no âmbito da sociedade em geral, quanto nas questões da ética individual, nas práticas individuais das pessoas morais (BENTHAM, 2000).

O autor utiliza a distinção entre dor e prazer para mostrar que é sob a égide desses dois sentimentos que as pessoas agem. Para ele, esses dois impulsos básicos que dominam a vida humana devem ser aplicados na prática de políticas públicas, portanto, para além das ações individuais.

Ressalte-se que essa ética oferece concepção filosófica para as relações políticas na dimensão individual e na social. Em ambas as dimensões, é preciso efetivar em máxima medida a felicidade individual e da sociedade em geral. Em *Principles of moral and legislation* (2000), Bentham expõe:

A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, dor e prazer. Somente eles apontam o que nós devemos fazer, bem como determinam o que faremos. Por um lado, o padrão de certo e errado, de outro, a corrente de causas e efeitos são presas ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo que falamos, em tudo o que pensamos: todo o esforço que podemos fazer para nos livrarmos de nossa sujeição servirá apenas para demonstrá-la e confirmá-la. Nas palavras um homem pode fingir abjurar seu império: mas na realidade ele permanecerá sujeito a ele o tempo todo. O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e o assume como a base desse sistema, cujo objeto é erguer o tecido da felicidade pelas mãos da razão e do direito. Sistemas que tentam questioná-la, lidam com sons em vez de sentido, com capricho em vez da razão, com a escuridão em vez de luz. (2000, p. 14, tradução nossa).⁵⁸

Para Bentham, o impulso básico das ações humanas, o prazer, deve governar a atitude correta nos casos práticos. Enquanto impulso que dirige a pessoa individual na realização dos seus desejos, o prazer deve ser considerado como fundamento da ação correta no ato de tomada de decisão pelos legisladores. Estes, seguindo o princípio da utilidade, deveriam criar políticas e leis que maximizassem a felicidade de toda a sociedade.

⁵⁸ Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain. Subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to question it, deal in sounds instead of sense, in caprice instead of reason, in darkness instead of light.

A doutrina utilitária tem como característica intrínseca a sua aplicação na vida prática e social, já que a dor e o prazer são os soberanos que dominam todos os seres humanos. É em virtude dessa abrangência que essa corrente mostra sua amplitude na resolução de questões básicas da vida individual e coletiva de uma sociedade.

O utilitarismo de Bentham não distingue os prazeres na sociedade, ou seja, não discerne os mais e os menos preferíveis. O autor, diferentemente do que ocorrerá em Mill, não julga o valor moral desses impulsos.

Em Bentham, não se pode presumir que um valor seja preferível a outro, não há uma hierarquia de valores preferíveis, a não ser quando se utiliza do método quantitativo, cujo cálculo pode estabelecer critérios de medida para sua escolha. Isso significa que quanto mais pessoas preferirem um valor mais deve ser ele aplicado na sociedade.

Sob o fundamento de se saber qual será o saldo líquido mais positivo dentre as ações desejáveis nas relações individuais e sociais é que a ética utilitária se guia pelo consequencialismo. As ações individuais e institucionais sempre devem ser guiadas para a aplicação do princípio da utilidade e, consequentemente, para aumentar o bem-estar social (BENTHAM, 2000).

O utilitarismo tem por característica ser teleológico. Ele estabelece previamente um fim a ser alcançado e adapta o meio a esse fim para que se alcance o escopo desejado.

Dessa forma, a partir da perspectiva da ética utilitária, seriam justificáveis decisões que envolvam o sacrifício de parte do corpo social para que se maximize a felicidade da maioria da sociedade.

O utilitarismo, por ser teleológico, determina o que é o bem social antes mesmo de se estabelecer o que seria o justo. A concepção de bem é pré-constituída independentemente de qualquer concepção individual de direito ou de justiça que se tenha na sociedade.

A característica teleológica do utilitarismo é uma de suas mais importantes questões e merece atenção para que, no momento oportuno, se possam apontar as contraposições de Rawls a ela.

É essencial manter em mente que, em uma teoria teleológica, o bem é definido independentemente do justo. Isso significa duas coisas. Primeiro, a teoria explica nossos juízos ponderados relativos àquilo que constitui o bem

(nossos juízos de valor) como uma classe de juízos intuitivamente discerníveis pelo bom senso, e então propõe a hipótese de que o justo é maximizar o bom [...]. Em segundo lugar, a teoria possibilita que se julgue a bondade das coisas sem se referir ao que é justo (RAWLS, 1971, p. 25, tradução nossa).⁵⁹

A realização da justiça, a partir da concepção utilitária, ocorreria pela aplicação do princípio da utilidade, que, na tomada da dianteira das ações políticas e jurídicas nos atos decisórios pessoais e institucionais, elevaria a sociedade a um saldo líquido maior de satisfação.

Rawls, ao fazer análise do utilitarismo, afirma:

A ideia principal é que a sociedade é corretamente ordenada e, portanto, justa quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base em todos os indivíduos que a ela pertencem (RAWLS, 1971, p 22, tradução nossa).⁶⁰

No utilitarismo, as instituições públicas são valoradas de acordo com sua propensão em promover a felicidade social. Nessa corrente ética, há somente uma única opção para o ajuste dos pesos entre os princípios, que é a efetividade da felicidade. Conforme diz Ricoeur: “Com efeito, o utilitarismo é uma doutrina teleológica, na medida em que define a justiça como a maximização do bem para o maior número de indivíduos” (RICOEUR, 1995, p. 64). Ou, ainda, como o próprio Rawls afirma:

[...] o utilitarismo é uma teoria teleológica ao passo que a justiça como imparcialidade não o é. Por definição, portanto, a segunda é uma teoria **deontológica**, que ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem. (RAWLS, 1971, p. 30, tradução nossa).⁶¹

⁵⁹ It is essential to keep in mind that in a teleological theory the good is defined independently from the right. This means two things. First, the theory accounts for our considered judgments as to which things are good (our judgments of value) as a separate class of judgments intuitively distinguishable by common sense, and then proposes the hypothesis that the right is maximizing the good as already specified. Second, the theory enables one to judge the goodness of things without referring to what is right.

⁶⁰ The main idea is that society is rightly ordered, and therefore just, when its major institutions are arranged so as to achieve the greatest net balance of satisfaction summed over all the individuals belonging to it.

⁶¹ That utilitarianism is a teleological theory whereas justice as fairness is not. By definition, then, the latter is a deontological theory, one that either does not specify the good independently from the right, or does not interpret the right as maximizing the good.

A filosofia moral utilitária, ao atribuir prioridade à concepção de bem-estar social, aceita sacrifícios e violação de direitos individuais para alcançar sua finalidade última.

Nela, a ideia de bem é dominante e acaba por realizar uma interpretação que estende a visão de um único indivíduo para aplicá-la a toda a sociedade. Para que a maximização da felicidade ocorra e para que essa extensão funcione, o utilitarismo “funde” todas as pessoas da sociedade em atos de um “indivíduo imparcial”, em busca de uma maior efetividade. Para Rawls, “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre pessoas.” (RAWLS, 1971, p. 27, tradução nossa).⁶²

3.2.2 O utilitarismo de John Stuart Mill

John Stuart Mill (1773-1836), filho do também filósofo James Mill, foi além dos questionamentos de Bentham, desenvolvendo sua própria versão utilitária da ética aplicada às práticas sociais e institucionais. Ressalte-se, porém, de antemão, que também ele fica preso às questões discricionárias, teleológicas e da justiça majoritária presentes no utilitarismo anterior.

Mill foi um dos grandes ícones do utilitarismo clássico do século XIX. Exibe uma das primeiras considerações a respeito do que se considera democracia liberal e tenta, em grande parte do seu trabalho, trazer soluções para o uso do poder contra as forças governamentais paternalistas e tirânicas.

Ele foi um dos primeiros a pensar a separação entre as esferas pública e privada e a listar algumas liberdades mais importantes, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, consciência, opinião e o direito de definição pelo indivíduo de seu próprio projeto de vida (CUNNINGHAM, 2009). Sua preocupação é de que houvesse um governo que, em sua maior medida, fosse democrático e representativo do povo.

Na obra *On Liberty* (1859), ele disserta sobre a liberdade individual, defendendo a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade das pessoas para realizarem suas próprias vontades e a não intervenção do governo nas vidas individuais.

⁶² Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons.

O autor questiona como em uma democracia liberal ocorreriam políticas públicas favoráveis à igualdade social. Ele trata, basicamente, da liberdade moderna, quer dizer, da liberdade civil e social, “a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo” (MILL, 2000, p. 19, tradução nossa).⁶³

Mill faz um ajuste teórico quanto à prática da independência individual e do controle social na gestão coletiva para pôr fim a qualquer poder soberano que não seja o popular. A liberdade é para ele o estímulo para o desenvolvimento humano por possibilitar a discussão contínua e a correção dos erros pela experiência.

Poucos anos depois, com o livro *Utilitarianism* (1863), em seu 5º capítulo, “On the connection between justice and utility”, tenta dissolver as críticas ao utilitarismo e mostrar que a justiça pode ser aplicada no campo da utilidade social. Nessa obra, busca poupar essa corrente das objeções dos críticos e mostrar que não é só a distinção pura e simples entre prazer e dor que deve guiar o utilitarismo, como defendeu Bentham.

Para Mill, há prazeres que podem ser mais desejáveis, portanto, de aplicação preferencial. Assim, segundo ele, seria possível conferir valores aos prazeres, como um rol valorativo prioritário da efetividade desses prazeres:

Se me perguntarem o que entendo pela diferença qualitativa de prazeres, ou o que faz um prazer mais valioso que outro, simplesmente enquanto prazer e não por ser maior em quantidade, só há uma resposta possível. De dois prazeres, se houver um ao qual todos ou quase todos aqueles que tiveram a experiência de ambos derem uma preferência decidida, independentemente de sentirem qualquer obrigação moral para o preferir, então será esse o prazer mais desejável. Se um dos dois for colocado por aqueles que estão competentemente familiarizados com ambos tão acima do outro que o preferem, mesmo sabendo que é acompanhado de um maior descontentamento, e se não abdicariam dele por qualquer quantidade do outro prazer acessível à sua natureza, então, teremos razão para atribuir ao deleite preferido uma superioridade em qualidade que ultrapassa de tal modo a quantidade que esta se torna, por comparação, pouco importante (MILL, 2005, p. 50, tradução nossa).⁶⁴

⁶³ The nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual.

⁶⁴ If I am asked, what I mean by difference of quality in pleasures, or what makes one pleasure more valuable than another, merely as a pleasure, except its being great in amount, there is but one possible answer. Of two pleasures, if there be one to which all or almost all who have experience of both give a decided preference, irrespective of any feeling of moral obligation to prefer it, that is the more desirable pleasure. Of the two is, by those who are competently acquainted with both, placed so far above the other that they prefer it, even though knowing it to be attended with a greater amount of discontent, and would not resign it for any quantity of the other pleasure which their nature is capable of, we are justified in ascribing to the preferred enjoyment a superiority in quality, so far outweighing quantity as to render it, in comparison, of small account.

A teoria utilitária de Mill cria, pois, uma ordem valorativa dos prazeres que deverão guiar as ações individuais e coletivas. Mas ela acaba também por ter, como prerrogativa de validade das ações, a maximização da felicidade pautada na qualificação dos desejos preferenciais.

Assim como em Bentham, em Mill também é possível sacrificar alguns poucos indivíduos para favorecer muitos outros, ou pode-se abdicar de efetivar algumas liberdades básicas de pessoas ou grupos sociais minoritários para beneficiar uma maioria de outras pessoas.

O utilitarismo acaba por tratar as pessoas como utilidade, uma vez que são utilizadas como meio para se alcançar um objetivo maior, um bem maior, que é o maior saldo líquido de felicidade social. Em outras palavras, para os defensores dessa corrente, as pessoas somente são reconhecidas como tais se forem úteis para se alcançar o bem, a maximização da felicidade e do bem-estar social.

O desenvolvimento desse pensamento filosófico acaba por desconsiderar, ou melhor, não se interessar por qualquer possibilidade de reconhecimento do conceito de “pessoa” que não seja aquela pessoa *“portadora de utilidade”* (VITA, 1992, p. 6).

Rawls adota uma perspectiva que não atribui crédito ao utilitarismo por entender que ele não consegue apresentar uma teoria satisfatória dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais.

Por mais que Rawls tenha preocupações comuns com os utilitaristas, como, por exemplo, a garantia das liberdades individuais, isso não significa que as suas visões sobre as escolhas políticas e jurídicas dos princípios basilares de uma sociedade democrática sejam iguais.

O resultado da influência do utilitarismo, à sua época, parece ter levado toda a estrutura social à adoção de uma única possibilidade de atitude ética. A partir do momento de seu surgimento, a teoria utilitária passou a ser, em virtude de todo o contexto histórico, político, econômico e social, a estrutura de pensamento das políticas públicas e governamentais que maximizam a felicidade e a utilidade social.

Rawls aparece buscando uma nova sustentação teórica para a filosofia:

O resultado é que frequentemente parecemos forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo. Muito provavelmente acabamos por nos acomodar com uma variante do princípio de utilidade circunscrita e restrita de certos modos *ad hoc* pelas restrições intuicionistas. Essa visão não é

irracional, e não há garantia de que possamos fazer algo melhor. Porém isso não é motivo para não tentarmos. (RALWS, 1971, p. VIII, tradução nossa).⁶⁵

Ele apresenta uma alternativa ao utilitarismo ao ir além do cálculo de utilidade para pensar o sacrifício legítimo de alguns indivíduos para beneficiar outros.

Para ele, há, no utilitarismo, um vazio quanto ao discurso do conhecimento científico, o que possibilita sua desconstrução e elevação da discussão a um nível mais abrangente de direitos básicos de todos os indivíduos, aplicados igualitariamente. O vazio discursivo, ao qual o autor se refere, diz respeito à ausência de critérios válidos para que se possa pensar a escolha de princípios de justiça para aplicação nos casos concretos.

Rawls ressalta, como qualidade da doutrina clássica e um de seus grandes atrativos, o fato de não depender da intuição para estabelecer seus princípios. E tanto Bentham quanto Mill compartilham a característica de tentar ao máximo evitar o apelo à intuição em suas teorias, mas tudo leva a entender que eles não o conseguem.

3.2.3 O utilitarismo de Henry Sidgwick.

Rawls considera Henry Sidgwick como um utilitarista clássico que fornece síntese satisfatória do desenvolvimento da teoria moral utilitária, podendo ser descrito como o tipo mais claro da filosofia moral clássica (RAWLS, 1971, p. 22). É original sua concepção filosófica moral no que se refere ao modo de realizar a justificação de argumentos de qualquer concepção moral em particular.

O método de Sidgwick decorre do seu conhecimento dos autores e das tradições centrais da ética filosófica para realização de comparações entre eles. Na obra denominada *A História da Ética* (Outlines of history of ethics for english readers), de 1886, o autor percorre os principais autores da filosofia clássica até os principais nomes da filosofia de seu tempo, no século XIX.

⁶⁵ The outcome is that we often seem forced to choose between utilitarianism and intuitionism. Most likely we finally settle upon a variant of the utility principle circumscribed and restricted in certain ad hoc ways by intuitionistic constraints. Such a view is not irrational; and there is no assurance that we can do better. But this is no reason not to try.

Em seu trabalho principal, *Os Métodos da Ética* (The Methods of Ethics), de 1874, trata do caminho para a obtenção das convicções fundamentadas quanto ao que se deve fazer ao aplicar um ou mais princípios éticos. Essa obra é importante por se dedicar à tarefa de prover a comparação sistemática das concepções morais significativas do mundo filosófico. Ela foi dividida em quatro livros: no primeiro, expõe os limites da ética e sua relação com a política; no segundo, trata do hedonismo egoísta; no terceiro, dispõe a respeito do intuicionismo e, por último, no livro IV, discorre sobre o utilitarismo.

O autor entende o utilitarismo como teoria ética que “em qualquer circunstância a coisa certa a se fazer objetivamente é o que vai produzir a maior quantidade de felicidade em geral” (SIDGWICK, 1877, p 379).⁶⁶ O utilitarismo de Sidgwick também tem como escopo último alcançar o bem-estar social, a maximização da felicidade. Assim, mostra-se com os pés fincados na estrutura teórica teleológica.

A ideia principal do autor é de que a sociedade está organizada de maneira correta, de forma que suas instituições estão aptas a alcançar o maior nível de satisfação de todos os indivíduos. Mas, ressalte-se, é no modo como essa satisfação será concretizada que reside um dos problemas da ética utilitária.

O mérito das filosofias utilitárias, e com Sidgwick não é diferente, está na clareza e facilidade de indicar a prioridade dos direitos que serão aplicados em uma sociedade que se pretende com um saldo máximo de felicidade.

A questão é saber se a imposição de desvantagens a alguns pode ser contrabalançada por uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros; ou se o peso da justiça requer liberdade igual para todos e só se permitem as desigualdades econômicas e sociais que forem de interesse de todos (RAWLS, 1971, p. 33, tradução nossa).⁶⁷

O utilitarismo clássico de Sidgwick também evita fazer apelo à intuição e atribui à concepção de princípio da utilidade a posição de único e supremo critério para o ajuste de pesos em uma sociedade.

Para o autor, o único princípio que não precisa de uma justificação especial para sua aplicação é o de utilidade, já que ele é razoável para aplicação por

⁶⁶ In any given circumstances the objectively right thing to do is what will produce the greatest amount of happiness on the whole.

⁶⁷ The question is whether the imposition of disadvantages on a few can be outweighed by a greater sum of advantages enjoyed by others; or whether the weight of justice requires an equal liberty for all and permits only those economic and social inequalities which are to each person's interests.

qualquer pessoa, em qualquer situação, não havendo, pois, razão para tratá-lo de maneira diferente (SIDGWICK, 1877).

Nesse ponto, Rawls descreve as posições de Sidgwick e Mill:

Mill achava que devia haver um único critério dessa natureza, caso contrário não haveria como arbitrar entre critérios adversários, e Sidgwick argumenta exaustivamente que o princípio utilitarista é o único que pode assumir esse papel. Ambos afirmam que nossos juízos morais são implicitamente utilitaristas, pois, quando enfrentam um choque de preceitos, ou de ideias vagas e imprecisas, não temos alternativa além de adotar o utilitarismo. Mill e Sidgwick acreditam que, em algum momento, precisamos recorrer a um único princípio para pôr em ordem e sistematizar nossos juízos. É inegável que um dos grandes atrativos da doutrina clássica é o modo como encara o problema da prioridade e tenta não depender da intuição (RAWLS, 1971, p. 41, tradução nossa).⁶⁸

Será o princípio da utilidade que realizará o papel determinante para a escolha do que seria o correto a se fazer, será ele que satisfará os juízos morais. A posição de Sidgwick em relação à racionalidade está voltada exclusivamente para a aplicação do princípio da utilidade e, portanto, para a maximização da felicidade.

Nesse mesmo sentido, Rawls enfatiza:

Conforme observa Sidgwick, um utilitarista nunca se percebe como agindo apenas em nome de uma lei impersonal, mas sim sempre pelo bem-estar de algum ser, ou de alguns seres, por quem tenha algum grau de sentimento de solidariedade. A teoria utilitarista, e não há dúvida de que o perfeccionismo também, atende à condição de que é possível caracterizar o sentimento de justiça de modo que seja psicologicamente compreensível. (RAWLS, 1971, p. 477, tradução nossa).⁶⁹

Sidgwick afirma que o prazer deve ser o único fim racional a orientar as ações corretas a serem tomadas. O prazer se encontra presente basicamente em todos os teóricos utilitaristas e será ele o critério supremo para comparar o peso de valores ideias de conhecimento (RAWLS, 1971, p. 476). Em resumo,

⁶⁸ Mill thought that there must be but one such standard, otherwise there would be no umpire between competing criteria, and Sidgwick argues at length that the utilitarian principle is the only one which can assume this role. They maintain that our moral judgments are implicit utilitarian in the sense that when confronted with a clash of precepts, or with notion which are vague and imprecise, we have no alternative except to adopt utilitarianism. Mill and Sidgwick believe that at some point we must have a single principle to straighten out and to systematize our judgments. Undeniably one of the great attractions of the classical doctrine is the way it faces the priority problem and tries to avoid relying on intuition.

⁶⁹ As Sidgwick notes, a utilitarian never regards himself as acting merely for the sake of an impersonal law, but always for the welfare of some being or beings for whom he has some degree of feeling. The utilitarian view, and no doubt perfectionism as well, meets the condition that the sentiment of justice can be characterized so that it is psychologically understandable.

Conforme salienta Sidgwick, o utilitarismo é mais rigoroso do que o senso comum ao exigir o sacrifício dos interesses privados do agente, quando isso é necessário para a felicidade maior de todos. Também é mais rigoroso do que a teoria contratualista, pois, embora os atos benéficos que ultrapassam os nossos deveres sejam boas ações e suscitem a nossa estima, não são estritamente necessários. (RAWLS, 1971, p. 573, tradução nossa).⁷⁰

O utilitarismo de Sidgwick acaba por fundamentar sua teoria como os demais utilitaristas, quer dizer, apesar de haver vários princípios a serem aplicados como motivos de uma ação, o da utilidade sempre será o governante para que as ações humanas sejam fundamentadas.

O método do autor é um tanto subjetivo e não aponta para uma construção objetiva da normatividade, uma vez que os prazeres e as dores são impulsos particulares e sempre serão eles a dirigir as ações utilitárias. Observe a alternativa do autor:

Se eu tiver estabelecido suficientemente a visão que tenho mantido sobre a base utilitarista geral da moralidade do senso comum, podemos agora abordar a questão: A que método de determinação de conduta correta, a aceitação do utilitarismo levará na prática? O método mais óbvio é o do hedonismo empírico (ver II / 3), de acordo com o qual nós temos de adotar em cada caso a conduta que parece suscetível de conduzir à maior felicidade no todo. (SIDGWICK, 1877, p. 424, tradução nossa).⁷¹

No mesmo diapasão, resume:

Os argumentos para essa visão que apresentei recebem apoio da hipótese, hoje amplamente aceita, de que os sentimentos morais são originados por um processo complexo e gradual a partir de experiências de prazer e dor. Resumidamente, a hipótese parece ser essa. (SIDGWICK, 1877, p. 426, tradução nossa).⁷²

Assim presumindo, pode concluir:

⁷⁰ As Sidgwick notes, utilitarianism is more strict than common sense in demanding the sacrifice of the agent's private interests when this is necessary for the greater happiness of all. It is also more exacting than the contract theory, for while beneficent acts going beyond our natural duties are good actions and evoke our esteem, they are not required as a matter of right.

⁷¹ If I have sufficiently established the view I have been maintaining about the general utilitarian basis of the morality of common sense, we can now address the question: What method of determining right conduct will the acceptance of utilitarianism lead to in practice? The most obvious method is that of empirical hedonism (see II/3), according to which we have in each case to adopt the conduct that seems likely to lead to the greatest happiness on the whole.

⁷² The arguments for this view that I have presented receive support from the hypothesis, now widely accepted, that moral sentiments are derived by a complex and gradual process from experiences of pleasure and pain. Briefly stated the hypothesis seems to be this.

Finalmente, a doutrina segundo a qual a Felicidade Universal é o *padrão* último não deve ser entendida como implicando que a benevolência universal é o único direito ou sempre o melhor *motivo* para a ação. Pois, como observamos antes, não é necessário que o fim que fornece o critério do que é certo deva ser o fim a que nós visamos conscientemente: e se a experiência nos mostra que a felicidade geral será adquirida mais satisfatoriamente se os homens agirem, frequentemente, a partir de outros motivos que a filantropia universal pura, é óbvio que esses outros motivos serão razoavelmente preferidos sob princípios utilitaristas (SIDGWICK, 1877, p. 381, tradução nossa).⁷³

Em suma, Sidgwick impossibilita a criação de um procedimento normativo ou de um método único e objetivo de escolha dos princípios por defender sempre, em última análise, o princípio da utilidade.

3.2.4 Características comuns das filosofias éticas utilitárias

Pelo exposto, as práticas utilitárias seguem a máxima de se aumentar o saldo líquido de felicidade na sociedade. Tanto as teorias de Bentham e Mill quanto os métodos da ética de Sidgwick estão embasados no princípio da utilidade. E todos eles pretendem apresentar uma resposta satisfatória para as práticas individuais e institucionais no ato de tomada de decisão.

Pelo fato de atribuírem essas teorias uma finalidade às condutas humanas de modo a maximizarem a felicidade social, independentemente de qualquer outro direito ou princípio que venha a ser defendido, conferem ao princípio da utilidade valoração diferenciada dos demais princípios.

A finalidade do princípio da utilidade e, consequentemente, das teorias éticas que nele se fundamentam, é aumentar o saldo líquido de felicidade sem que se pense em um procedimento de construção normativa, possibilitando, assim, os ajustes dos meios aos fins para alcançar o escopo pretendido.

⁷³ Finally, the doctrine that universal happiness is the ultimate standard doesn't imply that universal benevolence is always the right or best motive. As I have already pointed out, the end that gives the criterion of rightness needn't always be the end that we consciously aim at; and if experience shows that general happiness will be better achieved if men frequently act from motives other than pure universal philanthropy, those other motives are preferable on utilitarian principles.

Basicamente, todos os autores dessa corrente, aqui apresentados, estão em busca de um bom governo, de uma boa aplicação da política na sociedade para que esta se torne mais feliz e, portanto, mais justa.

A ética utilitária tem seu fundamento na filosofia moral. Os utilitários, em busca de conquistar um bom governo, aplicam sua ética filosófica à política, de tal forma que todas as ações institucionais, sejam elas políticas ou jurídicas, devam ser pautadas e fundamentadas na maximização do prazer.

As teorias éticas são teleológicas ao determinarem uma finalidade ética a ser alcançada antes mesmo de estabelecerem um procedimento que possibilite a melhor escolha de princípios a serem adotados.

O fato de já saberem os autores utilitaristas qual a melhor resposta perante as decisões institucionais – qual seja, aquela que aplica o princípio da utilidade, que aumenta o saldo líquido de satisfação – não lhes possibilita que o procedimento de construção normativa tome a dianteira como base para se encontrar a melhor decisão. Ao contrário, a ética moral utilitária não possui dúvidas quanto à aplicação dos princípios, ela adapta seu meio ao fim já que a decisão é previamente estabelecida.

Desse modo, ao não adotarem o procedimento de construção normativa na base da estrutura das instituições, os utilitaristas determinam o papel do agente público como o de aplicador do princípio da utilidade, transpondo, assim, qualquer construtivismo normativo, kantiano ou não.

A partir do momento em que se predetermina a concepção de justiça de uma sociedade, as instituições passam a agir de maneira delegada para alcançarem esse escopo. Mas ao se determinar uma finalidade prévia às instituições públicas, sob o fundamento de se efetivar o princípio da utilidade, acaba-se promovendo-se instituições que agem sozinhas na construção de decisões ou de pseudo-procedimentos de construção normativa, muitas vezes até mesmo substituindo o papel do legislador no ato de regulamentar assuntos que são de interesse público.

Há diferença radical entre o utilitarismo clássico e a teoria da justiça como imparcialidade de Rawls, principalmente “*a partir da estrutura da teoria do contrato e da prioridade do direito e da justiça que dele resulta*” (RAWLS, 1971, p 541, tradução nossa).⁷⁴

⁷⁴ [...] from the structure of contract theory and the priority of right and justice that results.

Se o utilitarismo possibilita ajustes instrumentais na aplicação de direitos individuais e sociais, “na justiça como imparcialidade, no entanto, este problema nunca surge” (RAWLS, 1971, p. 450, tradução nossa).⁷⁵ Mas não só esses fatores levam Rawls a opor-se à teoria. Segundo Vita, “a concepção estreita de pessoa e a natureza agregativa do utilitarismo o tornam insensível às diferenças entre os indivíduos, o que oferece ao direito uma base excessivamente frágil” (VITA, 1992, p. 7).

Questões como essa conduzem Rawls a buscar um contraponto à filosofia moral utilitária que será encontrado no construtivismo kantiano, como se verá no próximo tópico.

3.3 O construtivismo kantiano como alternativa contrária às éticas utilitárias

Para Rawls, os utilitaristas estão presos a uma mistura desordenada de princípios incoerentes que não possibilitam pensar a distribuição de direitos e liberdades justas na sociedade. O autor reage contrariamente a essas teorias adotando a concepção kantiana de pessoa que surge como um contraponto à ética utilitária.

A teoria da justiça como imparcialidade de Rawls tem como característica a aceitação dos diferentes projetos de vida que, para ele, são igualmente válidos. Isso alude à defesa de que não há uma finalidade última (teleológica) que não seja o respeito às pessoas como livres e iguais a todas as demais.

Rawls parte de uma visão construtivista de justiça para apresentar um método de justificação dos argumentos que serão a base da justiça como imparcialidade. Pode-se dizer que a concepção particular de pessoa em Kant é o eixo gravitacional do procedimento de construção normativa para a qual Rawls busca fundamento.

Por construtivismo, deve-se entender um modelo de abordagem de questões morais que tem o intuito de explicitar, organizar e tornar coerentes os pressupostos de preceitos e valores que regem o procedimento, com o objetivo de argumentar sobre a validade desses preceitos e valores. Trata-se de uma visão de análise que busca um modelo de justificação procedural.

⁷⁵ In justice as fairness, however, this problem never arises.

Em um sentido estrito, a visão construtivista apenas propõe procedimentos que os agentes podem usar para estabelecer princípios para guiar a ação, enquanto que, no sentido amplo, tem-se ainda que justificar aqueles procedimentos e fundamentar juízos normativos objetivos (O'NEIL, 2003, p. 355-356, tradução nossa).⁷⁶

Ou seja, a visão construtivista pretende relacionar um modelo de análise com um modelo de justificação, pois o próprio procedimento necessita ser justificado, visto que, na medida em que isso ocorre, os princípios que dele resultam também o são.

Rawls parte da ideia de que, para uma concepção ser chamada de construtivista, exige-se a elaboração de um procedimento baseado em uma noção de pessoa bastante complexa: a pessoa como um fim em si mesmo.

Essa pessoa possui as características de livre, igual e racional, e, portanto, capaz de fornecer as bases para o procedimento de justificação que deve reger as deliberações ocorridas no procedimento de construção das ideias norteadoras da justiça como imparcialidade.

Na *Crítica da Razão Prática*, Kant demonstrou ser impossível construirmos uma moral universal a partir do conceito de felicidade, uma vez que “aquel em que cada um coloca sua felicidade tem a ver com seu sentimento particular de prazer ou de desprazer (...), que em sujeitos diferentes pode, e tem que ser, muito diferente”. Em outros termos: aquilo que me causa felicidade depende do que me causa prazer, e o que causa prazer em um homem é diferente do que causa prazer em outro homem, ou seja: é determinado empiricamente, e portanto não pode ser universalizado. Exatamente por isso é preciso que o fundamento da moral seja apenas formal e racional, tal como Kant demonstrou na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Na moral, é possível se determinar racionalmente, e *a priori*, como o homem deve agir, independentemente de toda inclinação e de toda situação ou condição empírica. (GALUPPO, no prelo).

Ao conceber a pessoa como racional e autônoma, que age através de suas finalidades e seus deveres, o construtivismo kantiano atribui à pessoa o reino dos fins e obrigações. Reconhecer que a pessoa é um fim em si mesmo significa dizer que ela é detentora de dignidade, não podendo ser utilizada como um meio, a não ser um meio restritivo para todos os fins possíveis. Kant afirma nesse sentido:

⁷⁶ In limits sense that they propose procedures which agents can use to establish principles to guide action but not in the fuller sense of justifying those procedures and grounding objective normative judgments.

Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais. Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com os outros). (KANT, 2008, p. 66).

O construtivismo kantiano se caracteriza pela argumentação (construção) dos pressupostos de validade e utilização dos preceitos morais que irão ser abraçados em respeito à lei moral. Para Kant, “o princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: age com base em máxima que pode também ter validade como uma lei universal. Qualquer máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral.” (2008, p. 68).

Para o filósofo de Königsberg, os princípios morais escolhidos pelas pessoas “definem a lei moral que os homens racionalmente podem desejar para dirigir sua conduta numa comunidade ética”. (RAWLS, 1971, p. 251, tradução nossa).⁷⁷ Esses princípios morais de uma comunidade ética estabelecem o reino dos fins. Assim, não só devem ser aceitos por todos como também devem ser públicos.

Uma vez que Kant atribui à moral uma pretensão de universalidade, ele estabelece um procedimento puramente formal para descobrir o conteúdo da norma moral para cada ação concreta. Esse requisito é satisfeito com a formulação do imperativo categórico, que permite reconhecer o dever em cada circunstância. (GALUPPO, no prelo).

A defesa desse argumento em Kant é possível porque ele entende que as condições que levam as pessoas a acatarem a legislação moral é o fato de estarem em um mesmo nível de liberdade.

O que possibilita a ideia do construtivismo kantiano é a concepção de pessoa livre e igual, senhora de si mesma, que define o trajeto das suas leis morais, portanto, quais são suas obrigações e deveres perante as outras pessoas e a sociedade. A obrigação em Kant “é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão.” (KANT, 2008, p. 68).

Um imperativo é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma contingente é tornada necessária. Um imperativo difere de uma lei prática em que uma lei efetivamente representa uma ação como necessária, mas não considera se esta ação já é inerente por força de uma necessidade interna ao sujeito agente (como num ser santo) ou se é contingente (como no ser humano), pois quando ocorre o primeiro desses casos não há

⁷⁷ Define the moral law that men can rationally will to govern their conduct in an ethical commonwealth.

imperativo. Por conseguinte, um imperativo é uma regra cuja representação torna necessária uma ação que é subjetivamente contingente e assim representa o sujeito como aquele que tem que ser constrangido (compelido) a conformar-se à regra. Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que se pode ser atingido pela ação, mas através da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente. Nenhuma outra doutrina prática é capaz de fornecer exemplos de tais imperativos, exceto aquela que prescreve obrigação (a doutrina dos costumes). [...] O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos é o seguinte: não se referem a nenhuma outra propriedade da escolha [...], salvo simplesmente a sua liberdade. (KANT, 2008, p. 65).

Se a responsabilidade das ações legais advém da relação entre as pessoas, a realidade que está posta é fruto da racionalidade humana que se coloca como legisladora institucional, universal.

A teoria da justiça como imparcialidade adota uma estrutura filosófica deontológica, em contraponto à estrutura de justificação dos argumentos do utilitarismo, que é teleológica. Kant possibilita a construção normativa por via da concepção de pessoa que, no uso de sua liberdade, atribui-se obrigações.

A pessoa em Kant é um fim absoluto, não relativo. Afirmar que a pessoa é dotada de autonomia também quer dizer que ela determina suas próprias leis morais em liberdade. A pessoa deve ter sua dignidade assegurada, não podendo ser utilizada simplesmente para este ou aquele querer, para essa ou aquela utilidade. Ela deve ser considerada como legisladora de si, um legislador universal. Segundo Rawls:

Assim, respeitar as pessoas é reconhecer que elas possuem uma inviolabilidade fundada na justiça, que não pode ser sobrepujada nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo. É afirmar que a perda de liberdade por parte de alguns não pode ser justificada pelo bem-estar da sociedade como um todo. As prioridades lexicais da justiça representam o valor das pessoas que, segundo Kant, estão acima de qualquer preço (RAWLS, 1971, p. 587, tradução nossa).⁷⁸

Para Kant, a pessoa não pode ser instrumento ou objeto utilitário, ela é o valor supremo e incondicionado que deve ser respeitado. Esta noção de pessoa acaba por levar à ideia de igualdade fundamental entre as pessoas, o que se contrapõe à ideia do utilitarismo que permite o sacrifício de um membro da sociedade em prol do

⁷⁸ Thus to respect persons is to recognize that they possess an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. It is to affirm that the loss of freedom for some is not made right by a greater welfare enjoyed by others. They lexical priorities of justice represent the value of persons that Kant says is beyond all price.

corpo coletivo. Salgado justifica da seguinte contrário ao utilitarismo, veja: “Porque é livre, o homem não pode nunca ser considerado simplesmente meio, mas fim em si mesmo ou pessoa” (SALGADO, 2012, p. 258).

O que distingue o construtivismo kantiano dos outros tipos de construtivismo é a concepção de pessoa, dotada de razão, sendo, assim, considerada como fonte autônoma dos seus princípios.

Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas. (KANT, 2008, p. 306).

É o conceito de pessoa moral, que busca realizar o conteúdo da máxima da ação moral, que se contrapõe ao fundamento utilitarista de maximizar o saldo líquido da felicidade, possibilitando verificar sob quais bases o construtivismo é defendido, se ele é kantiano ou não.

O construtivismo kantiano é utilizado por Rawls por lhe possibilitar opor aos modelos filosóficos morais do utilitarismo. Rawls parte desse pressuposto teórico para a criação dos seus princípios de justiça, o que torna fundamental o bom entendimento do que seja o construtivismo, neste momento aqui buscado.

Rawls defende a teoria deontológica e inverte a ordem da prioridade utilitária. Com Kant, o justo deve ter prioridade diante da ideia de bem. Em suma, ao trabalhar a estabilidade (*stability*) e legitimidade das instituições públicas, o autor nega que deva haver a perda de liberdade por parte da pessoa para que se possa alcançar um bem maior que proporcione a todos a felicidade, a maximização do bem-estar social, como foi apresentado no utilitarismo.

A justiça como imparcialidade nega a violação da liberdade individual para legitimar a ação estatal consequencialista e que possui uma concepção de bem independentemente do que venha a ser o justo. As instituições devem respeitar a concepção de pessoa como fim em si mesmo, como elemento central e estruturante de uma sociedade justa e democrática.

Na TJ, com o método do construtivismo kantiano, Rawls elabora o caminho para a criação de princípios de justiça que sejam possibilidades de uma sociedade

bem-ordenada e que contenha instituições justas e eficientes. Para o autor, uma sociedade justa seria aquela em que as pessoas determinariam os princípios pelos quais elas e as instituições seriam guiadas.

A base da imparcialidade desse procedimento de construção, nos moldes rawlsianos, é feita através do dispositivo de representação chamado de véu da ignorância, que possibilita a deliberação dos sujeitos de forma razoável, o que lhes permite abdicar de motivações morais, levando a um raciocínio prático que busca relacionar a razoabilidade e a racionalidade de forma a satisfazer não apenas um benefício mútuo como também, e principalmente, a perspectiva de imparcialidade.⁷⁹

A concepção de pessoa a partir da base kantiana é determinante para que Rawls elabore uma alternativa viável fora das concepções utilitárias, como assevera em *Uma Teoria da Justiça*.⁸⁰

3.4 A abordagem de *Uma Teoria da Justiça* e sua aplicação às instituições democráticas

O projeto que dirige *A Theory of Justice* (1971) circula sob a incômoda questão de que as pessoas não possuem iguais condições de oportunidade na vida. Essas diferenças já se iniciariam com o fato de as pessoas não escolherem quais qualidades naturais ou sociais teriam ao nascer, que, portanto, gerariam diferenças na oportunidade de acesso aos bens primários da sociedade. Uma pessoa pode nascer em uma situação de miséria deplorável ou em um berço de ouro, não se sabe a sorte de cada um (loteria natural). Todas essas situações que são alheias à vontade do sujeito afetam diretamente suas possibilidades de alcançar os objetivos pretendidos em sua vida e também de acesso aos bens primários.

Os bens primários podem ser: sociais, que são aqueles distribuídos por instituições sociais, como oportunidade e poder, direitos e liberdades, renda e riqueza; naturais, aqueles advindos da saúde, da imaginação, dos dons e talentos

⁷⁹ Ver-se-ão, logo a seguir, os conceitos trabalhados por Rawls denominados de véu de ignorância e posição original.

⁸⁰ Na virada do estudo da obra TJ para o LP, se verá que Rawls não mais adota uma concepção de pessoal moral como aqui em Kant é trazida, se vincula, a partir de então, a uma concepção de pessoa política, dando nova vestimenta ao construtivismo, tornando-o político.

naturais que não são distribuídos pelas instituições, mas que as afetam (GARGARELLA, 2008).

Rawls enfatiza que, apesar das diferenças entre as pessoas, seja de cor, raça, credo ou religião, por exemplo, deve ser possível estabelecer uma forma de convivência pacífica e que se atribua respeito mútuo às iguais oportunidades.

Estas são algumas das perguntas que Rawls busca responder em todos os seus escritos: como realizar a distribuição dos recursos escassos de forma legítima em uma sociedade capitalista extremamente desigual? Como, apesar das múltiplas diferenças existentes na sociedade, algumas delas inconciliáveis, diferenças extremas, a convivência na estrutura de base da sociedade seria possível?⁸¹

O autor afirma que as liberdades básicas devem atingir a todos, são elas fundamentais e não podem ser, em nenhuma hipótese, maiores ou menores para uns do que para outros. Sobre as liberdades básicas observe o que Audard expõe:

A lista das liberdades básicas inclui:

- (1) A liberdade de pensamento e liberdade de consciência.
- (2) As liberdades políticas e a liberdade de associação e as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa.
- (3) Os direitos e liberdades cobertos pelo Estado de Direito. (AUDARD, 2007, p. 95, tradução nossa).⁸²

O autor observa o conflito permanente entre os bens disponíveis, que são escassos na sociedade, e os desejos ilimitados de posse por parte dos indivíduos, para desenvolver sua teoria da justiça e lidar com os principais problemas conflitantes na sociedade moderna de meados do século XX.

Proporcionar maiores condições de igualdade entre os cidadãos para que pudessem ser amenizadas as reais consequências egoísticas do capitalismo e ir além do nivelamento simplório do socialismo, foram escopos centrais de Rawls em TJ. Pode-se dizer que seu grande desafio foi a opção por uma trajetória alternativa às duas fortes concepções políticas atuantes de sua época.

⁸¹ Mais à frente deste trabalho, se mostrará a importância desse pensamento no desenvolvimento da teoria do autor, uma vez que Rawls, a partir de seus escritos posteriores, passa a atribuir a validade do pluralismo à condição de ser ele também um pluralismo razoável.

⁸² The list of basic liberties includes:

- (1) Freedom of thought and liberty of conscience.
- (2) The political liberties and freedom of association and the freedoms specified by the liberty and integrity of the person.
- (3) The rights and liberties covered by the rule of law.

E é graças a esses questionamentos levantados pelo autor no decorrer de suas investigações que grande parcela de intelectuais passa a pensar e discutir a filosofia política contemporânea. Essas discussões teóricas emergiram da proposta apresentada por Rawls a partir da TJ. Entretanto, cabe salientar que as investigações presentes na TJ começaram anteriormente e são decorrência de inúmeras pesquisas desenvolvidas nas décadas de cinquenta e sessenta.⁸³

A obra TJ rendeu a Rawls o título de pai da teoria da justiça contemporânea. Ela exibe uma natureza alternativa ao utilitarismo e, por via do contratualismo, realiza a criação de uma teoria liberal igualitária com um compromisso fortemente social. Essa obra marcou seu tempo e tinha como objetivo elaborar “uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável a essas doutrinas que há muito dominam nossa tradição filosófica.” (RAWLS, 1971, p. 3).⁸⁴ Aqui, Rawls está referindo-se, especificamente, às duas correntes de pensamento denominadas de intuicionismo e utilitarismo.⁸⁵

TJ é um verdadeiro divisor de águas que volta o olhar aos problemas da desigualdade social e participação da vontade da sociedade na construção de instituições justas. Rawls ergue sua teoria a partir da estruturação de instituições públicas que visam, na máxima medida, aplicar os princípios de justiça. Nos dizeres do autor: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (RAWLS, 1971, p. 3).⁸⁶ Habermas, um dos principais debatedores de Rawls, considera que a TJ “marca uma cesura na história da filosofia”. E complementa: “Com essa obra, Rawls reabilitou as questões morais reprimidas durante muito tempo e apresentou-as como objeto de pesquisas científicas sérias” (HABERMAS, 2004, p. 65). Para esse autor alemão, Rawls

⁸³ Nas palavras de Ricoeur: “Foi em 1957 que surgiu o primeiro texto de John Rawls expressamente intitulado *Justice as fairness*. Foi em torno deste eixo que se constituiu, camada por camada, o espesso volume intitulado *A Theory of Justice*, publicado em Harvard em 1971.” (RICOEUR, 1995, p. 85).

⁸⁴ A theory of justice that is a viable alternative to these doctrines which have long dominated our philosophical tradition.

⁸⁵ Quanto ao intuicionismo, Rawls afirma ser a existência de uma pluralidade de princípios de justiça que são capazes de entrar em conflito uns com os outros, mas que não há um método objetivo que seja capaz de determinar, em eventual dúvida, qual princípio deve prevalecer entre os muitos existentes, sendo, portanto, a intuição o mecanismo mais adequado para realizar essa avaliação (GARGARELLA, 2008). O método intuicionista constrói a escolha dos princípios através tão somente da intuição ou do que parece ser mais justo. Rawls critica a incapacidade e ineficiência dessa teoria em propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas intuições em caso de conflitos. Além disso, o intuicionismo não oferece uma orientação para distinguir por uma regra de prioridade quais princípios devem ser aplicados aos casos concretos.

⁸⁶ Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought.

assume uma “posição de vanguarda” em contraposição às correntes teóricas citadas acima (HABERMAS, 2004).⁸⁷

Ele constrói sua teoria para que seja aplicada às instituições públicas e à sociedade em geral para permitir acesso aos bens primários e à igual oportunidade e não à intervenção ou determinação de qual é o melhor modo de vida às pessoas.

As instituições, antes de serem eficientes, devem ser justas e possuir, como primeira virtude, a justiça. A instituição que assim não for, deve ser transformada para que se torne justa. A tensão entre o justo e o injusto só acaba mesmo com a transformação e reformulação das instituições ou das leis que são consideradas injustas.

A justiça como imparcialidade configura a estrutura de base da sociedade de tal modo que as principais instituições sociais distribuam os direitos e os deveres fundamentais e determinem a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 1971).

A instituição, que existe em determinado local e momento, somente pode ser criada pela regulamentação do “entendimento público de que se deve obedecer ao sistema de normas que a define.” (RAWLS, 1971, p. 55, tradução nossa).⁸⁸

Por instituição Rawls entende um sistema público de normas que definem cargos e funções com seus direitos e deveres. Ao afirmar que as instituições são um sistema público de normas, aponta que as pessoas que dela participam têm conhecimento de quais são os princípios de justiça que serão adotados em uma posição original. Segundo suas palavras:

Ao afirmar que a instituição, e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de normas, quero dizer que todos nela envolvidos sabem o que saberiam se tais normas e sua participação nas atividades que essas normas definem fossem resultantes de um acordo. A pessoa que participa da instituição sabe o que as normas exigem dela e das outras. Também sabe que as outras pessoas sabem disso, e assim por diante (RAWLS, 1971, p. 56, tradução nossa).⁸⁹

⁸⁷ Para saber mais, ver (HABERMAS, 2004, p.65)

⁸⁸ understanding that the system of rules defining the institution to be followed.

⁸⁹ In saying that an institution, and therefore the basic structure of society, is a public system of rules, I mean then that everyone engaged in it knows what he would if these rules and his participation in the activity they define were the result of an agreement. A person taking part in an institution knows what the rules demand of him and of the other. He also knows that the other know this and that they know that he knows this, and so on.

O autor oferece as “principais características estruturais da concepção alternativa de justiça que estão implícitas na tradição contratualista” (RAWLS, 1971, p. VIII, tradução nossa).⁹⁰ Para isso, discorre sobre a alternativa que “melhor se aproxima dos nossos juízos ponderados acerca da justiça e constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática.” (RAWLS, 1971, p. VIII, tradução nossa).⁹¹ Essa base moral apropriada sustenta a ideia de coexistência de valores, como os de igualdade e de liberdade de todos, levando em consideração a relação necessária de todos os interessados dentro da sociedade bem-ordenada que formula os princípios de justiça que determinam a justeza das instituições públicas.

A sociedade bem-ordenada, para Rawls, não é aquela que tão somente proporciona o bem a seus membros, mas é a que possui uma concepção de justiça. Basicamente, o autor procura legitimar as instituições públicas através de uma justiça distributiva, vez que algumas pessoas têm deveres demais e direitos de menos, ao contrário de outras que possuem direitos demais e deveres de menos. Se todos devem ter igual acesso a direitos socialmente reconhecidos, por que alguns têm maiores facilidades para alcançá-los que outros? Rawls assim explana sobre a ideia central de sua teoria da justiça:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como imparcialidade essa maneira de encarar os princípios da justiça (RAWLS, 1971, p. 11, tradução nossa).⁹²

⁹⁰ One to see more clearly the chief structural features of the alternative conception of justice that is implicit in the contract tradition”. Apesar de Rawls afirmar que sua teoria é contratualista, ele não a reconhece como completa neste sentido, pois a ideia dos contratualistas pode ser ampliada à escolha de princípio de qualquer virtude, não só de justiça, como o autor faz.

⁹¹ Best approximates our considered judgments of justice and constitutes the most appropriate moral basic for a democratic society.

⁹² My aims to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further

É a partir da perspectiva contratual que o autor cria seus princípios de justiça que estruturam a imparcialidade da teoria da justiça (*justice as fairness*). O fundamento da obra TJ se alicerça na criação de um contrato hipotético (*hypothetical contract*), em que os indivíduos escolhem os princípios de justiça em uma situação de igualdade, que Rawls chama de posição original (*original position*), gerada pelo véu de ignorância (*veil of ignorance*).

A partir dessa perspectiva igualitária, alcançada através dessa figura de representação que Rawls denominou de contrato hipotético, é que serão alcançados os princípios liberais igualitários na teoria da justiça como imparcialidade, como se verá adiante neste capítulo.

O contratualismo de Rawls ocupa papel significativo em sua teoria, assim como nas teorias políticas liberais clássicas, que atribuem valor primordial à autonomia da pessoa. Nos escritos de Rawls, essa ferramenta teórica possibilita a reflexão sobre a obediência às regras morais estabelecidas no contrato, bem como à igualdade geradora de uma racionalidade legitimadora da autoridade.

Para Rawls, a pessoa em uma condição de igualdade, estabelecida pelo contrato hipotético, através do véu de ignorância e da posição original, é que possibilita a construção de uma sociedade bem-ordenada.

Essa sociedade é basicamente aquela que pretende ser regulada por uma concepção de justiça, não a sociedade planejada especificamente para promover o bem de seus membros. “Isto é, é uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios” (RAWLS, 1971, p. 5, tradução nossa).⁹³

Rawls não tem por fundamento construir a posição original em defesa da argumentação de Kant, mas, entende que “a descrição da posição original é uma tentativa de interpretar essa concepção”. (RAWLS, 1971, p. 252, tradução nossa).⁹⁴ A posição original [...] é o *status quo* inicial apropriado para garantir que os

agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness.

⁹³ That is, it is a society in which (1) everyone accepts and knows that the others accept the same principles of justice, and (2) the basic social institutions generally satisfy and are generally known to satisfy these principles.

⁹⁴ The description of the original position is an attempt to interpret this conception.

consensos fundamentais nele alcançados sejam justos (RAWLS, 1971, p. 17, tradução nossa).⁹⁵ Para saber mais sobre essa questão é importante se ocupar um pouco mais das estratégias que o autor utiliza para defender seu modelo particular de contrato.

3.6 O contrato hipotético: uma figura de representação a partir da ideia da posição original e do véu da ignorância

O contrato em Rawls é uma figura de representação, é um instrumento de reflexão e organização social que foi utilizado desde Hobbes, Locke e Rousseau até a contemporaneidade. Rawls traz declaradas influências dos autores clássicos da política, dos quais ora se aproxima, ora se afasta. Sua teoria repousa em uma análise exequível das situações sociais, não esgotando o pensamento contratualista, mas fazendo com que o contrato tenha uma função de representação e justificação dos arranjos sociais (KUKATHAS E PETTIT, 2005, p. 11).

A investida no contratualismo é a possível maneira de determinar princípios de justiça a partir de uma posição de igualdade sem que pessoas tirem proveito de sua posição real na sociedade. Rawls designa seu contrato como hipotético (*hypothetical contract*) e o utiliza como um procedimento de sociabilidade que proporciona a criação de um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais: “O pacto social é substituído por uma situação inicial que incorpora certas restrições de conduta baseadas em razões destinadas a conduzir a um acordo inicial sobre os princípios de justiça.” (RAWLS, 2005, p. 3, tradução nossa).⁹⁶ Esse contrato hipotético é construído sobre princípios equitativos que o autor chama de posição original (*original position*).

O contrato é uma ferramenta teórica que, dentro da teoria da justiça, serve de instrumento cognitivo para conduzir as discussões a respeito dos problemas de desigualdades sociais. Esse modelo peculiar de contrato é uma alternativa

⁹⁵ The appropriate initial status quo which insures that the fundamental agreements reached in it are fair.

⁹⁶ The compact of society is replaced by an initial situation that incorporates certain procedural constraints on arguments designed to lead to an original agreement on principles of justice.

encontrada por Rawls aos anseios de liberdade de escolha e de exequibilidade das políticas a partir do construtivismo.

O contrato hipotético é realizado por pessoas que se encontram em um nível abstrato de igualdade, que corresponde ao estado de natureza nas teorias contratuais tradicionais, mas com um caráter hipotético e a-histórico.⁹⁷

A ideia do contrato em Rawls tem importância capital para o entendimento de qual é a proposta do autor. Rawls “quer caracterizar a estrutura de nossa capacidade (ou, pelo menos, a de uma pessoa) de realizar juízos morais de certo tipo, ou seja, juízos sobre justiça” (DWORKIN, 2002, p. 246).

Ao entender que as pessoas agem em virtude de seus próprios interesses, Rawls utiliza um mecanismo para que se possa, de forma a respeitar as individualidades e as desigualdades, criar princípios de justiça que dirijam as condutas e também possibilitem o desenvolvimento de uma atividade normativa institucional. Este é o escopo do contrato em Rawls: determinar princípios de justiça a partir de uma posição de igualdade entre as pessoas.

O contrato hipotético é uma ferramenta de reflexão para compreender o surgimento do sistema normativo e das regulamentações sociais. O autor pretende com o contrato hipotético estruturar, sob um ideal de pessoa, um mecanismo racional de igual reflexão.

A partir da perspectiva de pessoas interessadas que possuem interesses conflitantes, o contrato hipotético possibilita que, em prol da convivência, em algum momento, alguma pessoa abra mão de seus interesses para estabelecer entendimentos (interesses) comuns.

Uma das características da justiça como imparcialidade é conceber as partes na posição inicial como racionais e mutuamente desinteressadas. Isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos que têm apenas certos tipos de interesse, por exemplo, riqueza, prestígio e poder. Mas são concebidas como pessoas que não têm interesse nos interesses alheios (RAWLS, 1971, p. 13, tradução nossa).⁹⁸

⁹⁷ Veja Dworkin a respeito do contrato hipotético: “Rawls não pressupõe que algum grupo fez alguma vez um contrato social do tipo por ele descrito. Apenas afirma que, se um grupo de homens racionais se encontrasse na difícil situação da posição original, iria entrar em acordo nos termos dos dois princípios. Seu contrato é hipotético, e contratos hipotéticos não fornecem um argumento independente em favor da equidade do cumprimento de seus termos. Um contrato hipotético não é simplesmente uma pálida forma de um contrato real; na verdade, não é contrato algum.” (DWORKIN, 2002, p. 236).

⁹⁸ One feature of justice as fairness is to think of the parties in the initial situation as rational and mutually disinterested. This does not mean that the parties are egoists, that is, individuals with only

O mecanismo do contrato hipotético possibilita que a razão seja capaz de desinteressar o indivíduo. O contrato é um mecanismo racional. Por exemplo, por mais que um indivíduo queira ter toda a propriedade do mundo, ter acesso às riquezas econômicas do mundo, ele também deve ser capaz também de se desinteressar racionalmente. Pergunta-se: nos dias atuais, as pessoas gostariam de ser ricas? Ou ainda: as pessoas gostariam de possuir poder na sociedade? A resposta óbvia é que sim, uma vez que as pessoas estão inseridas no modelo capitalista e concorrente de sociedade. Entretanto, apesar de uma pessoa poder ter o desejo de possuir toda a propriedade do mundo, ela pode também, racionalmente, abrir mão de seu interesse particular em virtude dos interesses dos demais ou por se colocar na situação dos demais.

A ideia do contrato hipotético proporciona a reflexão de acesso às iguais oportunidades que cada pessoa pode estar na vida social. Por mais que a pessoa queira ter todas as propriedades do mundo, ser rica ou possuir grande poder na sociedade, ela é capaz também de abrir mão dessa vontade se estiver inserida na perspectiva do contrato hipotético, na posição original. Rawls assim explica:

A suposição da racionalidade mutuamente desinteressada, portanto, resulta nisto: as pessoas na posição original tentam reconhecer princípios que promovem seus sistemas de objetivos da melhor maneira possível. Elas fazem isso tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários, já que isso lhes possibilita promover a sua concepção do bem de forma efetiva, independentemente do que venha a ser essa concepção (RAWLS, 1971, p. 144, tradução nossa).⁹⁹

Dando sequência ao raciocínio, para compreender corretamente a ideia do contrato hipotético em Rawls, precisa-se entender os conceitos de posição original e véu de ignorância, até mesmo para verificar o exemplo acima citado, de que pode ser interessante se desinteressar dos escopos individuais e egoístas na hora de escolha dos princípios de justiça.

certain kinds of interests, say in wealth, prestige, and domination. But they are conceived as not taking an interest in on another's interests.

⁹⁹ The assumption of mutually disinterested rationality, then, comes to this: the persons in the original position try to acknowledge principles which advance their system of ends as far as possible. They do this by attempting to win for themselves the highest index of primary social goods, since this enable them to promoter their conception of the good most effectively whatever it turn out to be.

3.6.1 A ideia de posição original e a função do véu de ignorância

A ideia de posição original questiona: se as pessoas estivessem em um lugar, em que não soubessem que condições sociais e econômicas as esperavam no mundo, ou ainda, não soubessem que qualidades lhes iriam ser atribuídas, se partissem do mesmo lugar na sociedade, portanto, de uma mesma posição, quais seriam os princípios de justiça aceitáveis para regulamentação de suas vidas e instituições?

Como não se sabe o destino de cada uma das pessoas, é preferível socialmente que a média geral seja superior à sorte de cada uma ter ou não acesso aos bens primários. Essa afirmativa pode ser demonstrada tomando o exemplo anterior aqui mostrado. Por mais que a pessoa tivesse como projeto de vida ser rica e ter poder na sociedade capitalista, ela poderia, dependendo da “sorte”, ser lançada em condições mais difíceis para ter acesso aos bens primários, o que lhe dificultaria em grande medida realizar o seu projeto de vida.

Rawls, assim, através da ideia do contrato hipotético, convence racionalmente que é interessante à pessoa abrir mão dos interesses individuais no ato de escolha dos princípios de justiça.

É dentro dessa perspectiva que o autor propõe a regra do “*maximin*”, isto é, aumentar as possibilidades de alcançar seus direitos e interesses mesmo se estivesse na pior situação na sociedade.

A criação procedural e representativa, em que as pessoas estarão agindo pelos seus próprios interesses, que irão também escolher condições iguais de acesso a direitos primários, é que constitui o contrato hipotético. Será este que possibilitará a imparcialidade das pessoas que estarão agindo sob o véu de ignorância da posição original.

Cada pessoa deve ter iguais liberdades básicas compatíveis com a liberdade de todos os demais membros da sociedade. Rawls assim explica:

Na justiça como imparcialidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na

sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. (RAWLS, 1971, p. 12, tradução nossa).¹⁰⁰

Dadas as circunstâncias em que as pessoas estão inseridas na posição original, numa relação de simetria, proporcionada pelo véu de ignorância, é que se aplica o senso de justiça.

Na posição em que nenhuma pessoa pode tirar proveito da sua situação inicial porque não sabe qual será sua sorte no mundo, ou quais serão as dificuldades de sua geração, sua posição econômica, seus talentos (dotes), onde estarão lançados no mundo, é que Rawls afirma que, independentemente do projeto de vida da pessoa, os bens primários são fundamentais para efetivar os níveis de igualdade na vida social.

O fato de ninguém conhecer o seu lugar ao certo na sociedade, seu *status* ou classe, cria uma condição para a escolha ética e imparcial dos princípios de justiça. Essa inconsciência da realidade ou da história é possível pela figura do véu de ignorância (*veil of ignorance*).

Independentemente de qual seja o projeto de vida da pessoa, para realizá-lo, o mínimo que deve ser aplicado a todos, em máxima medida, é o acesso aos bens primários da sociedade. Se assim o é, a regra do contrato hipotético que se estabelece a partir do véu de ignorância é a ferramenta teórica que possibilita racionalmente que uma pessoa se desinteresse do projeto individual ou egoísta em prol de melhores condições sociais de acesso aos bens primários. O Véu da Ignorância “faz com que aqueles que poderiam influenciar o processo de seleção em seu favor, graças à sua posição melhor, sejam incapazes de fazê-lo” (KYMICKA, 2002, p. 63, tradução nossa).¹⁰¹ Sobre isso, reflete Ricoeur:

Poder-se-ia pensar que esse estado imaginário de ignorância reintroduz qualquer coisa de equivalente à vontade transcendental kantiana, a qual é igualmente independente de qualquer fundamento empírico e, por consequência, de qualquer referência a fins e a valores, em suma,

¹⁰⁰ In justice as fairness the original position of equality corresponds to the state of nature in the tradition theory of the social contract. This original position is not, of course, thought of as an actual historical state of affairs, much less as a primitive condition of culture. It is understood as a purely hypothetical situation characterized so as to lead to a certain conception of justice. Among the essential features of this situation is that no one knows his place in society, his class position or social status, nor does any know his fortune in the distribution of natural asset and abilities, his intelligence, strength, and the like.

¹⁰¹ ensures that those who might be able to influence the selection process in their favors, due to their better position, are unable to do so.

destituída de qualquer implicação teleológica. Mas essa implicação é falaciosa. O sujeito, segundo Rawls, tem interesses terrenos mas não sabe quais são efetivamente. (RICOEUR, 1995, 68).

A capacidade de todas as pessoas realizarem em conjunto a escolha de quais serão os princípios de justiça que irão dirigir as instituições públicas na estrutura de base da sociedade somente é possível por não saberem quais condições particulares de bem, talentos e demais condições fáticas, seriam acessíveis no ato de defesa de seus próprios interesses.

Embora o contrato hipotético não possibilite o acesso às realidades circundantes, ele gera a responsabilidade daquele que escolhe os princípios de justiça com as gerações futuras. Atribui, assim, às pessoas na posição original responsabilidade com suas decisões.

As pessoas que se encontram na posição original são livres e racionais, elas defenderão seus fins, suas prioridades particulares, mas a ideia de contrato impossibilita que defendam diretamente seus interesses e sua concepção de bem na escolha dos princípios de justiça. “Na situação original, os indivíduos não sabem qual será a sua própria concepção de bem, mas sabem que os seres humanos preferem ter mais que menos bens sociais primários” (RICOEUR, 1995, p. 69). Assim, ninguém poderá, em uma deliberação, fazer uso de princípios de justiça sob medida para favorecer a si próprio.

Os princípios que emergem de seu procedimento puro serão justos por serem imparciais. Na estrutura teórica de Rawls, apresentada em TJ, a ideia do contrato é criar um procedimento imparcial, justo, sem que priorize um grupo ou uma concepção de vida boa e de bem.

O que garante a imparcialidade no procedimento é o fato de escolherem os indivíduos suas prioridades a partir de uma situação correspondente e hipotética uns com os outros. É uma condição contrafática e de igualdade, exclusivamente procedural.

A vantagem prática da justiça procedural pura é que não é mais necessário controlar a infinidade de circunstâncias nem as posições relativas mutáveis de pessoas particulares. Evitamos o problema de definir princípios que deem conta das enormes complexidades que surgiriam se esses detalhes fossem pertinentes. É um erro focalizar nossa atenção sobre as posições relativas variáveis dos indivíduos e exigir que toda mudança, considerada como uma transação única e isolada, seja em si mesma justa. É a organização da estrutura básica que deve ser julgada, e

julgada a partir de um ponto de vista geral. (RAWLS, 1971, p. 87, tradução nossa).¹⁰²

A concepção de justiça do autor é inherentemente estável e elimina as condições que dão origem ao comportamento destrutivo. Em seu entender, “se concebêssemos isso como um jogo, poderíamos dizer que elas lutam pelo maior placar absoluto possível” (RAWLS, 1971, p. 144, tradução nossa).¹⁰³

Rawls está interessado na interação social, mostrando que a sociedade está em um permanente jogo, mas que esse jogo não depende tão somente das práticas individuais, ações e “fichas dos jogadores”, depende verdadeiramente é da interação estabelecida entre as pessoas quando uma não sabe ao certo o que a outra pode fazer.

Pode-se, assim, chegar à conclusão de que somente haverá os pré-requisitos para o procedimento justo se houver uma Constituição política justa e instituições econômicas e sociais que, na estrutura de base da sociedade, atuarem imparcialmente.

Tenho enfatizado que esta posição original é puramente hipotética. É natural perguntar por que, se este acordo nunca realmente ficou, devemos ter qualquer interesse nesses princípios, moral ou não. A resposta é que a condição incorporada na descrição da posição original são aquelas que nós, de fato, aceitamos. Ou, se não aceitamos, então talvez possamos ser persuadidos a fazê-lo através da reflexão filosófica. (RAWLS, 1971, p. 21, tradução nossa).¹⁰⁴

Rawls não tinha no instrumento do contrato uma forma de explicar a conduta humana de maneira prescritiva. O que o autor pretende é fazer uso da teoria moral para refletir sobre as ações humanas que dizem respeito ao senso de justiça e aos seus juízos morais possíveis em uma sociedade bem-ordenada.

¹⁰² Now the great practical advantage of pure procedural justice is that it is no longer necessary in meeting the demands of justice to keep track of the endless variety of circumstances and the changing relative positions of particular persons. One avoids the problem of defining principles to cope with the enormous complexities which would arise if such details were relevant. It is a mistake to focus attention on the varying relative positions of individuals and to require that every change considered as a single translation viewed in isolation, be in itself just. It is the arrangement of the basic structure which is to be judged, and judged from a general point of view.

¹⁰³ Put in terms of the game, we might say: they strive for as high an absolute score as possible.

¹⁰⁴ I have emphasized that this original position is purely hypothetical. It is a natural to ask why, if this agreement is never actually entered into, we should take any interest in these principles, moral or otherwise. The answer is that the condition embodied in the description of the original position are ones that we do in fact accept. Or if we do not, then perhaps we can be persuaded to do so by philosophical reflection.

A justiça como imparcialidade é uma elaboração da teoria moral que permite um juízo ponderado em equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*) ser aplicado em instituições públicas democráticas. (RAWLS, 1971, p. 120).¹⁰⁵

Rawls pretende construir condição de possibilidade para que a racionalidade seja um elemento agregador e de integração social e não um instrumento de domínio e manipulação das instituições públicas por pessoas que tentam explorar privilégios circunstanciais em benefício próprio.

Para aproximar de um modelo em que pudesse se valer da concepção contratualista e racional, o autor afirma a necessidade dos dois princípios de justiça para a legitimidade das instituições sob o fundamento do consenso na posição original.

3.7 Os princípios de justiça

Como visto acima, o conceito de justiça como imparcialidade em Rawls necessariamente traz conjugada sua ideia de contrato hipotético, pois os efeitos da distribuição imparcial de bens primários (*primary goods*) e do princípio da diferença (*difference principle*) ocorrem sob a pergunta diretora: quais seriam os princípios aplicáveis na situação peculiar do seu contrato?

Rawls, sob o fundamento do construtivismo kantiano, afirma que todas as pessoas racionais, participantes de um procedimento de reflexão, escolheriam os princípios que definem os direitos e liberdades que devem integrar a estrutura de base da sociedade bem-ordenada. Os princípios escolhidos pela sociedade bem-ordenada seriam dois, que passariam a integrar a estrutura de base da sociedade.

O primeiro desses princípios é chamado de princípio da liberdade igual (*equal liberty principle*); o segundo é dividido em dois, o princípio da igualdade equitativa de oportunidade (*fair equality of opportunities*) e o princípio da diferença (*difference principle*). Rawls oferece, em sua formulação dos princípios, a seguinte organização:

Primeiro princípio:

¹⁰⁵ Quanto à ideia do equilíbrio reflexivo, trabalhar-se-á o conceito no próximo capítulo.

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

Segundo princípio:

As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, e (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade (RAWLS, 1971, p. 302, tradução nossa).¹⁰⁶

Esses dois princípios de justiça são aplicados na estrutura básica da sociedade e atribuem direitos e deveres, além de regularem as distribuições de vantagens econômicas e sociais. Dentro da perspectiva da posição original e do véu de ignorância, esses dois princípios seriam implementadores das posições iguais na sociedade.

Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo (RAWLS, 1971, p. 12, tradução nossa).¹⁰⁷

Os dois princípios devem ser aplicados de maneira léxica, serial e sucessiva, somente se deve aplicar o segundo princípio se as liberdades básicas forem efetivadas primeiramente. Ou ainda, só se deve aplicar a segunda parte do segundo princípio após aplicação de sua primeira parte. “À primeira vista, essa hierarquização parece um caso extremo e especial demais para despertar grande interesse; porém conta com mais justificativas do que se poderia imaginar a princípio” (RAWLS, 1971, p. 63, tradução nossa).¹⁰⁸

¹⁰⁶ First Principle

Eache person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.

Second Principle

Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both:

(a) To the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principles, and (b) Attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.

¹⁰⁷ The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensure that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency od social circumstances. Since all are similarly situated and no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain.

¹⁰⁸ Offhand, this ranking appears extreme and too special a case to be of much interest; but there is more justification for it than would appear at first sight.

3.7.1 O primeiro princípio de justiça

O primeiro princípio é o alicerce do pensamento liberal. Rawls o considera central para a autonomia da pessoa e não se tem, mesmo pelos críticos do autor, grandes discussões a respeito da defesa desse direito. O teórico está dando proteção especial ao que chama de liberdades básicas, como anteriormente visto.

As liberdades básicas compreendem padrões cívicos e políticos que caracterizam a democracia liberal. O direito de haver um processo que respeite o devido processo constitucional, a possibilidade de realizar um discurso livre de interferências políticas e ideológicas e de concorrer a cargos públicos de maneira imparcial com os demais candidatos são as condições imprescindíveis para a realização da democracia liberal. Esses direitos prioritários que o autor atribui às liberdades básicas são a fonte, o registro do seu liberalismo.

[...] a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensar; a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei. (RAWLS, 1971, p. 61, tradução nossa).¹⁰⁹

Pelo primeiro princípio, tem-se a ideia de que, independentemente de qual concepção de bem seja adotada no futuro, as instituições básicas da sociedade não podem gerar qualquer limitação, discriminação ou diferenciação entre as pessoas para sua realização. Esse princípio exige que as regras que definem as liberdades básicas se apliquem igualmente a todos os cidadãos pertencentes à sociedade bem-ordenada.

As liberdades básicas são aquelas regras públicas que se aplicam na estrutura de base da sociedade. São direitos e deveres que se aplicam a todos os cidadãos pelas principais instituições da sociedade.

O princípio da liberdade igual somente poderia ser restrito na medida em que interfira na garantia das iguais liberdades, de forma que:

¹⁰⁹ [...] political liberty (the right to vote and to be eligible for public office) together with freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person along with the right to hold (person) properly; and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law.

Todos os valores sociais – liberdade, oportunidade, renda, bens e as bases do respeito próprio – deveriam ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de um destes valores, ou de todos eles, viesse a trazer vantagens para todos. (RAWLS, 1971, p. 62, tradução nossa).¹¹⁰

As liberdades básicas constituem valor absoluto em relação a qualquer outro argumento.

3.7.2 O segundo princípio de justiça

O segundo princípio é o grande desafio da justiça distributiva, que somente possibilita uma desigualdade se ela for justa na medida em que traz benefícios também aos menos privilegiados da sociedade.

Na primeira parte do segundo princípio, lê-se princípio da igualdade equitativa de oportunidade, que é a busca por igualdade de oportunidade a partir da política distributiva justa.

Já na segunda parte do segundo princípio, lê-se princípio da diferença, que é o princípio que possibilita o tratamento diferenciado desde que se aplique o princípio das iguais oportunidades justas.

O segundo princípio tolera as desigualdades instituídas para gerar questões sociais mais justas através do favorecimento dos desfavorecidos. Herrero contribui para o entendimento do sentido dos dois princípios de justiça quando afirma que

A relação dos dois princípios nos mostra como a teoria da justiça de Rawls contribui para a reconstituição do ethos. Não adiantaria garantir a liberdade de todos se só os que contam com mais bens materiais, sociais e culturais podem tirar proveito. Importa ser livre, mas não numa situação de miséria e necessidade. Proteger a liberdade obriga, pois, a sociedade que quer ser justa a distribuir equitativamente bens que possibilitem exercer a liberdade. Assim é importante proteger a liberdade das pessoas, não porque isso maximize o benefício, mas porque exercer a capacidade de autodeterminação tem um valor em si mesmo. E o que é valioso e nos liga nos obriga e não pode ser submetido ao cálculo de utilidades. Assim, temos uma segunda resposta à pergunta “por que devo agir moralmente?”: porque sem uma distribuição justa dos bens não posso exercer o valor mais valioso da autonomia (HERRERO, 2004, p. 159).

¹¹⁰ All social values – liberty and opportunity, income and wealth and the bases of self-respect-are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone's advantage.

O segundo princípio tem como função primordial diminuir as desigualdades sociais, por isso se refere à distribuição de renda e bens. Esta não precisa ser igual para todos, mas há a necessidade de que seja vantajosa para todos, ao mesmo tempo, os cargos e posições de autoridade devem ser acessíveis a todos igualmente.

O segundo princípio é que garantirá a liberdade de igual cidadania entre os cidadãos e que estes também possam ter iguais oportunidades, sendo esses dois fatores requisitos essenciais de uma sociedade bem-ordenada.

No dizer do autor, “na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à negociação política nem ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, 1971, p. 4, tradução nossa).¹¹¹

Diferentemente do que se viu no utilitarismo, na perspectiva da TJ não há a possibilidade de se retirar a liberdade de alguém para beneficiar os demais, não se realiza cálculo utilitário de que a violação da liberdade de alguns possa beneficiar um número maior de outras pessoas. Não há na TJ o cálculo custo / benefício para regulamentar as ações justas das instituições públicas. Em suma, o fundamento utilitário não é válido para Rawls.

A *Theory of Justice* surge como teoria alternativa às duas correntes, o utilitarismo e o intuicionismo, e possibilita, a partir do construtivismo kantiano, a fundamentação do não uso das razões utilitárias para a construção da concepção de justiça através de pessoas livres e iguais.

Viu-se aqui que a concepção de pessoa trazida por Rawls, sob a influência de Kant, é o que distingue o autor da TJ das outras correntes construtivistas da filosofia moral. Mas como o desafio que Rawls se propõe, de constituir uma sociedade livre, justa e igualitária, não pode ficar restrito à sua clássica obra, deve-se passar a outras leituras do autor que proporcionam um avanço na análise das instituições públicas que atuam na estrutura de base da sociedade bem-ordenada. Pois, como nos lembra Dworkin,

A obra dos ícones filosóficos é rica o bastante para permitir a apropriação por meio da interpretação. Cada um de nós tem seu próprio Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls. E por um

¹¹¹ in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests.

motivo muito bom. Depois de todos os livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos que a aprender com esse homem (DWORKIN, 2010, p. 369).

Sob a necessidade de responder seus críticos e demonstrar o viés político e não metafísico, Rawls oferece seu livro *O Liberalismo Político (Political Liberalism)*. Nessa obra, o autor desenvolve as principais ideias apresentadas em *Uma Teoria da Justiça*, mas, agora, sob a perspectiva política. A filosofia moral perde espaço e a política é inserida na discussão como ponto central e estruturante de todo o seu raciocínio teórico, como se verá a seguir.

3.8 O liberalismo político e seus fundamentos teóricos

3.8.1 Por que escrever o *Liberalismo Político (Political Liberalism)*?

Rawls reuniu em *Political Liberalism* (1993 - LP) um conjunto de conferências que versavam sobre filosofia política para resolver os problemas de aplicação dos princípios de justiça.¹¹² Nessas conferências, além de responder aos seus críticos, ele também trata de problemas abertos na obra *A Theory of Justice* (1971 - TJ), procurando afastar possibilidades de realização de um projeto irrealista no livro ora publicado.

TJ tinha deixado um legado difícil para Rawls resolver, que é o de concretizar a ideia de estabilidade das instituições livres de um regime democrático, bem como o de realizar o projeto de uma sociedade bem-ordenada da justiça como imparcialidade.

Na década de 80, a revisão de alguns conceitos expostos em TJ¹¹³ e também a criação de outros na obra LP, fizeram com que Rawls passasse a tratar a questão

¹¹² O termo “filosofia política” foi utilizado por Rawls em três títulos anteriores: “Overlapping Consensus”, *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (February 1987): 23f., e “The Priority of Right and Ideas of the good,” *Philosophy and Public Affairs* 17 (Summer 1988):271,273, 275” (RAWLS, 2005, xiv).

¹¹³ Uma das alterações ocorridas, por exemplo, foi a do conceito de pessoa que se tinha na TJ, que sofreu modificação em LP. Antes, a base teórica estava fundada na moral kantiana; agora, o conceito de pessoa passa a ser político, de acordo com as teorias do liberalismo. Esse tema será mais

da justiça como imparcialidade, desde o princípio, como uma concepção política de justiça.¹¹⁴

A teoria da justiça como imparcialidade dispõe sobre o procedimento de realização de uma democracia deliberativa que constrói politicamente o conceito de justiça. Esse procedimento deliberativo tem por função atender a relação necessária entre o direito e a política, em que a política constitui o direito e o direito possibilita o exercício político do cidadão. É sob esse aspecto dual que a justiça como imparcialidade permite que a pessoa política, no exercício de suas liberdades básicas, possa configurar e legitimar suas instituições públicas e democráticas.

Rawls em TJ utilizou a concepção de pessoa fundada em Kant, em que encontrou fundamentado o conceito de liberdade, dignidade e de autonomia. Já no LP o autor se afasta de alguns fundamentos teóricos kantianos, sem esquecê-los, para melhor elaborar uma teoria que proporcionasse ao sujeito moderno o exercício de sua autonomia através do exercício político igual e, agora, de maneira intersubjetiva, o que era irrealizável a partir tão somente da matriz kantiana.¹¹⁵

Rawls reduziu os traços metafísicos de TJ e transformou sua teoria da justiça como imparcialidade em uma concepção política de justiça capaz de se sustentar por si só. Portanto, o conceito de pessoa ao qual Rawls se refere é agora política e normativa.

O jurídico é constituído pelo construtivismo político. O político em Rawls faz a mediação entre a moral (doutrinas abrangentes razoáveis) e o direito (instituições públicas). O exercício cívico, dentro da proposta do liberalismo político, faz parte dos direitos políticos dos cidadãos que compartilham o mesmo status de cidadania e, basicamente, atuam na estrutura de base da sociedade.

trabalhado à frente na pesquisa. Para melhor compreensão da questão, veja-se KANT (2003) e RAWLS (2005), no capítulo “The political conception of the person”.

¹¹⁴ Rawls modifica uma família de ideias que, no decorrer da década de 80, acaba por criar novos conceitos que são apresentados na obra LP. Essas alterações focaram o direcionamento da sua teoria para que toda sua estrutura fosse voltada para a filosofia política e não mais tão-somente para filosofia moral. Com isso, o autor passa a interpretar a TJ, que fora publicada em 1971, como uma teoria política que também faz parte da justiça como imparcialidade. Vide o autor nesse sentido: “É surpreendente essa mudança, por sua vez, obriga a que muitas outras sejam feitas e requer toda uma família de ideias que antes não eram necessárias.” (RAWLS, 2005, p. xvi, tradução nossa). “Surprisingly, this change in turn forces many other changes and calls for a family of ideas not needed before.”

¹¹⁵ Apesar de Kant ser um dos maiores pensadores da história da filosofia, a ideia de pessoa epistêmica por ele apresentada está fadada ao fracasso por estar inserida em um “solipsismo metodológico”, presa ainda ao paradigma chamado de “mentalista”. (GALUPPO, 2002, p. 107; HABERMAS, 2004b, p. 190).

Rawls aponta a diferença entre valores morais de valores políticos fazendo referência à autonomia, que pode assumir duas formas. Uma dessas formas é a autonomia política, a independência legal e a integridade política garantida aos cidadãos no exercício do poder político. A outra forma é a autonomia moral que está vinculada ao alcance dos fins. Apesar de a autonomia moral ocupar importante lugar na história, ela não consegue satisfazer o critério de reciprocidade exigido pelos princípios políticos razoáveis. Portanto, a ideia de pessoa dotada de autonomia moral é transformada em pessoa política, em cidadão. (RAWLS, 2005).

Em LP, a pessoa política é vista como apta a participar e desempenhar deveres e direitos: “alguém que é capaz de ser um cidadão, isto é, um membro normal e plenamente cooperativo da sociedade ao longo da vida inteira.” (RAWLS, 2005, p. 18, tradução nossa).¹¹⁶ A obra pressupõe a construção de um núcleo normativo a partir do construtivismo político permanente que só é possível através do exercício das liberdades cívicas. Aí a democracia constitucional tem como fundamento o procedimento deliberativo e igualitário, que garante aos cidadãos, a partir de suas atribuições cívicas, a igual participação na construção das instituições e na escolha dos princípios que as conduzem.

É preciso enfatizar que uma concepção de pessoa, da forma como a entendo aqui, é uma concepção normativa, quer seja legal, política, moral ou até mesmo filosófica ou religiosa, dependendo da visão geral à qual pertence. No presente caso, a concepção de pessoa é moral e tem como ponto de partida nossa concepção cotidiana de pessoa entendida como pessoa uma unidade básica de pensamento, deliberação e responsabilidade, sendo então ajustada a uma concepção política de justiça, e não a uma doutrina abrangente. Trata-se, com efeito, de uma concepção política de pessoa e, considerando-se os objetivos de justiça como imparcialidade, é uma concepção apropriada para servir de base à cidadania democrática. Como concepção normativa que é, deve ser distinguida de uma interpretação da natureza dada pelas ciências naturais ou teoria social. O papel que essa concepção desenha em justiça como imparcialidade é distinto. (RAWLS, 2005, p. 18).¹¹⁷

¹¹⁶ Person is someone who can be a citizen, that is, a normal and fully cooperating member of society over a complete life.

¹¹⁷ I should be emphasized that a conception of the person, as I understand it here, is a normative conception, whether legal, political, or moral, or indeed also philosophical or religious, depending on the overall view to which it belongs. In the present case the conception of the person is a moral conception, one that begins from our everyday conception of person as the basic units of thought, deliberation, and responsibility, and adapted to a political conception of justice and not to a comprehensive doctrine. It is in effect a political conception of the person, and given the aims of justice as fairness, a conception suitable for the basis of democratic citizenship. As a normative conception, it is to be distinguished from an account of human nature given by natural science and social theory and it has a different role in justice as fairness.

O procedimento construtivo de escolha dos princípios de justiça pelos próprios cidadãos torna possível a concepção política de justiça e o apoio cooperativo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis.

O objetivo central de *Political Liberalism* é dar vazão à possibilidade de uma base de justificação pública razoável que visa responder às principais questões de justiça liberal igualitária em uma sociedade bem-ordenada (*well-ordered society*) formada por doutrinas abrangentes razoáveis.¹¹⁸ Acerca do objetivo que persegue, observe o que Rawls afirma: “O objetivo da justiça como imparcialidade é, por conseguinte, prático: ela se apresenta como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político refletido, bem informado e voluntário.” (RAWLS, 2005, p. 10, tradução nossa).¹¹⁹

3.8.2 A construção procedural da concepção política de justiça através da participação democrática da sociedade pluralista e bem-ordenada.

Ao escrever LP, Rawls acredita que a diversidade de doutrinas abrangentes razoáveis resulte da cooperação e tolerância entre os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada guiada por uma concepção política de justiça. Nessa sociedade, a construção normativa ocorre na atuação das práticas políticas fundamentadas e justificadas publicamente pelas instituições públicas.

Uma sociedade bem-ordenada não é uma sociedade privada, sua característica é possuir membros cooperativos que atuam sob uma concepção de justiça compartilhada que, embora seja marcada pelas diferenças, pelo pluralismo de doutrinas abrangentes razoáveis, não subscreve nenhuma delas especificamente. A sociedade bem-ordenada, para Rawls, pode ser compreendida da seguinte maneira:

Recorda-se (de I:6.1) que dizer que uma sociedade é bem-ordenada por uma concepção de justiça significa três coisas: a) que em uma sociedade em que todo mundo aceita, e sabe que todos os demais aceitam e

¹¹⁸ Aqui, o termo “doutrina” não significa fonte do direito, não se trata de “doutrina do direito”. Antes, diz respeito a “visões abrangentes de todos os tipos”: morais, filosóficas, religiosas, de crenças e práticas sociais mais diversas” (RAWLS, 2005, p. 441).

¹¹⁹ The aim of justice as fairness, then, is practical: it presents itself as a conception of justice that may be shared by citizens as a basics of a reasoned, informed, and willing political agreement.

endossam publicamente os mesmos princípios de justiça; b) que reconhece publicamente, ou há boas razões para acreditar nisso, que sua estrutura básica – suas principais instituições políticas e sociais e o modo como se articulam em um sistema de cooperação – satisfaz esses princípios; c) que os cidadãos têm um senso de justiça que em geral é efetivo, isto é, um senso de justiça que os capacita a entender e a aplicar os princípios de justiça e, na maior parte dos casos, a agir em consonância com esses princípios, conforme as circunstâncias o exijam. Penso que a unidade social assim concebida é a mais desejável concepção de unidade de que dispomos. Isto representa o limite do que é melhor em termos práticos. (RAWLS, 2005, p. 202, tradução nossa).¹²⁰

A pretensão do autor é apresentar uma concepção política de justiça que se sustente por si só, que possa alcançar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis:

O liberalismo político está em busca de uma concepção política de justiça que, esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis em uma sociedade que seja regulada por tal concepção (RAWLS, 2005, p. 10, tradução nossa).¹²¹

Para o autor, uma **concepção política de justiça** tem três características que a distinguem da concepção de justiça metafísica: 1) seu objeto – se aplica às instituições políticas, sociais e econômicas da sociedade, ou seja, à sua estrutura básica da sociedade; 2) seu modo de apresentação – uma visão que se sustenta por si própria; 3) seu conteúdo – “se expressa por meio de certas ideias fundamentais percebidas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática.” (RAWLS, 2005, p. 13, tradução nossa).¹²²

Rawls não mais pondera sob os moldes da metodologia apresentada em *TJ*. Agora o autor visa à estrutura básica da sociedade politicamente estabelecida por procedimentos racionais que possibilitam às instituições públicas justificarem suas ações a partir de princípios de justiça. O autor identifica outro alcance de aplicação

¹²⁰ Recall (from I:6.1) that to say a society is well-ordered by a conception of justice means three things: a) that it is a society in which everyone accepts, and knows that everyone else accepts and publicly endorses, the very same principles of justice; b) that its basic structure-its main political and social institutions and how they hang together as one system of cooperation-is publicly known, or with good reason believed, to satisfy those principles; and c) that citizens have a normally effective sense of justice, that is, one that enable them to understand and from them as their circumstances require. I believed that social unity so understood is the most desirable conception of unity available to us; it is the limit of the practical best.

¹²¹ Political liberalism looks for a political conception of justice that we hope can gain the support of an overlapping consensus of reasonable religious, philosophical, and moral doctrines in a society regulated by it.

¹²² Expressed in terms of certain fundamental ideas seen as implicit in the public political culture of a democratic society.

metodológica em LP, quer dizer, em vez de tentar abranger todas as doutrinas desenvolvidas e aplicadas a um “*amplo leque de objetos*”, como a religião, a moral e a filosofia, irá agora focar no âmbito de menor alcance, que é a política. “O liberalismo político oferece, então, uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, e não para a vida como um todo” (RAWLS, 2005, p. 175, tradução nossa).¹²³

A concepção política de justiça é uma concepção cujo conteúdo é determinado por ideais, princípios e critérios que são tidos como normas que articulam valores políticos. Esta concepção normativa que oferece as bases para o exercício político dos cidadãos, agentes políticos que agem com base nos critérios de reciprocidade e razoabilidade, advém de fatos constatativos de dever. Portanto, a normatividade ocorre pela pessoa política que, na esfera do exercício do dever de civilidade, agindo com base na reciprocidade, acolhe uma concepção política que guia a estrutura básica da sociedade. Essa é uma questão central para a democracia deliberativa, principalmente, para o que se propõe a estudar, as audiências públicas. Nos dizeres do autor: “Ao dizer que uma concepção é moral, quero dizer, entre outras coisas, que seu conteúdo é determinado por certos ideais, princípios e critérios e que essas normas articulam certos valores que, neste caso, são políticos”. (Rawls, 2011, p. 13).¹²⁴

O Liberalismo Político comprehende a busca pela concepção política de justiça que, a partir da reunião de critérios de legitimidade e justificação pública, apoia-se no consenso sobreposto e na ideia de razão pública. Basicamente, é a procura pela estabilidade de uma sociedade bem-ordenada que atue na estrutura de base da sociedade (*basic structure of society*) (RAWLS, 2005).

A estrutura de base da sociedade tem como fundamento as principais instituições públicas sociais, políticas e econômicas que são por todos, conjuntamente, configuradas no decorrer do tempo e sempre com uma perspectiva de futuro, preocupando-se com as gerações que estão por vir. A respeito dela, Rawls assim se expressa: “Por estrutura básica, eu quero dizer as principais instituições políticas, sociais e econômicas, e como elas se encaixam umas nas outras em um sistema unificado de cooperação social de uma geração à seguinte.”

¹²³Political liberalism presents, then, a political conception of justice for the main institutions of political and social life, not for the whole of life.

¹²⁴In saying that a conception is moral, I mean, among other things, that its content is given by certain ideals, principles and standards; and that these norms articulate certain, in this case political values.

(RAWLS, 2005, p. 11, tradução nossa).¹²⁵ A estrutura básica da sociedade é composta por inúmeras instituições, e o foco inicial de uma concepção política de justiça é a estrutura dessas instituições, os princípios, padrões e preceitos que a ela se aplicam, bem como a forma com que estes se expressam no caráter e atitude dos membros da sociedade. Basicamente, ela garante ao cidadão a efetividade dos direitos políticos bem como suas liberdades fundamentais básicas. A sociedade bem-ordenada é fechada e autossuficiente no que diz respeito à determinação de seus princípios de justiça. Observe Rawls a respeito:

Foco inicial, então, de uma concepção política de justiça é a moldura de instituições básicas e dos princípios, dos padrões e dos preceitos que a ela se aplicam, bem como a forma como essas normas são expressas no caráter e comportamento dos membros da sociedade que realizam seus ideias. (RAWLS, 2005, p. 12, tradução nossa).¹²⁶

Trata-se de uma sociedade autossuficiente, na qual os membros entram ao nascer e só saem ao morrer, o que é uma visão que se sustenta por si própria e que possui como marca o pluralismo razoável.

Como existem **doutrinas abrangentes razoáveis** que são diferentes por possuírem distintas compreensões morais, religiosas e filosóficas, torna-se necessário estabelecer consensos que visam à formação do direito, bem como à aplicação dos princípios de justiça, que, primeiramente, são chamados de consensos constitucionais e, posteriormente, de consensos sobrepostos.¹²⁷

Em virtude de ser uma sociedade heterogênea, com multiplicidade de visões de mundo, de conceitos de vida boa, é que se precisa realizar consenso para situar pontos comuns a respeito das múltiplas possibilidades de acordos na sociedade. Essa atividade consensual deve ser permanente e exige espaço democrático para que ocorra, uma vez que, para Rawls, uma doutrina razoável é fruto do exercício da

¹²⁵ By the basic structure I mean a society's main political, social, and economic institutions, and how they fit together into one unified system of social cooperation from one generation to the next.

¹²⁶ "Initial focus, then, of a political conception of justice is the framework of basic institutions and the principles, standards, and precepts that apply to it, as well as how those norms are to be expressed in the character and attitudes of the members of society who realize its ideals". Esta ideia de Rawls será trabalhada com maior profundidade no Cap. III.

¹²⁷ Quanto à expressão doutrina, veja nota do autor: Usarei o termo "doutrina" para visões abrangentes de todos os tipos e o termo "concepção" para uma concepção política e suas partes componentes, como a concepção de pessoa como cidadão. O termo "ideia" é usado como termo geral e pode referir-se a qualquer um dos dois, de acordo com o contexto (RAWLS, 2005, p. 441, tradução nossa). I shall use the term "doctrine" for comprehensive views of all kinds and the term "conception" for a political conception and its component parts, such as the conception of the person as citizen. The term "idea" is used as a general term and may refer to either as the context determines.

razão teórica que organiza e caracteriza os valores reconhecidos de modo que sejam compatíveis entre si e expressem uma visão de mundo inteligível (RAWLS, 2005).

O **pluralismo razoável** (*reasonable pluralism*) é capaz de lidar com as doutrinas razoáveis e incompatíveis entre si. Ele surge em contraposição ao **pluralismo simples** (*simple pluralism*), que apenas reconhece as concepções opostas de bem. O fato do pluralismo razoável é uma característica fundamental das sociedades que adotam uma concepção política de justiça.

Rawls considera que o problema da estabilidade da filosofia política está relacionado, dentre outros fatores, à ideia de pluralismo razoável em contraposição ao pluralismo simples (RAWLS, 2005).

A distinção entre o pluralismo simples e o pluralismo razoável é fundamental em LP. A diferença afasta qualquer possibilidade de relativização do princípio da igualdade. Quer dizer, Rawls evita com essa distinção que toda diferença social, cultural ou econômica seja válida como fundamento de ação, de que tudo seja possível dentro das garantias liberais do fundamento absoluto de igualdade, de que toda construção de sentido seja válida, de que pelo fato de ser indivíduo singular, único e livre teria de ser respeitado independentemente de qualquer ação. Rawls chama esse pluralismo de simples por relatar tão somente uma simples diferença entre sujeitos que vivem em uma mesma sociedade. Mas sabe-se que esse conceito é insuficiente para a sociedade política e bem-ordenada, a qual Rawls, a partir de LP, procura organizar.

Rawls transforma o pluralismo simples em pluralismo razoável como resultado de longo prazo do uso da razão humana e da característica de uma cultura pública democrática. A existência de um pluralismo razoável leva à ideia de concepção política de justiça e à própria ideia de liberalismo político. Para isso, o autor concilia a ideia de **racional e razoável**:

O racional é, no entanto, uma ideia distinta do razoável e se aplica a um agente único e unificado (seja pessoa física ou jurídica) dotado das faculdades de julgamento e deliberação na busca de realizar fins e interesses que lhes são peculiares. (RAWLS, 2005, p. 50, tradução nossa).¹²⁸

¹²⁸ The rational is, however, a distinct idea from the reasonable and applies to a single, unified agent (either an individual or corporate person) with the powers of judgment and deliberation in seeking ends and interests peculiarly its own.

As pessoas são racionais na procura de efetivar seus fins de forma inteligente, ao passo que são consideradas razoáveis quando em um aspecto fundamental, suponhamos entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação (RAWLS, 2005, p. 50). Em outras palavras, uma pessoa é racional quando almeja realizar seus fins, sejam eles quais forem. A pessoa é razoável quando guia sua conduta sabendo que pode raciocinar em conjunto, não sendo egoísta nas suas ações.

O razoável tem um componente de razão pública, de cooperação entre os cidadãos que o racional não tem. Outra diferença entre o racional e o razoável “é que o razoável é público, o que o racional não o é.” (RAWLS, 2005, p. 53, tradução nossa).¹²⁹ Mas nessa dinâmica pensada por Rawls, de sociedade como um sistema equitativo, “o razoável e o racional são complementares” (DE MAGALHÃES, 2011, p. 267), o que não quer dizer que o razoável derive do racional. Aquele tem um componente da ação moral que este não tem.

Como ideias complementares que são, nem o razoável nem o racional podem dispensar um ao outro. Agentes que fossem somente razoáveis não teriam fins próprios que desejasse realizar por meio da cooperação equitativa; e agentes que são somente racionais carecem de um senso de justiça e não conseguem reconhecer a validade independente das demandas do outro. (RAWLS, 2005, p. 52, tradução nossa).¹³⁰

Rawls esclarece qual seria a viabilidade do razoável em sua teoria e como ele é realizável em uma sociedade que se autossustenta a partir do princípio da tolerância e da cooperação. Ser razoável é adotar uma ideia política de cidadania que inclui o conceito de razão pública. Desse modo, o pluralismo razoável passa a ser característica da sociedade democrática que aplica à própria filosofia o **princípio da tolerância**. Fazer valer um espaço de convivência em que doutrinas abrangentes e conflitantes possam se manifestar com respeito recíproco é aplicar a ideia de razoável na sociedade bem-ordenada.

Mas para se alcançar a tal razão compartilhada, a concepção política de justiça tem de ser, tanto quanto possível, independente das doutrinas filosóficas e religiosas incomensuráveis e conflitantes que os cidadãos

¹²⁹ Is that the reasonable is public in a way the rational is not.

¹³⁰ As complementary ideas, neither the reasonable nor the rational can stand without the other. Merely reasonable agents would have no ends of their own they wanted to advance by fair cooperation; merely rational agents lack a sense of justice and fail to recognize the independent validity of the claims of others.

professam. Ao formular uma concepção dessa natureza, o liberalismo político aplica o princípio da tolerância à própria filosofia (RAWLS, 2005, p. 9-10, tradução nossa).¹³¹

Pensar os limites da convivência ou da utilização da razão prática individual ajuda a elucidar melhor o problema de LP, quer dizer: até que ponto o princípio da tolerância deve ser aplicado para se conviver com a diversidade? Qual é o limite que a pessoa impõe à sua razão? Em uma sociedade extremamente dividida por doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes, muitas vezes inconciliáveis, como seria possível construir uma concepção política de justiça para especificar os termos equitativos de cooperação social em uma sociedade democrática? Ou ainda, como o próprio autor pergunta: “Como é possível existir no tempo uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?” (RAWLS, 2005, p. 4, tradução nossa).¹³² Essas perguntas centrais são apresentadas basicamente nos últimos séculos pelos filósofos da política, para as quais o liberalismo político traz contribuição singular ao disciplinar sobre a democracia deliberativa.

Inicialmente, Rawls segue o modelo clássico de princípio da legitimidade, que os filósofos políticos assim definem: “é legítima a normatividade que puder ser reconhecida por todos os cidadãos no uso público da razão” (WERLE, 2008, p. 24). Em um segundo momento, em que se dá a aplicação da razão pública, a legitimidade passa a residir na politização do conceito kantiano de autonomia, que Rawls vai por fim interpretar de modo intersubjetivo.

O autor de LP visa a garantir que as liberdades básicas de todos sejam efetivadas independentemente da doutrina abrangente que venha o cidadão a adotar. Em LP, ele valoriza a construção do pensamento democrático e atribui a cada indivíduo a responsabilidade pela defesa e construção dos direitos, da concepção política de justiça que cada comunidade política possui, cada sociedade bem-ordenada reconhece como justo. Trata-se do **dever de civilidade**, que cada indivíduo, ao estabelecer a própria trajetória dentro da sociedade, assume percorrer.

Observe Rawls:

¹³¹ But to attain such a shared reason, the conception of justice should be, as far as possible, independent of the opposing and conflicting philosophical and religious doctrines that citizens affirm. In formulating such a conception, political liberalism applies the principle of toleration to philosophy itself.

¹³² how is possible for there to exist over time a just and stable society of free and equal citizens, who remain profoundly divided by reasonable religious, philosophical, and moral doctrines?

E como o exercício do poder político deve ser em si mesmo legítimo, o ideal de cidadania impõe aos cidadãos o dever moral, não legal – o dever de civilidade –, de ser capaz de explicar uns perante os outros, quando se trata dessas questões fundamentais, como os princípios e as políticas que preconizam e nos quais votam podem se apoiar nos valores políticos da razão pública (RAWLS, 2005, p. 217, tradução nossa).¹³³

Portanto, pode-se afirmar que a teoria de Rawls não é uma teoria substancial, mas sim procedural liberal igualitária. Quer dizer, não visa a adotar uma doutrina abrangente específica, um modelo de vida boa, uma concepção de bem antes que seja concebido o que seja o justo. Muito pelo contrário, visa a configurar uma teoria que aproxime os diferentes através da cooperação social, como forma de um benefício mútuo entre as diversas doutrinas abrangentes, que é um desafio que não termina com LP.

Não é porque as doutrinas abrangentes sejam diferentes é que devem a todo tempo divergir quanto ao conteúdo da razão pública. Em alguns momentos, podem e devem divergir, o que é característica de uma sociedade democrática livre e que procura encontrar politicamente os pontos de encontro quanto ao conceito de justo. O importante é que as diferenças existentes entre as doutrinas abrangentes da sociedade bem-ordenada sejam utilizadas como um ponto de encontro, como um consenso constitucionalmente estabelecido de respeito às diferenças existentes faticamente.

Rawls vai afirmar que essa problematização pode ser respondida com a justiça como imparcialidade ao assinalar que as instituições básicas devem seguir os princípios de justiça como uma orientação para a efetividade das iguais liberdades básicas dos cidadãos (RAWLS, 2005, p. 05). Ele revela que, quando as instituições básicas agem garantindo as iguais liberdades básicas dos cidadãos, elas acabam por atuar de maneira mais adequada. Desse modo, em LP, o autor não se ocupa dos problemas da filosofia moral a não ser quando esta se apoia em um regime constitucional. A partir de então, sua atenção é voltada à filosofia política com o objetivo de encontrar as bases compartilhadas para resolver as questões fundamentais de uma sociedade bem-ordenada, de instituições justas e igualitárias.

¹³³ And since the exercise of political power itself must be legitimate, the ideal of citizenship imposes a moral, not a legal, duty-the duty of civility-to be able to explain to an another on those fundamental questions how the principles and policies they advocate and vote for can be supported by the political values of public reason.

Vê-se isso nas próprias palavras do autor: “a filosofia política, tal como compreendida em liberalismo político, consiste em larga medida de variadas concepções políticas do direito e da justiça concebidas como se sustentassem por si próprias.” (RAWLS, 2005, p. 374, tradução nossa).¹³⁴

O filósofo de Harvard propõe ainda que o papel da filosofia política deve ser o de especificar quais seriam as instituições mais adequadas para efetivar as iguais liberdades básicas estabelecidas pelos princípios de justiça. Ele tem consciência da dimensão, do amplo leque de atuação das possíveis instituições. Assim, nesse sentido, discordâncias seriam inevitáveis para a concretização de consensos, mas elas, por outro lado, fariam parte do processo democrático.

As escolhas de quais instituições devem ser organizadas e de como as organizar para efetivar as iguais liberdades dos cidadãos são pontos fixos provisórios (*are provisional fixed points*) que os próprios cidadãos, no exercício de suas razões, aceitam e articulam entre si, através da concepção política de justiça. Para Rawls:

Uma concepção política é, no melhor dos casos, somente uma estrutura de deliberação e de reflexão que serve de guia e pode nos ajudar a alcançar um acordo político, pelo menos sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica. (RAWLS, 2005, p. 154, tradução nossa).¹³⁵

O autor visa ao compartilhamento da autocompreensão normativa da sociedade bem-ordenada e política que estabelece seu conceito de justiça. Observe a pergunta que o autor levanta:

Como a filosofia política poderia descobrir um fundamento comum para solucionar uma questão tão fundamental como é a de especificar a família de instituições mais apropriada para garantir a liberdade e a igualdade democrática? (RAWLS, 2005, p. 8, tradução nossa).¹³⁶

Rawls aponta, como ponto de partida, um exame da cultura pública que guarda em si os princípios e ideias fundamentais da sociedade que são implicitamente reconhecidos. O que o autor pretende é articular essas ideias e

¹³⁴ Political philosophy, as understood in political liberalism, consists largely of different political conceptions of right and justice viewed as freestanding.

¹³⁵ A political conception is at best but a guiding framework of deliberation and reflection which helps us reach political agreement on at least the constitutional essentials and the basic questions of justice.

¹³⁶ How might political philosophy find a shared basis for settling such a fundamental question as that of the most appropriate family of institutions to secure democratic liberty and equality?

princípios de forma clara, em uma concepção política de justiça que seja condizente com as convicções firmemente estabelecidas pelos próprios cidadãos de uma sociedade bem-ordenada.

Pode ser que a **cultura política pública** (*public political culture*) esteja dividida profundamente no que diz respeito à determinação dessas ideias e princípios, mas não há como ser diferente em uma sociedade pluralista e razoável. O que se propõe é uma ideia central e organizadora do sistema social que possa fazer o ajuste de princípios e valores no decorrer do tempo para se chegar a uma sociedade justa e igualitária. Segundo o autor, “essa ideia organizadora é a sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo da vida.” (RAWLS, 2005, p. 9, tradução nossa).¹³⁷

Diante da perspectiva de um pluralismo razoável, em que doutrinas religiosas, morais, filosóficas estão sob o mesmo projeto de convivência, essas doutrinas devem ser razoáveis, ou seja, apesar de serem diferentes, são aceitáveis e toleráveis dentro das práticas sociais. Em face dessa situação, algumas perguntas são pertinentes. O que se poderia considerar como uma religião válida em uma democracia constitucional? Até que ponto deve haver o respeito e tolerância entre as religiões? Como as religiões em geral podem ser reconhecidas e toleráveis socialmente?

O pluralismo razoável é a condição de possibilidade para a construção da democracia constitucional e para uma forma de governo que se considere autossuficiente para determinar seus valores. A proposta do autor é possibilitar uma concepção política de justiça que, após cuidadosa reflexão, mostra-se consistente com os juízos ponderados, isso é o que o autor denomina de **equilíbrio reflexivo** (*reflective equilibrium*).

É com a ideia do método do equilíbrio reflexivo que a deliberação pública em uma democracia constitucional passa a tomar a dianteira para a validade normativa. Em Rawls, a submissão dos princípios de justiça ao teste do equilíbrio reflexivo tem como escopo tornar a teoria mais realista e se afastar de possíveis críticas, como as recebidas em TJ.

¹³⁷ This organizing idea is that of society as a fair system of social cooperation between free and equal persons viewed as fully cooperating members of society over a complete life.

O método do equilíbrio reflexivo também contribui para o ajuste dos princípios de justiça às condições históricas e sociais da sociedade democrática. Esse processo de adaptação dos princípios de justiça à realidade social, por exemplo, mostra que a deliberação pública possibilita uma transição de consensos que se sobrepõem no decorrer do tempo e do espaço. Isso significa que, para que haja acordo público, tem-se de encontrar um caminho de articulação de ideias e princípios dentro de uma concepção política de justiça. O equilíbrio reflexivo funciona como uma instância de teste e de reconciliação entre os princípios de justiça e os valores da eticidade concreta (WERLE, 2008, p. 24).

Rawls, ao fazer menção ao equilíbrio reflexivo, remete ao problema central desta tese, que é o papel dos fóruns públicos políticos para a construção dos consensos e de realização do equilíbrio reflexivo. Ao propor a realização de fóruns públicos pelas instituições de base da sociedade, o autor possibilita que a justificação pública ocorra de tal forma que fundamente as razões adequadas a serem aplicadas na decisão. É através do equilíbrio reflexivo que será possível estabelecer princípios de justiça para regular e configurar a estrutura básica da sociedade.

O autor faz uso de dois argumentos para fundamentar seus princípios de justiça como imparcialidade.¹³⁸ O primeiro deles é o contrato hipotético (posição original), que coloca os indivíduos em uma mesma posição deliberativa. Rawls considera a posição original no LP apenas como uma explicação figurada, um dispositivo de representação (*device of representation*) que se presta a descrever como cada cidadão livre e igual está sujeito à apresentação de boas razões (RAWLS, 2005, p. 27). Já o segundo refere-se ao método do equilíbrio reflexivo, trabalhado em TJ e também usado em LP. Trata-se de duas ideias que são

¹³⁸ Rawls também reformula os princípios básicos de justiça em LP, agora apresentados da seguinte maneira: “a) Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido. b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem ser estabelecidas para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade.” (RAWLS, 2005, p. 6, tradução nossa). a) Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic right and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value. b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.

complementares e ainda estão conectadas a vários outros conceitos, mas principalmente, ao de consenso sobreposto e ao de razão pública, como se verá mais adiante.

Rawls percorre duplo caminho ao tratar a legitimidade do direito. Primeiro, de reconhecer a necessidade de concepção política de justiça que deve ser concebida pelas pessoas livres e iguais da sociedade bem-ordenada. Segundo, o de reformular, a partir de LP, a concepção de pluralismo e das doutrinas abrangentes, que devem agora ser também razoáveis. Percorrer essa trajetória é necessário tanto para conceber uma sociedade livre, justa e igualitária quanto para aceitar as diversas concepções de bem que não ultrapassam os limites constitucionais. Nesse caminho, observe-se:

Nosso exercício do poder político é apropriado e, portanto, justificável somente quando exercido em conformidade com uma Constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente supor que todos os cidadãos subscrevam, à luz de princípios e ideais que são aceitáveis para eles, na condição de razoáveis e racionais. Este é o princípio liberal de legitimidade (RAWLS, 2005, p. 137, tradução nossa).¹³⁹

O princípio da legitimidade em Rawls tem como fundamento a razão pública, que é expressão do exercício das virtudes políticas dos cidadãos para a construção de uma concepção política de justiça. É essa concepção que regular a sociedade e também compõe a base das discussões públicas e políticas, ela ocorre na atuação cooperativa de uma sociedade liberal e igualitária, que compartilha consensos a partir da atividade política.

As pessoas aceitam os termos normativos que estabelecem limites aos exercícios individuais, coletivos e institucionais através do direito, mas só o fazem sob o fundamento do exercício político igualitário. A construção das decisões deve ocorrer sob essa base normativa legitimadora do uso público da razão que visa à aceitação dos atingidos pela decisão.¹⁴⁰

O critério de legitimidade se descobre na justificação pública. É o vínculo entre a justificação pública e o equilíbrio reflexivo que possibilita que o Estado possa

¹³⁹ Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the Essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason. This is the liberal principle of legitimacy.

¹⁴⁰ Os termos razão pública e uso público da razão serão melhores trabalhados no decorrer do capítulo, de forma que se terá a distinção clara entre a concepção e aplicação dos mesmos.

ser visto como uma autoridade política justa. Ao mesmo tempo, o que o caracteriza, em diferentes estágios de aplicação dos princípios de justiça, a partir de regras de argumentação, é a razão pública exercida de maneira legítima para a orientação e delimitação dos fundamentos da aplicação desses princípios de justiça para constituir o equilíbrio reflexivo.

A formação política de autogoverno, a partir da efetividade de iguais direitos e liberdades, possibilita a legitimidade das instituições públicas democráticas. A matriz diretora da pesquisa passa pela possibilidade de participação da cultura de fundo (*background culture*) da sociedade civil na construção da democracia constitucional, uma vez que é através da razão pública que se poderá efetivar o uso legítimo da política.

As doutrinas abrangentes fazem parte do que Rawls denomina “*cultura de fundo*”, uma cultura da vida cotidiana, na qual as instituições expressam ideias e princípios que são compartilhados, mesmo que implicitamente (RAWLS, 2005). Essa cultura de fundo é composta por igrejas, universidades, associações em geral, o que se chama de sociedade civil.

A relação necessária dos conceitos de sociedade civil e razão pública depende dos processos de construção e de utilização pública da razão na formação do uso do poder político do Estado. É importante ter isso em mente porque o recorte escolhido para o desenvolvimento desta pesquisa é a possibilidade de correlacionar os conceitos de sociedade civil e razão pública na verificação da relação necessária entre eles nas audiências públicas.

Pensar a sociedade civil a partir de Rawls é pensar a construção do regime democrático constitucional a partir da filosofia política de igualdade de oportunidade e legitimidade das instituições públicas de tomada de decisão nas deliberações públicas.

O repensar do papel e da contribuição que a cultura de fundo da sociedade civil pode proporcionar para a formação da razão pública é um exercício que exige o reconhecimento, principalmente, do discurso político e jurídico, cada qual em seu momento e separadamente.

Mas o mais importante que deve ser afirmado inicialmente e que caracteriza bem o liberalismo igualitário e, consequentemente, seu modelo procedural, é que, apesar de propor uma concepção política de justiça, ele não adota nenhuma visão abrangente específica. O liberalismo político sustenta a si próprio de forma que

não precisa se apoiar em nenhuma doutrina metafísica ou moral. Necessita tão somente voltar-se para o exercício da política na construção da concepção de justiça.

Na fundamentação da participação democrática de formação das instituições políticas justas, afirma Rawls a necessidade dos fóruns deliberativos em que doutrinas razoáveis abrangentes e conflitantes possam vir a chegar ao entendimento comum de quais serão as razões escolhidas para pensar as políticas fundamentais. Certo é que os conflitos são comuns em uma sociedade em que os cidadãos possuem como virtude, como dever de civilidade, fazer com que os agentes públicos sejam fieis à razão pública.

A sociedade é política em Rawls e possui dois importantes aspectos. O primeiro é que dela só sairemos com a morte; o segundo é que, apesar de ser sempre um poder político coercitivo, em uma democracia constitucional, só pode ser o poder instituído pelo público (RAWLS, 2005).

A construção da estrutura de base da sociedade é resultado do nível de entendimento que os cidadãos possuem a respeito das formas de controle que se estabelecem racionalmente para chegar à legitimidade do uso público da política e do direito. Para o entendimento adequado da justiça como imparcialidade, necessária é a compreensão de alguns conceitos fundamentais traçados por Rawls em LP (2005), que são: construtivismo político (*political constructivism*), prioridade do justo e as ideias de bem (*priority of right and ideas of the good*), consenso sobreposto (*overlapping consensus*) e, principalmente, razão pública (*public reason*).

3.8.3 O construtivismo político à procura das coerências jurídicas: o justo e sua prioridade diante da ideia de bem.

A legitimidade da política é alcançada através da participação dos cidadãos na escolha dos princípios de justiça que serão aplicados na estrutura de base da sociedade. O justo é instituído politicamente mediante consensos sobrepostos, que, no exercício da razão pública, remontam a uma concepção política de justiça. E, para dar sua visão sobre a estrutura e o conteúdo de uma concepção política de justiça, Rawls desenha a ideia do construtivismo político.

O construtivismo político é esse movimento de deliberação dos juízos ponderados proceduralmente que representam uma ordem de valores políticos da sociedade que determina seus princípios políticos de justiça.

No construtivismo político, constrói-se o conteúdo da concepção política de justiça. Esse conteúdo, basicamente, na justiça como imparcialidade, se refere aos princípios de justiça que serão aplicados na estrutura de base da sociedade bem-ordenada.

Esse procedimento de construção dos princípios tem como fundamento a posição original. Esta não é construída, é modelada a partir da ideia de que se tem uma sociedade que atua em um sistema equitativo de cooperação de cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis.

A visão construtivista especifica os termos de cooperação e de participação dos cidadãos, politicamente autônomos, de tal forma que eles possam aceitar os princípios de justiça sem que haja conflitos com as doutrinas abrangentes razoáveis que professam.

O autor traça cinco características fundamentais do construtivismo político, que são: (1) os princípios de justiça política representados como o resultado de um procedimento de construção; (2) esse procedimento de construção baseia-se essencialmente na razão prática e não na razão teórica; (3) emprega uma concepção bastante complexa de pessoa e de sociedade; a pessoa como um membro da sociedade política possui duas faculdades morais - ter um senso de justiça e constituir uma concepção de bem, já a sociedade é vista como um sistema equitativo de cooperação social, guiada por normas e procedimentos publicamente reconhecidos e aceitos como reguladores de condutas; (4) especifica uma ideia do razoável e a aplica a uma variedade de objetos: concepções e princípios, juízos e fundamentos, pessoas e instituições; (5) apoia-se na ideia de equilíbrio reflexivo, definido como um estado em que juízos em todos os níveis de generalidade encontram-se em conformidade, com base em cuidadosa reflexão (RAWLS, 2005, p. 90-92).

O construtivismo político dispõe sobre a estrutura e o conteúdo de uma concepção política de justiça. Para o autor, uma vez alcançado o equilíbrio reflexivo, “os princípios de justiça política” (conteúdo) podem apresentar-se como o resultado de certo “procedimento de construção” (estrutura).

Em um sentido mais literal, somente os princípios substantivos que especificam o conteúdo da justiça e dos direitos políticos são construídos. O procedimento em si mesmo simplesmente se estabelece utilizando como ponto de partida as concepções fundamentais de sociedade e de pessoa, os princípios da razão prática e o papel público de uma concepção política de justiça (RAWLS, 2005, p. 104, tradução nossa).¹⁴¹

O escopo do autor é elaborar uma concepção construtivista de justiça política, não é criar ou defender uma doutrina moral abrangente (RAWLS, 2005, p. 90). A concepção política de constituição dos princípios de justiça somente tem sentido se pensada em uma sociedade de cooperação permanente entre pessoas livres e iguais que fazem uso do consenso sobreposto e da razão pública. Para Rawls, “ao acatar esses princípios de justiça, os cidadãos demonstram ser autônomos, politicamente falando, e de uma forma compatível com suas doutrinas abrangentes razoáveis.” (RAWLS, 2005, p. 90, tradução nossa).¹⁴² Observe-se que o construtivismo faz menção a uma concepção de pessoa política, que está no âmbito de uma sociedade política e cooperativa, que pode tanto constituir uma concepção de justiça através da política quanto ter uma concepção de bem.

Em LP, Rawls apresenta diferenças entre o construtivismo kantiano e o construtivismo político da seguinte maneira: 1) o construtivismo de Kant é entendido com uma visão moral abrangente, de forma que o torna incompatível com o liberalismo político; 2) a autonomia no liberalismo político ocorre na representação de ordem e valores políticos condizentes com os conceitos de sociedade e pessoa. Rawls chama a autonomia em Kant de constitutiva, quer dizer que seu construtivismo é mais profundo e pode subscrever o liberalismo político, mas o contrário não ocorre. Rawls não nega o conceito de autonomia que advém da moral em Kant, mas afirma que essa autonomia é mais profunda e abrangente que o construtivismo político; 3) outra diferença central e que se conecta à anterior é que a pessoa no construtivismo político é dotada de autonomia política, pode agir politicamente no exercício de escolha de juízos dos valores políticos que devem fazer parte da sociedade bem-ordenada, e isso não recebe de Kant a atenção central que lhe confere a justiça como imparcialidade (RAWLS, 2005, p. 99-101).

¹⁴¹ In a more literal sense, only the substantive principle specifying content of political right and justice are constructed. The procedure itself is simply laid out using as starting points the basic conceptions of society and person, the principles of practical reason, and the public role of a political conception of justice.

¹⁴² In honoring those principles of justice citizens show themselves autonomous, politically speaking, and thus in a way compatible with their reasonable comprehensive doctrines.

O construtivismo político de Rawls, ao fazer uso do conceito de razoável, abdica de qualquer concepção filosófica de verdade, mas tem como objetivo aproximar, na máxima medida possível, de uma concepção de doutrina abrangente razoável pela ideia de consenso sobreposto, cabendo, assim, a cada doutrina abrangente razoável expressar sua própria ideia do que venha a ser a verdade para a construção dos consensos. O construtivismo político não nega, nem afirma valores morais em seu procedimento de construção. Seria incoerente no contexto da justiça como imparcialidade fazer isso. Rawls somente declara que o procedimento toma como ponto de partida os valores políticos defendidos no uso da razão prática por pessoas cooperativas, racionais e razoáveis. Segundo o autor, “o liberalismo político acrescenta: essa ordem representada é mais apropriada para uma sociedade democrática que se caracteriza pelo pluralismo razoável. E isso é assim porque tal ordem oferece a concepção mais razoável de justiça para servir de foco a um consenso sobreposto”. (RAWLS, 2005, p. 95, tradução nossa).¹⁴³

O construtivismo político cerca a atividade de poder da autoridade que não deve ser nenhum poder exterior ao politicamente estabelecido: “um procedimento construtivista é concebido de modo que produza princípios e critérios que especificam quais fatos relativos a ações, instituições, pessoas e o mundo social em geral são relevantes para a deliberação política” (RAWLS, 2005, p. 122, tradução nossa).¹⁴⁴ Desse modo, o construtivismo político proporciona uma base pública e suficiente de justificação para as questões políticas, fundamentadas nos princípios da razão prática, conjugados às concepções de sociedade e de pessoa. A concepção política que considera os princípios públicos de justiça fundamentados nos princípios e concepções da razão prática tem grande importância para um regime constitucional (RAWLS, 2005).

Para o construtivismo político, o poder político somente é legitimamente constituído se as pessoas que se autodeterminam politicamente estiverem presentes nos processos construtivos da política. Essa é a possibilidade de se pensar a relação necessária entre o direito e a política, como fundamentos públicos que

¹⁴³This represented order is the most appropriate one for a democratic society marked by the fact of reasonable pluralism. This is because it provides the most reasonable conception of justice as the focus of an overlapping consensus.

¹⁴⁴[...] a constructivist procedure is framed to yield the principles and criteria that specify which facts about actions, institutions, persons, and the social world generally, are relevant in political deliberation.

possam gerar iguais oportunidades entre os cidadãos na construção da democracia constitucional. A respeito diz o autor:

O significado pleno de uma concepção política construtivista encontra-se em uma relação com o fato do pluralismo razoável e com a necessidade que uma sociedade democrática tem de assegurar um consenso sobreposto acerca dos seus valores políticos fundamentais. A razão para que tal concepção possa ser o foco de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes está no fato de que essa concepção desenvolve os princípios de justiça a partir das ideias públicas e compartilhadas de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e de cidadãos como pessoas livres e iguais, valendo-se, para isso, da razão prática e dos próprios cidadãos. (RAWLS, 2005, p. 90, tradução nossa).¹⁴⁵

A legitimidade da política está condicionada à razão pública, à formação de um consenso sobreposto que leva em consideração o pluralismo razoável de doutrinas abrangentes de uma sociedade bem-ordenada. Somente é possível alcançar a legitimidade a partir de uma ideia construtivista dos princípios de justiça política. É em virtude desse fundamento que o justo deve prevalecer sobre o conceito de bem na sociedade bem-ordenada. O bem é constituído antes do justo, cada doutrina abrangente, mesmo que razoável, possui sua ideia de bem, que é uma concepção particular do que seria o justo. O justo é determinado *a posteriori* ao conflito dessas razões a partir do procedimento político que é pressuposto basilar para a participação de cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis que atuam na estrutura de base da sociedade.

A prioridade do justo em face do bem não exclui a possibilidade de adoção da ideia de bem, muito pelo contrário. Rawls entende que o justo e o bem são complementares.¹⁴⁶ Por mais que sua teoria seja liberal, seria um equívoco entender que, nela, há a exclusão do bem. Para o autor, nenhuma teoria da justiça poderia se basear inteiramente na ideia de justo ou de bem.

O liberalismo político oferece uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, e não para a vida como um

¹⁴⁵ The full significance of a constructivist political conception lies in its connection with the fact of reasonable pluralism and the need for a democratic society to secure the possibility of an overlapping consensus on its fundamental political values. The reason such a conception may be the focus of an overlapping consensus of comprehensive doctrines is that it develops the principles of justice from public and shared ideas of society as a fair system of cooperation and of citizens as free and equal by using the principles of their common practice reason.

¹⁴⁶ Para elucidar melhor essa ideia, Rawls disserta: O significado preciso da prioridade do justo é que as concepções abrangentes são admissíveis ou podem ser promovidas na sociedade somente se sua consecução se faz em conformidade com a concepção política de justiça (se não viola seus princípios de justiça) (RAWLS, 2005).

todo. É claro que é preciso ter o tipo de conteúdo que historicamente associamos ao liberalismo. Por exemplo, é preciso afirmar determinados direitos e liberdades fundamentais, atribuir-lhes certa prioridade, e assim por diante. Como já foi dito, o justo e o bem são ideias complementares: uma concepção política tem de se basear em várias ideias do bem [...]. A principal restrição é essa: as ideias de bem admitidas devem ser ideias políticas, isto é, devem fazer parte de uma concepção política razoável de justiça (RAWLS, 2005, p. 175-176, tradução nossa).¹⁴⁷

A prioridade do justo significa afirmar que os princípios de justiça estabelecem limites para a construção das formas de vida digna que são possíveis na sociedade bem-ordenada. A concepção de justiça política permite que as diversas formas de vida possam se manifestar igualmente sem que as instituições determinem previamente o que seja o justo, muito pelo contrário, as instituições devem possibilitar que o pluralismo razoável da diversidade de concepções de bem aflorem para que, a partir do construtivismo político, no exercício do equilíbrio reflexivo, se tenha a constatação do que venha a ser o consenso sobreposto. O fim último que uma sociedade bem-ordenada pode seguir é o fim da justiça política que tem como escopo alcançar os objetivos mais fundamentais dos cidadãos e os diversos projetos de vida que eles anseiam desenvolver.

O objetivo do construtivismo político é formular uma concepção política de justiça que os cidadãos, racionais e razoáveis, possam aceitar depois de cuidadosa reflexão, e, assim, chegar a um acordo livre sobre questões relativas a elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça. E uma vez feito isso, a concepção política constitui uma base razoável de razão pública mediante a qual a discussão pública de questões fundamentais pode processar-se. Quer dizer, os valores compartilhados pelos cidadãos, na aplicação da razão pública, são determinantes para a concepção do justo numa sociedade bem-ordenada.

O alcance do construtivismo político são os valores políticos que caracterizam a discussão que ocorre entre cidadãos livres e iguais de uma democracia constitucional que tem como ideia fundamental um sistema equitativo de cooperação instituída por relações razoáveis e racionais. O construtivismo político não endossa ou critica os juízos morais de nenhuma doutrina religiosa, moral ou filosófica. Para o

¹⁴⁷ Political liberalism presents, then, a political conception of justice for the main institutions of political and social life, not for the whole of life. Of course, it must have the kind of content we associate with liberalism historically: for example, it must affirm certain basic rights and liberties, assign them a certain priority, and more. As I have said, the right and the good are complementary: a political conception must draw upon various ideas of the good. [...] The main restriction would seem to be this: the ideas of the good included must be political ideas; that is, they must belong to a reasonable political conception of justice.

autor, “a razoabilidade é seu padrão de correção e, dados os seus objetivos políticos, não é preciso ir além disso.” (RAWLS, 2005, p. 127, tradução nossa).¹⁴⁸

Se não há a manifestação de construtivismo político nos juízos morais das doutrinas, é preciso reconhecer que esse conceito de Rawls possibilita que esses juízos aflorem e se manifestem no público, cabendo-lhe ainda realizar a função seletiva dos argumentos que serão críveis de aplicação nas deliberações públicas. A tal função, Rawls chama de consenso sobreposto.

3.8.4 A ideia de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*)

Para mostrar que a sociedade democrática bem-ordenada, marcada pelo pluralismo razoável, pode unificar-se e tornar-se estável, Rawls recorre ao consenso sobreposto (*overlapping consensus*) de doutrinas abrangentes razoáveis. As doutrinas abrangentes, tendo diferentes concepções de bem, apresentam fundamentos racionais e razoáveis que, no encontro de uns com os outros, acabam por permitir que se chegue a um acordo do que seria aceitável em uma democracia constitucional.

O consenso sobreposto possibilita que o consenso tenha seu conceito produzido no tempo pelos cidadãos no exercício de suas virtudes políticas. “O liberalismo político está em busca de uma concepção política de justiça que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis em uma sociedade que seja regulada por tal concepção” (RAWLS, 2005, p. 10, tradução nossa).¹⁴⁹

Os consensos sobrepostos são constituídos a partir dos debates públicos que determinam, a partir da apresentação de razões, quais seriam os ajustes e acordos aceitáveis pelas doutrinas abrangentes razoáveis e através de qual fundamento seria possível a composição da razão pública.

¹⁴⁸ Reasonableness is its standard of correctness, and given its political aims, its need not go beyond that.

¹⁴⁹ Political liberalism looks for a political conception of justice that we hope can gain the support of an overlapping consensus of reasonable religious, philosophical, and moral doctrines lays the basic in a society regulated by it.

Como o próprio nome sugere, os consensos sobrepostos são constituídos sucessivamente aos demais consensos já existentes na estrutura de base da sociedade. Eles dependem da redução dos conflitos entre os valores na cultura de fundo da sociedade civil, tanto no que diz respeito às questões de igualdade política e de oportunidade quanto de liberdade e respeito mútuo. Rawls discorre a respeito: “Uma concepção política é, no melhor dos casos, somente uma estrutura de deliberação e de reflexão que serve de guia e pode nos ajudar a alcançar um acordo político, pelo menos sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica.” (RAWLS, 2005 p. 156, tradução nossa).¹⁵⁰

O autor parte do pressuposto de que a sociedade está em uma empreitada cooperativa e precisa dessa vontade, disposição, educação para a redução dos conflitos na sociedade. Não se pode entender o liberalismo de Rawls afastado do pressuposto teórico fundamental que é o de dever de civilidade, a ideia de virtude política:

As virtudes da cooperação política que tornam um regime constitucional possível são, então, virtudes muito importantes. Refiro-me, por exemplo, às virtudes da tolerância e à disposição de aceitar compromissos, bem como à virtude da razoabilidade e ao senso de justiça. Quando essas virtudes se encontram difundidas na sociedade e conferem sustentação à sua concepção política de justiça, constituem um bem público muito importante, parte do capital político da sociedade. (RAWLS, 2005, p. 157, tradução nossa).¹⁵¹

O exercício político é apropriado quando é exercido a partir de uma Constituição, quando os cidadãos aceitam os princípios e ideias aplicáveis à razão humana. Isto é, a formação da concepção política que sustenta a si própria, por respeito ao princípio da reciprocidade, deve ser elaborada por razões certas e que possam fazer parte de um consenso sobreposto. “As virtudes da cooperação política que tornam um regime constitucional possível são, então, virtudes muito importantes.” (RAWLS, 2005, p. 185, tradução nossa).¹⁵²

¹⁵⁰ A political conception is at best but a guiding framework of deliberation and reflection which helps us reach political agreement on at least the constitutional essentials and the basic questions of justice.

¹⁵¹ The virtues of political cooperation that make a constitutional regime possible are, then, very great virtues. I mean, for example, the virtues of tolerance and being ready to meet others halfway, and the virtue of reasonableness and the sense of fairness. When these virtues are widespread in society and sustain its political conception of justice, they constitute a very great public good, part of society's political capital.

¹⁵² The virtues of political cooperation that make a constitutional regime possible are, then, very great virtues.

Para que as doutrinas abrangentes possam convergir em certos acordos básicos e os indivíduos cheguem a aderir à concepção política de justiça mais viável, Rawls recorre ao consenso sobreposto, que segundo ele, surge como a expressão da razão pública compartilhada intersubjetivamente.

É importante apresentar duas objeções à ideia de unidade social fundada em um consenso sobreposto acerca de uma concepção política de justiça. Essas objeções foram expostas e rebatidas por Rawls, que, no entendimento delas apresenta seu esboço de consenso constitucional que se transforma em um consenso sobreposto.

A mais importante dessas objeções diz respeito à afirmação de que um consenso sobreposto é um mero *modus vivendi*. Para distinguir o consenso sobreposto da situação de mero *modus vivendi*, Rawls enfatiza dois aspectos fundamentais: primeiro, que o objeto do consenso, a concepção política de justiça, é em si mesmo, uma concepção moral; segundo, ele se estabelece em razões morais, em “concepções da sociedade e dos cidadãos como pessoas, bem como princípios de justiça e uma interpretação das virtudes políticas segundo a qual esses princípios se cultivam no caráter humano, e se expressam na vida pública.” (RAWLS, 2005, p. 147, tradução nossa).¹⁵³ A outra objeção se refere ao caráter supostamente utópico da ideia do consenso sobreposto, ou seja, de que “não há forças políticas sociais ou psicológicas suficientes ou para criar um consenso sobreposto ou para torná-lo estável” (RAWLS, 2005, p. 158, tradução nossa).¹⁵⁴ Para refutá-la, Rawls esboça uma forma pela qual um consenso sobreposto poderia ser criado e sua estabilidade assegurada. O esboço apresenta dois estágios: o primeiro termina em um consenso constitucional, já o segundo, em um consenso sobreposto.

O consenso sobreposto vem em um momento posterior ao consenso constitucional para fortalecer os arranjos sociais de determinação da justiça, de forma que doutrinas opostas possam convergir para estabelecer acordos básicos.

Ressalte-se que há distinção entre o consenso constitucional e o consenso sobreposto. O primeiro refere-se a um consenso ainda não suficientemente profundo e amplo: não atinge princípios essenciais nem se baseia em certas ideias sobre a

¹⁵³ Conceptions of society and of citizens as persons, as well as principle of justice, and an account of the political virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life.

¹⁵⁴ There are not sufficient political, social, or psychological forces either to bring about an overlapping consensus, or to render one stable.

sociedade e as pessoas, nem imprime ter alcançado uma concepção pública compartilhada.

E como se alcançaria esse tipo de consenso? Rawls considera que, no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, que inicialmente são aceitos de modo relutante como um *modus vivendi* e são incorporados em uma Constituição, tendem a alterar as doutrinas abrangentes dos cidadãos, de maneira que estes possam aceitar, pelo menos, princípios de uma Constituição liberal. Esses princípios garantem certos direitos e liberdades fundamentais e estabelecem procedimentos democráticos para moderar a disputa política e solucionar questões de políticas públicas. Nessa medida, as visões abrangentes dos cidadãos se tornam razoáveis, se é que já não o eram antes. Nessa linha de pensamento, o autor afirma que “o simples pluralismo se transforma em um pluralismo razoável e, desse modo, alcança-se o consenso constitucional” (RAWLS, 2005, p. 163-4, tradução nossa),¹⁵⁵ ou “como uma aquiescência inicial de uma concepção liberal de justiça como simples *modus vivendi* poderia se transformar, ao longo do tempo, primeiro em um consenso constitucional, depois em um consenso sobreposto.” (RAWLS, 2005, p. 168, tradução nossa).¹⁵⁶ O consenso constitucional sobre certos princípios acerca de direitos e liberdades políticas fundamentais transforma-se em um consenso mais amplo e profundo, ao qual o autor chamou de consenso sobreposto.

O consenso sobreposto deve ser amplo de modo a alcançar o maior número de doutrinas abrangentes, fazendo com que seja possível estabelecer um ponto em comum através das deliberações públicas. Dessa forma, Rawls considera que o consenso sobreposto é uma concepção política específica de justiça, da qual a justiça como imparcialidade constitui um exemplo padrão.

Rawls recorre ao consenso sobreposto como única forma possível de fazer com que, em meio à diversidade de doutrinas abrangentes existentes, os indivíduos cheguem a um acordo acerca de determinadas questões. Para o autor, esse consenso, “quanto à sua amplitude, abrange os princípios e valores de uma concepção política (no caso, os de justiça como imparcialidade) e aplica-se à

¹⁵⁵ Simple pluralism moves toward reasonable pluralism and constitutional consensus is achieved.

¹⁵⁶ How an initial acquiescence in a liberal conception of justice as a mere *modus vivendi* could change over time first into a constitutional consensus and then into an overlapping consensus.

estrutura básica como um todo.” (RAWLS, 2005, p. 149, tradução nossa).¹⁵⁷ No que se refere à profundidade, é necessário que os princípios e ideais políticos desse consenso tenham por base uma concepção política de justiça que utilize as ideias fundamentais de sociedade como um sistema cooperativo equitativo, de pessoas como cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis.

A possibilidade do espaço público em uma sociedade bem-ordenada, livre e justa, onde as pessoas racionais e razoáveis, em condições de profundos conflitos entre as doutrinas abrangentes professadas dentro dos limites do pluralismo razoável, possam permanecer juntas e se autorrespeitar, somente pode ocorrer a partir da transformação de um consenso constitucional em um consenso sobreposto, que surge como forma de expressão da razão pública compartilhada.

O consenso sobreposto realizado por doutrinas abrangentes razoáveis em uma sociedade bem-ordenada pode unificar-se e tornar-se estável. Rawls arrola três características fundamentais do consenso sobreposto: a *primeira* é a de ser um consenso de doutrinas abrangentes razoáveis, produto da razão humana em condições de liberdade; a *segunda* é a de expressar seu objeto uma concepção política de justiça, que se sustente por si só, independentemente de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes; e a *terceira*, é a de apresentar estabilidade, mesmo diante das alterações na distribuição de poder entre as doutrinas.

Esse consenso abrange todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais que são tanto razoáveis como conflitantes, e que, provavelmente, persistirão ao longo do tempo, conseguindo conquistar um nível considerável de adeptos em um regime constitucional, cujo critério de justiça é uma concepção política.

Em suma, o consenso sobreposto se configura na medida em que diferentes concepções de vida boa (bem), professadas pelas doutrinas abrangentes, encontram fundamentos comuns e se apresentam como razoáveis. Rawls considera que “somente quando há um consenso sobreposto razoável, a concepção política de justiça pode ser publicamente - embora nunca em definitivo – justificada.” (RAWLS, 2005, 388, tradução nossa).¹⁵⁸

¹⁵⁷ As for its breadth, it covers the principles and values of a political conception (in this case those of justice as fairness) and it applies to the basic structure as a whole.

¹⁵⁸ Only when there is a reasonable overlapping consensus can political society's political conception of justice be publicly – though never finally – justified.

3.8.5 Da razão pública (*public reason*) e sua exigência para a justificação pública

O conceito de razão pública (*public reason*) está intimamente interligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa. A razão pública se apresenta na teoria da justiça como imparcialidade como elemento central de sua composição, seja para aplicação no âmbito institucional, no ato da decisão das instituições públicas que são regulamentadas por uma Constituição democrática, seja no ato individual, da pessoa ao professar seus valores e realizar a defesa de seus interesses de maneira a exercitar seu dever de civilidade. Para sua própria existência, essa razão necessita da virtude política, que é imprescindível para a construção de instituições políticas justas.

Exercitar o ato de dar e pedir razões, não somente de dar e aceitar razões, mas de cobrar, fiscalizar e verificar a legitimidade de dada decisão a partir da justificação pública das instituições democráticas é parte do dever de civilidade e constitui papel central da razão pública. Do ponto de vista normativo constitucional, a construção do sentido normativo para as práticas sociais deve ser feita através do uso da racionalidade que passa pelo crivo da intersubjetividade.

A razão pública exige que o debate ocorra abertamente nos espaços procedimentais formais institucionalizados, como no processo legislativo ou no judicial, por exemplo. Fora desses espaços institucionais, no âmbito da cultura de fundo da sociedade civil, nas escolas de pós-graduação, nas igrejas, na conversa cotidiana de cidadãos no exercício de correção do que entendem por ser o direito legítimo, não se aplica a razão pública, como se verá a seguir. As doutrinas abrangentes razoáveis professadas nesses espaços da sociedade civil possuem, cada uma, seu próprio conceito de bem. Assim, quando alguém defende interesses específicos e sem o compromisso de justificar publicamente suas decisões, não se aplica a ideia de razão pública.

Rawls pensa a pessoa política responsável no espaço intersubjetivo de tomada de decisões, que utiliza suas práticas e opiniões para a realização de um debate público intersubjetivo. Assim, para ele, “a justificação pública não se reduz à

argumentação válida, mas trata-se da argumentação dirigida aos outros.” (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).¹⁵⁹

Nessa dinâmica de exigir razões e de dar razões é que o sentido normativo de uma conduta ou de uma decisão judicial passa pela triagem do que seja justo ou não, nem que seja um consenso provisório, posteriormente refutado por um novo e melhor argumento, por uma nova deliberação pública, por um melhor debate público, com novas ideias, possibilidades e descobertas para o alcance do consenso sobreposto. Para Rawls, a justificação “procede corretamente a partir de premissas que aceitamos e achamos que os outros poderiam razoavelmente aceitar.” (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).¹⁶⁰

Argumentar publicamente e também justificar práticas sociais e individuais em ambiente público significa aceitar que qualquer cidadão ou pessoa política possa entrar no debate e argumentar da mesma maneira. Essa é a demonstração de que Rawls está preocupado com a abertura de iguais oportunidades na apresentação das razões públicas, pois faz parte da dinâmica social receber argumentos racionais e justificar publicamente suas ações através de razões públicas.

A argumentação pública almeja a justificação pública. Recorremos a concepções políticas de justiça e a evidências e fatos verificáveis e abertos ao escrutínio público para chegarmos a conclusões a respeito do que pensamos ser as instituições públicas mais razoáveis. (RAWLS, 2005, p. 465, tradução nossa).¹⁶¹

O princípio liberal de legitimidade pressupõe que as instituições públicas utilizarão as razões mais adequadas no ato de construir sua justificação pública. A exigência de dar razões na justificação pública coloca frontalmente a pessoa política diante da construção, concepção, de um regime democrático e do sentido político de justiça, que prevê a participação política do cidadão, o diálogo e uma interação pública na construção dos sentidos normativos.

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

¹⁵⁹ Public justification is not simply valid reasoning, but argument addressed to others.

¹⁶⁰ it proceeds correctly from premises we accept and think other could reasonably accept to conclusions we think they could also reasonably accept.

¹⁶¹ Public reasoning aims for public justification. We appeal to political conceptions of justice, and to ascertainable evidence and facts open to public view, in order to reach conclusions about what we think are the most reasonable political institutions and policies.

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. Muitos preferirão outro critério. (RAWLS, 2005, p. 226, tradução nossa).¹⁶²

A razão pública capacita os cidadãos na democracia constitucional a reconhecerem direitos e a legitimar a formação política das instituições públicas. Ela se configura como a razão dos cidadãos, que, enquanto 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 (RAWLS, 2005). O filósofo afirma que: “Uma concepção de legitimidade 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.” (RAWLS, 2005, p. 144, tradução nossa).¹⁶³

A razão pública não é especificada por uma concepção política em particular, mas seu conteúdo abarca uma gama de concepções políticas razoáveis que muda ao longo do tempo. A sua ideia propõe um modo de caracterizar a estrutura e o conteúdo das bases fundamentais da sociedade que realiza deliberações públicas.

O procedimento pelo qual a sociedade escolhe sua política, seus planos e prioridades é sua razão. Porém, nem todas as razões são públicas, há aquelas que são sociais, como as razões das universidades, das igrejas e das organizações em geral da sociedade civil. Elas, de nenhum modo, são privadas, pois são elas que constituem a cultura de fundo da sociedade, oferecendo os valores e princípios da cultura política pública que constituem o objeto das deliberações públicas e da aplicação da ideia de razão pública.

¹⁶² The point of the ideal of public reason is that citizens are to conduct their fundamental discussions within the framework of what each regards as a political conception of justice based on values that the others can reasonably be expected to endorse and each is, in good faith, prepared to defend that conception so understood. This means that each of us must have, and be ready to explain, a criterion of what principles and guidelines we think other citizens (how are also free and equal) may reasonably be expected to endorse along with us. We must have some test we are ready to state as to when this condition is met. I have elsewhere suggested as a criterion the values expressed by the principles and guidelines that would be agreed to in the original position. Many will prefer another criterion.

¹⁶³ A conception of political legitimacy aims for a public basic of justification and appeals to public reason, and hence to free and equal citizens viewed as reasonable and rational.

Para Rawls, a razão pública é aquela dos cidadãos que compartilham o ideal da democracia que possibilita aos cidadãos manifestarem suas identidades e desejos na construção de direitos prioritários para a sociedade, ou seja, ela é a razão dos cidadãos que compartilham o *status* de igual cidadania. (RAWLS, 2005).

O autor considera que o objeto da razão pública é o bem do público. O conteúdo da razão pública é fornecido por uma concepção política de justiça que especifica determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais e, sobretudo, preconiza medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham os meios polivalentes que lhes possibilitem fazer uso efetivo de suas liberdades e oportunidades fundamentais (RAWLS, 2005). Dessa forma, a concepção política é uma expressão razoável dos valores políticos da razão pública e da justiça entre os cidadãos considerados livres e iguais.

O conteúdo da razão pública pode mudar de conformidade com as condições históricas e sociais de uma sociedade. A razão pública é aberta à entrada e inclusão de temas que se tornam demanda de um tempo e espaço. Isso teria como objetivo gerar a estabilidade social e a segurança de estabelecer os princípios de justiça.

Mas cabe ressaltar que essa razão não opera em todos os espaços públicos e sociais. Rawls limita esse discurso a fóruns específicos de deliberação democrática, que são três: a) os discursos dos juízes, especialmente os da suprema corte; b) os discursos dos agentes públicos, especialmente os do chefe do executivo e de membros do legislativo; c) os discursos de candidatos a cargos públicos e seus administradores de campanha.

A razão pública não determina nem soluciona nenhuma questão específica de lei ou política pública, mas especifica quais são as razões públicas a serem usadas em decisões das instituições públicas. Quando a ideia de razão pública é efetivada pelos cidadãos, estes são capazes de proteger as liberdades fundamentais e impedir que as desigualdades sociais e econômicas sejam excessivas. O autor expõe que a razão é pública de três maneiras:

Como a razão dos cidadãos, como a razão do público; seu objeto é o bem do público, além de questões de justiça fundamental; e sua natureza e conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são

conduzidos à vista de todos sobre essa base (RAWLS, 2005, p. 213, tradução nossa).¹⁶⁴

Os limites impostos pela razão pública, não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem o que o autor denomina de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica.

Para Rawls, os elementos constitucionais essenciais abarcam os direitos e liberdades políticas que podem ser incluídos em uma Constituição escrita, supondo que esta 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. Quer dizer, se na posição original os cidadãos escolhem os princípios de justiça que compreendem o texto constitucional, passando a reger e colocar um parâmetro para a legislação infraconstitucional, para as condutas dos cidadãos e do próprio poder público, os limites da razão pública estão demarcados por aquilo que está constatado, consensualizado, nos princípios constitucionais.

Os limites que a razão pública encontraria, para o exercício do debate público, seriam os elementos constitucionais essenciais de determinada sociedade. No espaço deliberativo, nos locais públicos de discussão, onde se constrói o que é possível ser utilizado como argumento público, deve-se vincular a construção da justificação pública ao exercício de dar, exigir e receber razões para a formação de consensos e a geração da normatividade. Nos dizeres do autor:

Eu ressalto que os limites da razão pública não são, evidentemente, os limites da lei ou da norma legal, mas aqueles que respeitamos quando respeitamos um ideal: o ideal de cidadãos democráticos que se empenham em conduzir seus assuntos políticos em termos que têm por base valores políticos que podemos razoavelmente esperar que os outros subscrevam (RAWLS, 2005, p. 253, tradução nossa).¹⁶⁵

A razão pública é a ferramenta conceitual para que os cidadãos possam, na ausência de acordo ou compreensão mútua, escolher quais serão as razões que uns podem oferecer aos outros quando se tratar de assuntos de interesse político

¹⁶⁴ As the reason of citizens as such, it is reason of the public; its subject is the good of the public and matters of fundamental justice; and its nature and content is public, being given by the ideals and principles expressed by society's conception of political justice, and conducted open to view on that basis.

¹⁶⁵ I stress that the limits of public reason are not, clearly, the limits of law or statute but the limits we honor when we honor an ideal: the ideal of democratic citizens trying to conduct their political affairs on terms supported by public values that we might reasonably expect others to endorse.

fundamental. Mas para isso, Rawls considera que a ideia de razão pública tem uma estrutura definida por cinco aspectos básicos, sem os quais ela pode parecer implausível:

(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargos públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família e concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de Direito legítimo para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados de tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade (RAWLS, 2005, p. 442, tradução nossa).¹⁶⁶

O autor distingue a ideia de razão pública do ideal de razão pública, sendo que o último é 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 fundamentais recorrendo à concepção política de justiça que consideram a mais razoável (RAWLS, 2005, p. 444).

O ideal de razão pública pode ser realizado por cidadãos que não são autoridades públicas, desde que os cidadãos se concebam “como se fossem legisladores e perguntam a si mesmos que leis, sustentadas em quais razões, satisfazem o critério de reciprocidade, eles pensariam ser a mais razoável aprovar” (RAWLS, 2005, p. 444-5, tradução nossa).¹⁶⁷ Ou seja, quando os cidadãos cumprem o dever de civilidade, podem sustentar o ideal de razão pública.

Segundo Rawls, esse ideal se aplica de forma especial ao Judiciário, principalmente a um supremo tribunal: “Em um regime constitucional com controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou “revisão judicial”, a razão pública é a razão de seu tribunal supremo.” (RAWLS, 2005, p. 231, tradução nossa).¹⁶⁸ O autor afirma ainda que: “A Suprema Corte é o ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar de razão pública.” (RAWLS, 2005, p. 231, tradução nossa).¹⁶⁹

¹⁶⁶ (1) the fundamental political questions to which it applies; (2) the persons to whom it applies (government officials and candidates for public office); (3) its content as given by a family of reasonable political conceptions of justice; (4) the application of the these conceptions in discussions of coercive norms to be enacted in the form of legitimate law for a democratic people; and (5) citizens' checking that the principles derived from their conception of justice satisfy the criterion of reciprocity.

¹⁶⁷ [...] citizens are to think of themselves as if they legislators and ask themselves what statutes, supported by what reasons satisfying the criterion of reciprocity, they would think it most reasonable to enact.

¹⁶⁸ In a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court.

¹⁶⁹ That the supreme court is the branch of government that serves as the exemplar of public reason.

O papel do tribunal no controle da constitucionalidade é agir contra a erosão de leis que correspondam a interesses estreitos das maiorias dominantes e organizadas, tendo, assim, papel antimajoritário importante na democracia constitucional. A Suprema Corte é para Rawls a instituição exemplar de aplicação da razão pública.

O tribunal terá como base de sua interpretação os valores políticos da razão pública no ato de construção da decisão. Na mesma seara, outro papel do tribunal como modelo de razão pública é “dar força e vitalidade à razão pública no fórum público, o que o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2005, p. 237, tradução nossa).¹⁷⁰ Ele deve realizar adequada interpretação da Constituição tanto para evitar a democracia majoritária quanto para garantir que a sociedade civil organizada participe dos fóruns públicos que são fundamentais para que se discutam os princípios de justiça.¹⁷¹ Para o autor, o magistrado deve elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que seja capaz.

No caso de aplicação da razão pública pelo Judiciário, cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, sendo que os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade geral, nem suas doutrinas religiosas ou filosóficas, tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública (RAWLS, 2005, p. 235). Observe o que o autor completa a respeito: Nesse mesmo sentido, diz que:

O papel dos juízes é fazer precisamente isso e, ao fazê-lo, eles não dispõem de nenhuma outra razão, nem de nenhum outro valor, a não ser aqueles de índole política. Fora isso, **devem decidir de acordo com o que pensam os precedentes, as práticas e tradições constitucionais e os**

¹⁷⁰ To give public reason vividness and vitality in the public forum; this it does by its authoritative judgments on fundamental political questions.

¹⁷¹ Interessante ressaltar que Rawls faz menção a obra de Dworkin: “*the forum of principle*”, in: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp 70f; para ir além do que é exposto no Liberalismo Político quanto à aplicação dos princípios nos fóruns públicos realizados no âmbito do tribunal. (RAWLS, 2005, p. 240, nota 29).

textos históricos constitucionalmente importantes exigem (RAWLS, 2005, p. 235-6, tradução nossa, grifo nosso).¹⁷²

Rawls determina que o tribunal deve realizar fóruns públicos com a sociedade civil para dar força e vitalidade à razão pública: “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, 2005, p. 237, tradução nossa).¹⁷³

Decidir e expressar de maneira fundamentada qual é a melhor interpretação da Constituição, faz da suprema corte um caso exemplar de aplicação da razão pública.

Aqui a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que se justifica com base na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e de fato recorram – aos valores políticos de concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como fazem, por exemplo, em uma Carta de Direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. (RAWLS, 2005, p. 236, tradução nossa).¹⁷⁴

Ao levar a discussão para o âmbito dos tribunais, Rawls afirma que ele será o centro das controvérsias, fazendo com que a discussão política tenha de ser tratada a partir da aplicação de princípios de justiça que são politicamente estabelecidos e afirmados pelos valores da razão pública. Ainda no mesmo sentido, mas agora no controle de constitucionalidade, Rawls afirma que os outros poderes podem, caso queiram, ser também fóruns de deliberação de aplicação dos princípios que versam sobre questões constitucionais. Veja afirmação a respeito:

No entanto, temos de distinguir entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diferentes autoridades estatais. Esse ideal se aplica aos fóruns oficiais e, portanto, aos legisladores, quando se manifestam no plenário do Parlamento, e ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Também se aplica, **de maneira especial, ao Judiciário** e, sobretudo, a um tribunal supremo

¹⁷² The role of the justice is to do precisely that and in doing it they have no other reason and no other values than political. Beyond that they are to go by what they think the constitutional cases, practices, and traditions, and constitutionally significant historical texts require.

¹⁷³ The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is.

¹⁷⁴ Here the best interpretation is the one that best fits the relevant body of those constitutional materials, and justifies it in terms of the public conception of justice or a reasonable variant thereof. In doing this it is expected that the justices may and do appeal to the political values of the public conception whenever the constitution itself expressly or implicitly invokes those values, as it does, for example, in a bill of rights guaranteeing the free exercise of religion or the equal protection of the laws.

em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Isso ocorre porque **os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedentes pertinentes**. Como os atos dos poderes Executivo e Legislativo não necessitam justificar-se dessa maneira, o papel especial da Suprema Corte faz dela um caso exemplar de razão pública (§6). (RAWLS, 2005, p. 216, grifo nosso, tradução nossa).¹⁷⁵

Rawls, em sua teoria, exige com que as instituições públicas, aquelas que estão na estrutura de base da sociedade e que garantem os elementos constitucionais essenciais e as liberdades básicas, justifiquem suas decisões com base na melhor leitura constitucional de que sejam capazes.

Como se viu anteriormente, a Constituição não é o que o tribunal diz o que ela é. Não pode o Judiciário julgar afastado do ideal de razão pública e se apropriar da Constituição, pois, se isso ocorresse, violaria os preceitos fundamentais de uma democracia constitucional.

A Constituição deve ser interpretada pela sociedade democraticamente através de deliberações públicas no interior das instituições públicas, no momento de interpretar qual é a concepção política de justiça a ser adotada em uma sociedade bem-ordenada. Rawls, sem dúvida, adota uma teoria coerentista e está preocupado com o ato de justificação pública pelas instituições públicas. Esse é um dos critérios mínimos para a legitimidade das instituições, dar publicidade dos seus atos, quer dizer, apresentar as razões que foram utilizadas para o ato de tomada de decisão.

Essa dinâmica de exigir as razões nas decisões das instituições públicas, a necessidade da justificação pública, acontece no âmbito dos fóruns políticos públicos que ocorrem no interior da estrutura de base da sociedade.

Para discernir o momento de aplicação da razão pública nos fóruns políticos públicos e também para mostrar as peculiaridades que são próprias da sociedade civil, torna-se necessário fazer a distinção entre a cultura política pública e a cultura de fundo. Ambas estão inseridas em uma sociedade bem-ordenada e devem possuir

¹⁷⁵ We must distinguish, however, between how the ideal of public reason applies to citizens and how it applies to various officers of the government. It applies in official forums and so to legislators when they speak on the floor or parliament, and to the executive in its public acts and pronouncements. It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reason (§6).

o senso de justiça, pois, se assim não for, não buscariam compartilhar um ideal de razão pública e sequer agir de maneira cooperativa.

Por um lado, tem-se a cultura de fundo da sociedade civil, que é a cultura do social, composta por doutrinas abrangentes das diversas maneiras que são caracterizadas por afirmarem seus interesses no uso de suas razões práticas. Para o autor, a cultura de fundo inclui “a cultura de igrejas e associações de todos os tipos e de instituições de ensino de todos os níveis, especialmente universidades e escolas profissionais, as sociedades científicas e outras”. (RAWLS, 2005, p. 443, tradução nossa).¹⁷⁶

Essa cultura é aquela da vida cotidiana, individual e coletiva de doutrinas abrangentes específicas, cada qual com seus valores determinados e com ideias individuais de bem. Portanto, por ter caráter difuso, multifacetado e que se caracteriza pela não institucionalização, é implausível a aplicação da ideia de razão pública à cultura de fundo.

Na cultura de fundo da sociedade civil têm-se doutrinas abrangentes das mais diversas concepções filosóficas, morais e religiosas que não podem criar padrões para a justificação de suas razões, uma vez que estas são sociais.

Na democracia, a cultura de fundo não é guiada por um ideal ou fundamento único, são muitas organizações sociais que manifestam seus valores das mais variadas maneiras.

O direito trata de assegurar a liberdade de escolha de pensamento, expressão e livre associação (RAWLS, 2005, p. 444). É por isso que Rawls não atribui a aplicação da razão pública às culturas de fundo, pois elas não possuem o rigorismo da justificação pública de suas razões e têm o interesse de aplicar suas próprias concepções de bem.

Ainda no mesmo raciocínio, o autor argumenta que a razão pública também não se aplica aos meios de comunicação de qualquer tipo. Apesar de possuírem importante função na sociedade, são instituições privadas de estrutura própria e que estão presas ao dinheiro, tenderiam suas ações ao alcance de interesses privados.

As entidades da sociedade civil devem sim deliberar a respeito das ações razoáveis e do que deve ser feito, mas essa deliberação “é pública com relação a

¹⁷⁶ The culture of churches and associations of all kinds, and institutions of learning at all levels, especially universities and professional schools, scientific and other societies.

seus membros, mas não pública com relação à sociedade política e aos cidadãos em geral" (RAWLS, 2005, p. 220).¹⁷⁷

Mas a participação da cultura de fundo, ao apresentar suas doutrinas abrangentes razoáveis para a formação do consenso sobreposto, que surgirá como expressão da razão pública compartilhada, é fundamental para a legitimidade das instituições públicas.

Por outro lado, o autor entende que a cultura política pública "compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (incluindo-se as do Judiciário), bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento comum." (RAWLS, 2005, p. 13-4, tradução nossa).¹⁷⁸

É imperativo demonstrar que a razão pública se aplica aos fóruns políticos públicos, que são assim divididos: o discurso dos juízes, em especial do tribunal supremo; o discurso do executivo e do legislativo, em especial realizado por seus chefes; os discursos dos candidatos a cargos públicos, em especial aqueles que realizam discursos públicos (RAWLS, 2005, p. 443). Essa distinção serve para mostrar que a razão pública se aplica de maneira diferente nesses três âmbitos.

A exigência de justificação pública é maior nessa repartição tripartite e, quando se trata do Judiciário, aplica-se mais estritamente ainda "nas suas decisões e como caso exemplar institucional de razão pública" (RAWLS, 2005, p. 253, tradução nossa).¹⁷⁹

No caso dos fóruns políticos públicos realizados no âmbito do Judiciário, eles possuem função específica na democracia tanto por justificarem publicamente suas decisões, explicando no fórum público as razões a ser adotadas na decisão, quanto para reforçar a confiança mútua e a confiança pública que são parte vital da base sociológica que encoraja os cidadãos a respeitarem o ideal de razão pública (RAWL, 2005, 249). No momento em que não se dá oportunidade à sociedade civil a apresentar fundamentos ou sequer participar na configuração e, portanto, construção da razão pública, viola-se o critério de reciprocidade, que é fundamental para a legitimidade da democracia deliberativa.

¹⁷⁷ Is public with respect to their members, but nonpublic with respect to political society and to citizens generally.

¹⁷⁸ Comprises the political institutions of a constitutional regime and the public traditions of their interpretation (including those of the judiciary), as well as historic texts and documents that are common knowledge.

¹⁷⁹ in its decisions and as the one institutional exemplar of public reason.

A violação das liberdades fundamentais à participação política nega o critério de reciprocidade defendido pelo autor (RAWLS, 2005, p. 448): “Quando cidadãos deliberam, eles trocam pontos de vista e debatem as razões que os sustentam no que diz respeito a questões de políticas públicas.” (RAWLS, 2005, p. 448, tradução nossa).¹⁸⁰

Sendo assim, a justificação pública, pautada na legitimidade da ideia de razão pública, precisa ser construída a partir dessas manifestações que ocorrem no interior dos fóruns públicos, mostrando aos cidadãos quais são as razões e os valores políticos públicos mais adequados para a decisão construída pela concepção política de justiça.

Encorajar os cidadãos a participarem das deliberações públicas faz parte da justificação pública que seja democrática, portanto, legítima. Ao justificar publicamente as razões adequadas, o ideal de razão pública é aplicado aos cidadãos e, assim, cumpre-se respectivamente o critério de reciprocidade.

Para que esse ideal seja cumprido, a democracia deliberativa exige que haja cidadãos bem informados e que sejam educados a deliberar. Não é porque a teoria do autor seja liberal que se negligencia essa questão, muito pelo contrário, ela faz parte do seu primeiro princípio de justiça. A passagem a seguir mostra-o claramente:

A democracia deliberativa também reconhece que, sem uma educação ampla sobre os aspectos básicos do governo democrático para todos os cidadãos e sem um público informado a respeito dos problemas prementes, decisões políticas e sociais cruciais simplesmente não podem ser tomadas. (RAWLS, 2005, p. 449, tradução nossa).¹⁸¹

A justificação pública é parte do critério de reciprocidade e legitimidade das instituições públicas que atuam na aplicação da concepção política de justiça na estrutura de base da sociedade.

Exigir o fundamento das razões adotadas pelas instituições públicas no ato decisório é entender que as estruturas dessas instituições estão abertas à inspeção, à testificação.

¹⁸⁰ When citizens deliberate, they exchange views and debate their supporting reasons concerning public political questions.

¹⁸¹ Deliberative democracy also recognizes that without widespread education in the basic aspects of constitutional democratic government for all citizens and without a public informed about pressing problems. Crucial political and social decisions simply cannot be made.

A justificação pública torna “visível a instituição e possibilita a verificação de erros e lacunas na ordenação política de valores na publicidade da decisão” (RAWLS, 2005, p. 454, tradução nossa).¹⁸² Somente dessa maneira é que “podemos ter certeza de que a ordenação de valores políticos não é distorcida por determinadas doutrinas abrangentes razoáveis.” (RAWLS, 2005, p. 454, tradução nossa).¹⁸³

Concluindo, a sociedade democrática bem-ordenada “é aquela em que os cidadãos que prevalecem e exercem o controle agem com base em doutrinas abrangentes inconciliáveis, mas razoáveis”. (RAWLS, 2005, p. 490, tradução nossa).¹⁸⁴ Essas doutrinas abrangentes razoáveis, através do exercício político, “especificam os direitos, liberdades e as oportunidades fundamentais dos cidadãos na estrutura básica da sociedade”. (RAWLS, 2005, p. 490, tradução nossa).¹⁸⁵ Rawls disserta a respeito:

Começamos, então, a olhar para a própria cultura pública como o fundo comum de princípios e ideias fundamentais que são implicitamente reconhecidos. Esperamos formular essas ideias de forma clara o bastante para articulá-las em uma concepção política de justiça condizente com as nossas convicções mais firmemente estabelecidas. [...] uma concepção política de justiça deve, após cuidadosa reflexão, mostrar-se consistente com os juízos ponderados, em todos os níveis de generalidade, ou em um estado que em outra obra denominei de “equilíbrio reflexivo”. (RAWLS, 2005, p. 8, tradução nossa).¹⁸⁶

Se a cultura política pública é o repositório dos princípios e ideais da sociedade, é a cultura de fundo da sociedade civil que fornece o seu conteúdo. É através do exercício do equilíbrio reflexivo que será estabelecido o procedimento de construção (construtivismo político) para a concepção política de justiça que guiará a própria cultura política pública (instituições políticas públicas).

Em outras palavras, a sociedade civil que, participando dos fóruns públicos deliberativos que ocorrem no interior das instituições públicas que aplicam os

¹⁸² Open to view and mistakes and gaps within the political ordering will become exposed.

¹⁸³ We may be confident that the ordering of political values is not distorted by particular reasonable comprehensive doctrines.

¹⁸⁴ Is one in which the dominant and controlling citizens affirm and act from irreconcilable yet reasonable comprehensive doctrines.

¹⁸⁵ Specify the basic rights, liberties, and opportunities of citizens in society's basic structure.

¹⁸⁶ We start, then, by looking to the public culture itself as the shared fund of implicitly recognized basic ideas and principles. We hope to formulate these ideas and principles clearly enough to be combined into political conception of justice congenial to our most firmly held convictions. [...] a political conception conviction, must accord with our considered convictions, at all level of generality, on due reflection, or in what I have called elsewhere “reflective equilibrium”.

elementos essenciais constitucionais e de justiça básica, deve ter a possibilidade de configurar a razão pública no ato de decisão das instituições públicas.

Embora não se aplique à sociedade civil a ideia de razão pública, como visto anteriormente, na justiça como imparcialidade essa sociedade tem o potencial de configurar a razão pública e de exigir na justificação pública as razões adequadas para a tomada de decisão.

4 A PRÁTICA COERENTE DE REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VISTA A PARTIR DO PROCEDIMENTO CONSTRUTIVISTA DO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS.

4.1 Conexões teóricas preliminares

Rawls, a partir de seu conceito de justiça como imparcialidade, constrói uma teoria que possibilita ao pluralismo razoável manifesta-se de forma que, mesmo em uma sociedade dividida por diferenças extremas, seja possível compartilhar concepções políticas de justiça. Tanto na obra *TJ* quanto no *LP*, o autor tem como preocupação elaborar uma teoria da justiça cujo escopo é alcançar a legitimidade das instituições públicas por meio do ato de justificação pública.

Para constituir os direitos a partir das liberdades iguais básicas, em que, inicialmente, se tem como estrutura teórica o conceito de pessoa moral em Kant e, posteriormente, de pessoa política, elaborado no *LP*, foi necessário criar mecanismos teóricos e práticos que possibilitassem que o contexto de justificação pública se tornasse viável em uma sociedade pluralista e permeada de conflitos de interesse permanentes.

Um desses mecanismos é a justificação pública. Outro, mais empregado, sobretudo no *LP*, é o equilíbrio reflexivo. Ambos são utilizados sob o ensejo de que os próprios cidadãos, que se reconhecem como livres e iguais, possam chegar a um acordo a respeito dos fundamentos racionais e normativos de uma sociedade bem-ordenada. Tanto a justificação pública quanto o equilíbrio reflexivo devem ser pensados dentro da prática deliberativa de oferecimento e acolhimento de razões que serão utilizadas como subsídio às instituições públicas para a tomada de decisão.

Compreendida nesse contexto, a obra *LP* ganha uma dimensão política mais enfática, que torna a teoria da justiça como imparcialidade uma concepção pública e política de justiça. Assim, partindo do construtivismo político, os próprios cidadãos têm condição de elaborar e aceitar o ideal de razão pública, podendo, de tal modo, modelar a justificação pública das decisões institucionais.

Rawls fundamenta a legitimidade da decisão institucional na construção normativa que se apresenta na justificação pública. Os cidadãos integrantes e cooperativos de uma sociedade que se autossustenta aceitam os termos razoáveis que são utilizados como fundamentos das decisões.

A legitimidade normativa está assentada no aceite público de cidadãos que se colocam sob a base da razão pública. O autor foca atenção na concepção de justiça que seja construída e aceita pelos cidadãos que serão atingidos pela construção normativa. Portanto, o uso público das razões por cidadãos que se entendem livres e iguais, é imprescindível para o aceite da justificação pública da decisão institucional.

Em Rawls a razão pública representa uma concepção de autonomia da pessoa que, após LP, passa a auferir dimensão política e também intersubjetiva, ou seja, na medida em que os cidadãos ajam sob o fundamento de que são responsáveis pela construção normativa que lhes atinge, a legitimidade deve passar pelo crivo de aceitabilidade a partir do uso público da razão, do cumprimento dos critérios razoáveis e racionais de tomada de decisão. O cumprimento desses critérios em uma sociedade democrática preocupada com a integração social e com a justificação pública das instituições públicas é exigência de cidadãos destinatários e coautores da normatividade.

O desafio da teoria da justiça como imparcialidade, ao defender a prevalência do justo diante do bem, é constituir uma base comum de justificação pública que possa criar consensos sobrepostos acerca de políticas fundamentais. Rawls busca resposta para o desafio democrático de alcançar o reconhecimento das justificações públicas entre os cidadãos, enquanto corpo coletivo e cooperativo, a partir de rudimentos procedimentais de participação política na construção da estrutura de base da sociedade.

O autor não nega a possibilidade de o bem figurar como um dos valores defendidos pela sociedade. Mas, ao formular uma teoria que escapa ao utilitarismo, enfatiza a prioridade do justo em face do bem, para que haja o respeito da pessoa como membro livre, igual, racional e razoável, apta a exercer seu papel de participação na construção dos princípios de justiça na sociedade. Portanto, o autor considera que a igualdade de oportunidade nas deliberações públicas é central para a construção legítima do direito sem que alguma doutrina abrangente prevaleça diante da concepção política de justiça.

A teoria da justiça como imparcialidade tem como objetivo possibilitar que princípios de justiça sejam criados e compartilhados por todos os cidadãos após se realizar o equilíbrio reflexivo em deliberação pública.

A base para que o consenso sobreposto seja alcançado é a realização de cuidadosa reflexão a respeito do acordo razoável sobre quais princípios de justiça serão aceitos pelos cidadãos para a aplicação na estrutura de base da sociedade.

Rawls acredita que a legitimidade é dependente da capacidade da relação intersubjetiva dos cidadãos para construírem a validade da norma de maneira compartilhada. Pode-se dizer que, sem um procedimento de construção normativa compartilhada através do uso público da razão, não há como se falar em objetividade da convicção política de justiça.

O procedimento de construção normativa é central para que se possa assegurar a validade das afirmações e, também, sua aceitação perante os destinatários (coautores). É por isso que a deliberação pública possibilita ao cidadão exercer o dever de civilidade, propiciando que o equilíbrio reflexivo se dê de maneira dinâmica, inclusiva e constitutiva dos princípios de justiça, de tal forma que as justificações públicas devam manter suas bases argumentativas a ela vinculadas.

A razão pública movimenta a deliberação pública na medida em que possibilita aos cidadãos o entendimento de que fazem parte de um corpo coletivo no qual se compartilha um poder político igual de cidadania. Os cidadãos no dever de civilidade devem, dentro da perspectiva deliberativa, apresentar razões que fundamentem as suas ações e que estas sejam expostas de maneira coerente com a liberdade e igualdade dos demais. O uso público das razões na deliberação pública é que proporciona o confronto de argumentos e, na busca por melhores fundamentos e interpretações no ato de configuração da razão pública, as instituições públicas devem criar suas justificativas públicas para com a sociedade.

O ideal de razão pública convoca os cidadãos a justificarem, uns com os outros, os valores e princípios que entendem ser razoáveis, portanto, universalizáveis, e que devam ser aplicados na sociedade bem-ordenada.

O modelo de democracia deliberativa rawlsiano constitui-se na capacidade de autodeterminação dos cidadãos enquanto corpo coletivo e cooperativo. Assim, alude a necessidade e o dever de as instituições públicas, ao justificarem suas decisões, partirem de critérios legítimos e coerentes de aplicação de princípios de justiça.

Por tudo visto, verifica-se que o traço político da concepção de justiça em Rawls é essencial para a criação de nova prática de realização das audiências públicas no interior do STF.

4.2 Audiências e fóruns de deliberação pública a partir do Liberalismo Político

É interessante ressaltar que Rawls, na teoria da justiça como imparcialidade, emprega alguns termos que representam na prática seu modelo de deliberação pública. Alguns desses termos ainda precisam ser mais elucidados aqui.

O primeiro deles é “audiência na sociedade civil”. Outro, que é utilizado como sinônimo deste é “fórum público”. Ambos são empregados pelo autor para fazer referência a instâncias de pronunciamento de razões de doutrinas abrangentes da cultura de fundo da sociedade civil. Esses termos fazem referência a formas de realização de deliberação pública sem intervenção institucional quanto a temas, a procedimentos, a agenda política e a representantes no âmbito da cultura de fundo da sociedade civil.

Há ainda um terceiro termo a ser elucidado, o qual diz respeito especificamente às deliberações que ocorrem dentro da cultura política pública. Trata-se de “fórum político público”. Neste fórum, por ocorrer no interior das instituições públicas, diferentemente das deliberações anteriores aqui apontadas, precisa-se aplicar a ideia de razão pública.

É a partir da utilização desses conceitos que o modelo de democracia deliberativa de Rawls se constitui, possibilitando que haja a aplicação da teoria da justiça como imparcialidade como nova dinâmica das audiências públicas, como as realizadas no interior do STF.

Para maiores explicações quanto ao tema aqui tratado, é importante ressaltar que, independentemente de onde o fórum ocorra, faz parte da virtude de cooperação política de um regime constitucional que os cidadãos estejam dispostos a aceitar compromissos, sejam razoáveis e tenham senso de justiça ao realizarem fóruns e audiências.

Quando a virtude política é difundida, torna-se mais fácil sustentar uma concepção política de justiça, aumentando-se, assim, o capital político da sociedade

bem-ordenada. Na medida em que os cidadãos são estimulados a discutir sobre suas experiências e seus conhecimentos do passado, tem-se ganho de capital político com a aceitação do dever de civilidade.¹⁸⁷

À sociedade civil cabe o papel de discutir os princípios de justiça que estão constituídos na estrutura de base da sociedade. Para Rawls, todas as questões públicas devem passar pelo crivo, interesse e análise dos cidadãos pertencentes à cultura de fundo da sociedade civil.

Nela, nós, na condição de cidadãos, examinamos de que forma a justiça como imparcialidade deve ser formulada e se esse ou aquele aspecto dela parece aceitável – por exemplo, se os detalhes da modelagem da posição original estão especificados de forma apropriada e se os princípios selecionados devem ser acatados. Do mesmo modo, devem-se examinar as pretensões da teoria do discurso e de sua concepção procedural de instituições democráticas. Tenhamos em mente que essa cultura de fundo contém doutrinas abrangentes de todos os tipos que são ensinadas, explicadas, confrontadas umas com as outras e discutidas indefinidamente e, enquanto a sociedade tiver vitalidade e espírito, não haverá um final à vista para isso. Trata-se da cultura do social, não da cultura do que é publicamente político. É a cultura da vida cotidiana, com suas associações as mais variadas – suas universidades e igrejas, sociedades científicas e acadêmicas -, e discussões políticas sem fim de ideias e doutrinas são comuns em toda parte na sociedade (RAWLS, 2005, p. 382-383, tradução nossa).¹⁸⁸

A ideia de razão pública não se aplica à cultura de fundo. A cultura de fundo, também é entendida aqui como cultura de pano de fundo da sociedade civil que tem muitas agências e associações das mais diversas fontes filosóficas, morais e religiosas, cada uma delas na defesa do que entendem por bem.

A cultura de fundo possui formas de razão não pública que não precisam ser justificadas publicamente, elas dizem respeito somente ao modo de vida de cada doutrina abrangente razoável. Porém, mesmo que a ideia de razão pública não seja

¹⁸⁷ Quanto ao termo capital político, Rawls afirma que ele é apropriado por poder ser constituído no decorrer do tempo e não depende das instituições políticas e sociais existentes. Mas, apesar de ser constituído e poder aumentar, esse valor também pode ser depreciado, precisa ser usado e renovado constantemente para sua própria manutenção e valoração.

¹⁸⁸ There, we as citizens discuss how justice as fairness is to be formulated, and whether this or that aspect of it seems acceptable-for example, whether the details of the set-up of the original position are properly laid out and whether the principles selected are to be endorsed. In the same way, the claims of the ideal of discourse and of its procedural conception of democratic institutions are considered. Keep in mind that this background culture contains comprehensive doctrines of all kind that are taught, explained, debated one against another, and argued about-indefinitely without end as long as society has vitality and spirit. It is the culture of daily life with its many associations: its universities and churches, learned and scientific societies; endless political discussions of ideas and doctrines are commonplace everywhere.

manifestada pela cultura de fundo da sociedade civil, será através dos argumentos e razões apresentadas pelas doutrinas abrangentes razoáveis que o seu conteúdo será composto. Apesar de não aplicar a razão pública, a cultura de fundo da sociedade civil, em suas deliberações públicas e políticas, fomenta e constitui subsídio necessário para o que o conteúdo da razão pública seja elaborado pelas instituições públicas.

Por outro lado, o ideal de razão pública em uma sociedade democrática deve ser seguido por todos, tanto como referência para as ações dos cidadãos no exercício de defesa dos seus interesses individuais quanto pelas instituições públicas, que agem sob os critérios de se alcançar legitimidade.

A defesa do ideal de razão pública pela cultura de fundo faz parte do dever de civilidade dos cidadãos que se colocam como legisladores e se perguntam sob quais fundamentos e razões as leis poderiam ser sustentadas e, assim, ser razoáveis.¹⁸⁹

Na aplicação dos termos que representam as instâncias de deliberação pública, a audiência de cidadãos na sociedade civil e o fórum público, verificou-se que ambas possuem a mesma finalidade, realizar debate entre doutrinas abrangentes da sociedade civil quanto aos limites da razão pública e possibilitar a construção procedural da norma com as contribuições que emanam dos argumentos da cultura de fundo.

Quanto à realização de audiência na sociedade civil, o autor faz menção a ela no momento em que defende a realização de deliberação pública entre cidadãos no exercício político e razoável de seus direitos. Observe como Rawls associa as audiências públicas à justiça como imparcialidade:

O argumento é normativo e se refere a ideias e valores, embora no liberalismo político seja restrito ao político, ao passo que na ética do discurso não o é. Ao se dirigir a essa **audiência de cidadãos na sociedade civil**, como toda doutrina democrática tem de fazer, a justiça como imparcialidade explicita diversas concepções políticas fundamentais – a de sociedade como sistema equitativo de cooperação social, a de sociedade bem-ordenada, a dos cidadãos considerados livres e iguais – e então aspira combiná-las em uma concepção política completa e razoável e com justiça para a estrutura básica de uma sociedade democrática. Este é meu objetivo primário: ser apresentada à **audiência na sociedade civil** e ser por ela compreendida, para que seus cidadãos a examinem. [...] O equilíbrio reflexivo lembra esse teste no seguinte aspecto: é um ponto no infinito que jamais podemos alcançar, embora possamos nos aproximar mais dele no sentido de que, por meio de discussão, nossos ideias, princípios e

¹⁸⁹ A diferença entre ideia de razão pública e ideal de razão pública está apresentada tanto no capítulo 3 quanto na conferência VI do PL.

julgamentos parecem-nos mais razoáveis e mais bem fundamentados do que antes (RAWLS, 2005, p. 384, tradução nossa, grifo nosso).¹⁹⁰

Em um segundo momento, quando o autor trata de realização de fórum público, ele o aborda no âmbito da sociedade civil, quando, por ocasião de discussão de aplicação da razão pública, verificam-se seus limites e fundamentos, abre-se discussão para que os interessados participem apresentando argumentos a favor e contrários à questão em exame.

No caso citado abaixo, Rawls trata da concretização de políticas educacionais no ato de aplicação dos princípios de justiça, mais especificamente, do princípio das oportunidades iguais. À razão que possibilita doutrinas abrangentes manifestarem para a construção da decisão do Estado, o autor denomina de “razão inclusiva”, que é diferente da razão exclusiva, que ocorre de outra maneira, sem o uso das razões das doutrinas abrangentes na decisão do Estado, quando não são discutidos os limites da razão pública.¹⁹¹

Um segundo caso se apresenta quando, em uma sociedade quase bem-ordenada, há um grave conflito no que diz respeito à aplicação de um de seus princípios de justiça. Suponhamos que o conflito envolve o princípio de igualdade equitativa de oportunidades ao se aplicar à educação para todos. Diferentes grupos religiosos opõem-se uns aos outros; um defende que o apoio estatal se restrinja somente à educação pública, outro, que as escolas religiosas também recebam subsídios estatais. O primeiro grupo considera está última política incompatível com a chamada separação entre Estado e Igreja, enquanto o segundo, nega que seja essa o caso. Nessa situação, aqueles que professam diferentes credos religiosos podem acabar por duvidar uns dos outros no que diz respeito ao compromisso com valores políticos fundamentais.

¹⁹⁰ The argument is normative and concerned with ideals and values, though in political liberalism it is limited to the political, while in discourse ethics it is not. By addressing this audience of citizens in civil society, as any democratic doctrine must, justice as fairness spell out various fundamental political conceptions-those of society as a fair system of cooperation, of citizens as free and equal, and of a well-ordered society-and then hopes to combine them into a reasonable and complete political conception of justice for the basic structure of a constitutional democratic. That is its primary aim: to be presented to and understood by the audience in civil society for its citizens and wide reflexive equilibrium. [...] Reflexive equilibrium resemble his test in this respect: it is a point at infinity we can never reach, though discussion, our ideals, principles, and judgments seem more reasonable to us and we regard them as better founded than they were before.

¹⁹¹ Quanto às duas razões, inclusiva e exclusiva, Rawls, afirma que depende da aplicação em cada caso concreto da sociedade bem-ordenada. A razão exclusiva não subscreve razões de doutrinas abrangentes, a razão inclusiva permite isso quando há aumento do dever de civilidade e fortalecimento da razão pública. Ao se questionar qual das duas razões deve ser defendida, veja: “A resposta depende de qual das duas visões é melhor para encorajar os cidadãos a respeitar o ideal de razão pública e de qual das duas visões é melhor para assegurar, no prazo mais longo, as condições sociais da razão pública em uma sociedade bem-ordenada. (RAWLS, 2005, 248, tradução nossa). The answer turns on which view best encourages citizens to honor the ideal of public reason and secures its social conditions in the longer run in a well-ordered society.

Uma maneira de dissipar essa dúvida consiste em os líderes de grupos conflitantes mostrarem no **fórum público** como as doutrinas abrangentes que professam verdadeiramente afirmam esses valores. Claro que já faz parte da cultura de fundo examinar como as diferentes doutrinas apoiam ou deixam de apoiar a concepção política. Mas no tipo de caso de que ora nos ocupamos, se os líderes reconhecidos afirmam esse fato no **fórum público**, isto pode contribuir para demonstrar que o consenso sobreposto não é mero *modus vivendi* (IV, §3º). Esse reconhecimento certamente reforça a confiança mútua e a confiança pública e pode ser parte vital da base sociológica que encoraja os cidadãos a respeitar o ideal de razão pública. Assim, a melhor forma de fortalecer esse ideal, nesse segundo tipo de caso, pode ser explicar no **fórum público** como a doutrina abrangente que se professa subscreve os valores políticos (RAWLS, 2005, p. 248-249, tradução nossa, grifo nosso).¹⁹²

As duas hipóteses de deliberação ocorrem no interior da sociedade civil e auxiliam e constituem limites para a atuação do Estado quanto ao exercício de suas políticas públicas. Para o autor, quando os cidadãos deliberam, eles trocam pontos de vista e debatem razões que sustentam questões de políticas públicas, favorecendo as condições de legitimidade exigidas a uma comunidade política que se pretende democrática.

Sobre a terceira forma de deliberação pública que ocorre no interior das instituições, o **fórum político público** (*public political forum*), o autor afirmar simplesmente ser um termo peculiar - e não desenvolve maiores explicações quanto a ele. Isso não significa que Rawls os coloca em posição menos importante que os demais fóruns e audiências realizadas no âmbito da sociedade civil. Muito pelo contrário, o compromisso dos fóruns políticos públicos é realizar o resgate discursivo

¹⁹² A second case is when a serious dispute is in a nearly well-ordered society in applying one of its principles of justice. Suppose that the dispute concerns the principle of fair equality of opportunity as it applies to education for all. Diverse religious groups oppose one another, one group favoring government support for public education alone, another group favoring government support for church schools as well. The first group views the latter policy as incompatible with the so-called separation of church and state, whereas the second denies this. In this situation those of different faiths may come to doubt the sincerity of one another's allegiance to fundamental political values.

One way this doubt might be put to rest is for the leaders of opposing groups to present in the public forum how their comprehensive doctrine do indeed affirm those values. Of course, it is already part to the background culture to examine how various doctrines support, or fail to support, the political conception. But in the present kind of case, should the recognized leaders affirm that fact in the public forum, their doing so may help to show that overlapping consensus is not a mere *modus vivendi*. This knowledge surely strengthens mutual trust and public confidence; it can be a vital part of the sociological basis encouraging citizens to honor the ideal to public reason. This being so, the best way to strengthen that ideal in such instances may be to explain in the public forum how one's comprehensive doctrine affirms the political values.

para com a cultura de fundo da sociedade civil sob o fundamento de utilizar as razões apresentadas por essa cultura como subsídio de uma decisão legítima.¹⁹³

Diferentemente da audiência de cidadãos na sociedade civil e do fórum público, o fórum político público deve fazer uso da ideia de razão pública, já que é realizado no interior das instituições públicas que justificam publicamente os consensos sobrepostos advindos dos debates e das razões práticas.

Adverte-se que o fórum político público é dividido por Rawls em três partes: o discurso dos juízes em suas decisões, em especial o dos juízes de um tribunal supremo; o discurso das autoridades públicas, sobretudo o dos chefes do Poder Executivo e dos legisladores; e, por fim, o discurso de candidatos a cargos públicos e de seus chefes de campanha (RAWLS, 2005, p. 444).

Nesta tese, interessa-se, especialmente, pelo fórum político público, que ocorre no interior das instituições públicas e deve, no exercício legítimo da atividade estatal, justificar publicamente as razões públicas adotadas em suas decisões. Todavia, por ser uma teoria construtivista que busca a legitimidade das instituições democráticas a partir da participação dos cidadãos no exercício do poder político, extraír-se-á o conteúdo da razão pública através das deliberações em geral, ocorridas na sociedade civil e também no interior das instituições.

A teoria coerentista de aplicação de princípios de justiça que se constitui pelo construtivismo político, através da virtude política dos cidadãos, ocorre a partir de procedimento de construção normativa que possibilita a justificação pública do uso público da razão de forma compartilhada e intersubjetiva.

Visualiza-se que a proposta política e procedural de Rawls, de realização dos fóruns políticos públicos, pode ser aplicada à realidade brasileira no interior das instituições públicas quando disser respeito à prática de realização das audiências públicas. Vista nessa perspectiva, a realização das audiências públicas no interior do STF, nos casos de controle de constitucionalidade de leis, deve obedecer a procedimentos mínimos de construção normativa que se baseiem na atividade intersubjetiva de cooperação cívica de apresentação de razões.

Portanto, a partir dessa perspectiva deliberativa, será dirigido um novo olhar sobre a realização das audiências públicas no interior do STF. Esse novo olhar foi

¹⁹³ Não há um significado estabelecido para o esse termo. O que utilizo não é, acredito, peculiar (RAWLS, 2005, p. 443, tradução nossa). There is no settled meaning of this term. The one I use is not I think peculiar.

construído sob as bases da justiça como imparcialidade de Rawls, só que transpostas a uma nova dinâmica de realização de audiências públicas, a do STF, à qual proporá caminhos para a aplicação efetiva de procedimentos democráticos de construção participativa de decisões.

4.3 Um novo olhar procedural e construtivista para a prática adequada de realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal

A partir da prática de realização das audiências públicas no interior do STF, agora, a pesquisa dirige toda a atenção para a aplicação do procedimento democrático de construção participativa da decisão. Será a partir da concepção política de justiça de John Rawls, que se realiza sob um modelo de democracia deliberativa em uma jurisdição constitucional aberta, que nova dinâmica de realização das audiências públicas será proposta.

Pensando sob essa perspectiva, as audiências públicas realizadas no interior do STF serão uma instância de apresentação de argumentos racionais que, levados em consideração no ato de justificação pública da decisão, funciona como instância de representação procedural de construção normativa que possibilita a expressão de razões que se opõem em face de dada deliberação. No processo de sua realização, cabe aos membros dos grupos de doutrinas abrangentes razoáveis, pertencentes à cultura de fundo da sociedade civil, apresentar questões e soluções para persuadir as partes que lhe são opostas de forma fundamentada, racional e razoável.

Para que isso ocorra, é preciso reforçar as dinâmicas democráticas de apresentação de razões na cultura de fundo da sociedade civil, reconhecendo-se, inclusive, argumentos novos que poderão fazer parte dos consensos sobrepostos e também configurar a ideia de razão pública. Esse reforço faz parte da nova dinâmica de realizações das audiências públicas que aqui se propõem sob o viés procedural construtivista da justiça como imparcialidade.

As audiências públicas no interior do STF, nos moldes que serão apresentados a seguir, são equivalentes ao modelo de fóruns políticos públicos, a cujo modelo Rawls afirma ser necessária a aplicação da ideia de razão pública. Sob

esse critério, o STF, enquanto instituição pública que faz parte da cultura política pública, não pode agir de maneira hermética e discricionária na prática de realização das audiências públicas que ocorrem em seu interior. Muito pelo contrário, deve possuir transparência em seus atos e possibilitar que o construtivismo político faça parte das interlocuções entre instituição pública e cultura de fundo da sociedade civil.

A Suprema Corte americana, à qual Rawls atribui o título de modelo de razão pública, só o é porque deve justificar suas decisões de maneira diferenciada dos outros Poderes. Para o autor, os juízes de um tribunal devem julgar apresentando fundamentos que os levem a votar e a apresentar a justificação pública das decisões baseadas no entendimento da Constituição e também das legislações e precedentes.¹⁹⁴

Assim, para a realização das audiências públicas no STF, a tese propõe condições e procedimentos novos que favoreçam a construção da concepção política de justiça. Para que essa prática ganhe uma nova dimensão, alcançando, dessa forma, caráter de legitimidade a partir da teoria da justiça como imparcialidade, precisa-se ressaltar a aplicação dos princípios de justiça através do construtivismo político e proporcionar, por meio da deliberação pública, a realização do equilíbrio reflexivo entre os cidadãos da sociedade democrática.

Os princípios de justiça, como expostos por Rawls, se constituem na necessidade de uma sociedade democrática garantir os direitos básicos de liberdade e igualdade, sem os quais se impossibilita o modelo de democracia constitucional aqui estudado. Por conseguinte, verifica-se que não há caráter utópico na formulação desses direitos, visto que, no caso brasileiro, eles estão constitucionalmente garantidos, fruto que são de uma democracia permanentemente construída.

Ao estudar a necessidade do procedimento de construção normativa que ocorre no interior das instituições públicas, percebeu-se que há um reducionismo na prática de realização das audiências públicas no STF, não estando elas amparadas pelos princípios de justiça que sustentam a legitimidade das instituições públicas.

Na prática das audiências públicas, nas condições de sua realização tal como foram apresentadas no capítulo II, viu-se que o STF monstra sério desrespeito aos

¹⁹⁴ Tema que se viu no capítulo anterior, no tópico da razão pública.

princípios de justiça que a sociedade brasileira consensualmente estabeleceu que devessem fazer parte dos elementos constitucionais essenciais e de justiça básica. Ressalte-se que, no âmbito da instituição que tem o papel de guarda precípua da Constituição, torna-se mais necessária a afirmação dos princípios de justiça e a busca de efetivá-los.

Necessário agora é apresentar um novo caminho para que o STF realize as audiências públicas sob a perspectiva do construtivismo político e da justificação pública das instituições.

Ao possibilitar que as entidades da sociedade civil participem das audiências públicas que ocorrem no interior do Tribunal, as instituições devem recepcionar as razões e argumentos que fazem parte da cultura de fundo da sociedade civil para, depois, construir suas decisões. Essa é, inclusive, uma das finalidades das audiências públicas, qual seja, abrir as portas do Tribunal e possibilitar que a sociedade civil apresente fundamentos que possam embasar e subsidiar as decisões judiciais.

Destaca-se que, ao construir um procedimento pelo qual não são respeitadas as iguais liberdades básicas para a apresentação de razões nas deliberações públicas, evidencia-se que a construção normativa não se preocupa com a aplicação coerente dos princípios de justiça no ato decisório, não cumprindo, portanto, as exigências da justiça como imparcialidade.

A Constituição é fruto do exercício político que relaciona as razões dos cidadãos para a construção do direito e para o exercício da política. Assim, sua interpretação exige, no mínimo, o respeito aos mesmos requisitos. Ela deve ocorrer de forma que possibilite o empoderamento dos cidadãos que fazem parte de um regime democrático, aumentando, assim, o capital político e, consequentemente, o dever de civilidade entre esses cidadãos.¹⁹⁵

A ideia de igualdade política nas audiências públicas é efetivada na medida em que o Estado respeita todos os representantes da sociedade civil como cidadãos livres e iguais que manifestam, na defesa de seus direitos, igual valor político. Não há a possibilidade de nenhum tratamento diferenciado entre as pessoas políticas pretendentes ou participantes da audiência pública no interior das instituições.

¹⁹⁵ Utiliza-se o termo empoderamento para fazer menção ao crescimento do capital político na sociedade democrática e constitucional.

As audiências públicas devem reforçar as dinâmicas democráticas de apresentação de razões pela cultura de fundo da sociedade civil, reconhecendo, inclusive, novos argumentos que poderão fazer parte de novos consensos sobrepostos que configurarão a razão pública.

4.3.1 A dinâmica e a finalidade das audiências públicas sob a perspectiva deliberativa da justiça como imparcialidade

Para que o STF possa justificar publicamente sua decisão, primeiro deve adotar procedimento que proporcione iguais participações nas audiências públicas que ocorrem no controle de constitucionalidade que julgue elementos constitucionais essenciais e de justiça básica. Sempre que estes forem temas a ser julgados no STF em controle de constitucionalidade, entende-se aqui que podem ser realizadas as audiências públicas. Essa hipótese ocorre quando se tiver que deliberar a respeito de:

Iguais direitos básicos e liberdades de cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação bem como as garantias do Estado de Direito. (RAWLS, 2005, p. 227, tradução nossa).¹⁹⁶

Na sociedade pluralista e democrática, é preciso alcançar consensos a respeito de temas comuns, controversos e de interesse público, mas quando as questões de princípios não estiverem em discussão, quando leis e atos normativos não estiverem discutindo elementos constitucionais essenciais e de justiça básica, não há que falar de deliberação pública no interior do STF. Não é da natureza jurídica do STF tratar de forma deliberativa de temas políticos, mas quando há limites à razão pública que dizem respeito a elementos essenciais constitucionais e de justiça básica, deve o Tribunal abrir espaço para deliberação pública conjuntamente com as entidades da sociedade civil.

¹⁹⁶ Equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect: such as the right to vote and to participate in politics, liberty of conscience and freedom of thought and of association, as well as the protections of the rule of law.

Para que o Tribunal respeite as iguais participações no procedimento de construção normativa via audiências públicas, ele não pode perder de vista a aplicação do primeiro princípio de justiça de Rawls. O princípio da liberdade igual básica garante que cidadãos representados por entidades da sociedade civil apresentem argumentos nas audiências públicas em defesa de seus direitos.

O tratamento é igualitário no acolhimento de razões da cultura de fundo da sociedade civil porque não se faz distinção valorativa de doutrinas abrangentes razoáveis, sejam elas filosóficas, morais ou religiosas. O Tribunal deve, como aplicador da Constituição, selecionar os representantes de entidades da sociedade civil que estão interessados na temática da audiência pública, de acordo com as razões apresentadas por eles no ato de habilitação. Ainda no mesmo sentido, a igualdade de participação nas audiências públicas faz com que os argumentos sejam apresentados sem haver predefinição dos argumentos, isso faz com que todos sejam tratados igualmente, independentemente do habilitado ser notório jurista ou representante de comunidade minoritária.

A convocação de audiência pública não pode ser discricionária, nem o indeferimento da habilitação ser imotivado. Ela também não pode ser feita sem nenhum critério temático para sua realização, deixando-se ao ministro do Tribunal o juízo de cabimento.

O primeiro princípio de justiça de Rawls exige que esses assuntos sejam tratados de maneira igual entre os cidadãos. Isso quer dizer que, na medida em que um assunto que diga respeito a elementos constitucionais essenciais e de justiça básica seja levado em julgamento no Tribunal em controle de constitucionalidade, poderá qualquer interessado, através de devida representação, requerer a convocação de audiências públicas se arrolar fundamentos racionais e jurídicos.

Lembra-se aqui que a construção normativa do atual procedimento de participação nas audiências públicas no STF ocorreu de maneira unilateral, realizada tão somente pelo Tribunal via regimento interno, obstando-se, dessa forma, a legitimidade democrática que, exige a construção intersubjetiva da norma.

A esse respeito, recorde-se que a norma que disciplina a participação nas audiências públicas no interior das instituições, no entender da tese, deve ser regulamentada por Lei Federal, não podendo ser tratada por regimento interno das instituições, pois se trata de norma de interesse público que precisa passar pelo

Poder Legislativo para que seja construída de maneira coerente com os princípios de justiça que estão defendidos na Constituição.

O STF, ao legislar via regimento interno, viola o artigo 22 da CR/88, bem como sobrepõe sua concepção do que seja uma audiência pública legítima às demais concepções políticas de justiça, inclusive, a interpretação da Constituição que na tese se apresenta.

A proposta de Rawls é fazer valer o uso público da razão a partir da oposição de argumentos que são proferidos pela sociedade civil e que servirão de subsídio para a tomada de decisão. Por esse critério, verifica-se que em pouco, ou nada, as audiências públicas hoje realizadas no Tribunal correspondem ao conceito de justiça como imparcialidade. Elas não fazem embate de razões, as decisões que delas emergem não parecem vincular-se aos argumentos das partes, sequer os ministros assistem às sessões, registrando-se em ata os pronunciamentos dos representantes nela presentes.

Há outros problemas que dificultam a vinculação das audiências públicas do STF à justiça como imparcialidade. Entre os seus participantes, há os que são habilitados mediante convite pessoal de ministros, o que abre condições tanto a favoritismos a grupos interessados quanto a interferência da Corte no desenrolar dos debates. Para sua realização, elaboraram-se normas de difícil entendimento, que podem mudar de acordo com a vontade do ministro relator ou que impossibilitam recursos a decisões tomadas. Trata-se de um conjunto de procedimentos que se opõe à intenção de se prover a instituição pública de processos tomada de decisão transparentes e democráticos, que favoreçam a construção participativa das decisões.

Para isso, é preciso proporcionar a igualdade de participação no procedimento de deliberação pública. Trata-se de uma igualdade em sentido amplo, que abrange desde a igualdade de oportunidades de participação na audiência pública, presente a pertinência temática do interessado com o tema em debate, até a simétrica paridade no tempo de discurso, para que as apresentações das razões defendidas por um representante de entidade da sociedade civil sejam expressas nas mesmas condições que as demais.

O novo modelo de audiência pública se pauta em argumentos racionais e jurídicos que farão parte da deliberação pública, podendo apresentar razões que expressem direitos e liberdades básicas coerentemente com suas realidades e

princípios de cada um dos membros participantes. A razão pública é a razão do público, não existe a possibilidade de se proferir uma decisão que expresse a razão pública sem a oitiva e participação do público.

Será pelo meio das audiências públicas, no interior das instituições públicas, no exercício da virtude política cooperativa, que os cidadãos poderão participar da construção da decisão que dizem respeito a temas de seu interesse.

Salienta-se que a pretensão aqui é que as audiências públicas que possibilitam a construção intersubjetiva da justificação pública sejam instância de reflexão permanente a respeito dos juízos morais, políticos e jurídicos.

Ao poder utilizar do capital político disponível, a sociedade civil passa a contribuir com fundamentos que podem configurar a razão pública expressada pelo STF, que, assim, se pode tornar cada vez mais aberto, inclusivo e democrático.

O STF tem que possibilitar que as audiências públicas sejam exemplo de instância de apresentação de fundamentos e potencialização do equilíbrio reflexivo amplo. Isso acarreta também que a sociedade civil deve refletir a respeito da aceitabilidade dos princípios de justiça de maneira razoável dentro do procedimento das audiências públicas, o que exige virtude política deliberativa dos cidadãos.

Os procedimentos de construção normativa no ato de realização das audiências públicas no STF devem possibilitar o controle da racionalidade e do conteúdo da razão pública de modo legítimo, de maneira que a jurisdição constitucional seja aberta a uma comunidade de intérpretes. A audiência pública possibilita/constitui esse papel de inclusão e de integração social ao propiciar a todos a possibilidade de acesso à participação do processo de construção do justo.

Ressalta-se, uma vez mais, que efetivar os direitos e garantias fundamentais no Estado de Direito democrático, comprehende não somente o ato de proferir julgamento a respeito da Constituição, mas também efetivar a ideia de construtivismo político, garantindo que a possibilidade do exercício cívico seja atividade constituidora da jurisdição constitucional aberta. Para isso, a ideia de construtivismo político é central na concretização de procedimentos constitucionais que permitam igual participação cívica na tomada de decisão do Tribunal.

O STF, ao decidir direitos e deveres, nos casos particulares e especialmente no controle de constitucionalidade, deve se pautar por argumentação que seja crivada, aceita, dentro do debate em uma estrutura institucional constitucionalizada.

Vários são os fundamentos que podem ser utilizados para atribuir ao STF a competência de garantir que a razão pública seja configurada de maneira construtivista na prática de realização das audiências públicas. Haja vista que os princípios constitucionais, os elementos constitucionais essenciais e de justiça básica que se apresentam na Constituição da República do Brasil, exigem e fomentam a participação dos interessados na decisão para a construção da mesma, como por exemplo, o princípio do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação das decisões, da publicidade dos atos administrativos, da imparcialidade do juiz, dentre outros.

Lembre-se ainda que o argumento central é que o STF é caso exemplar de aplicação da razão pública e que, ao agir juridicamente, determina o conteúdo da razão pública, devendo assim, justificar publicamente suas razões e princípios de justiça de maneira coerente. Portanto, o procedimento de participação nas audiências públicas deve constituir um modelo de jurisdição constitucional aberta e que possibilite o equilíbrio reflexivo entre cidadãos políticos que renovam seus acordos e estabelecem consensos no decorrer das novas dinâmicas de distribuição de justiça.

Além de possibilitar e potencializar o equilíbrio reflexivo, as audiências públicas participativas e horizontais excluem critérios discricionários do STF e abrem a possibilidade de contrapor razões no ato de construção do conteúdo da razão pública (justificação pública).

A atual visão instrumentalista da prática de realização das audiências públicas do STF deve ceder espaço para uma nova visão, construtivista, que se apoia no ideal de razão pública.

A nova dinâmica de realização das audiências públicas visa a garantir a legitimidade da deliberação pública pela aplicação dos princípios de justiça e composição da legitimidade democrática a partir da justificação pública construída também por cidadãos que possuem iguais considerações e respeito.

As audiências públicas, sob o viés da teoria da justiça como imparcialidade, trazem duas consequências ao Judiciário. Elas o desoneram na medida em que a cultura de fundo da sociedade civil apresenta razões e fundamentos que podem ser utilizados na decisão e o oneram na medida em que se exigem razões no ato de tomada de decisões.

O conteúdo da justificação pública deve ter como fundamento os princípios de justiça que foram constituídos politicamente pela sociedade bem-ordenada. Essa é, além de outros motivos, mais uma barreira às razões utilitárias e também às razões instrumentais que levam o exercício do Poder Judiciário a atuar além de suas atribuições, incorrendo na instrumentalidade de seus atos.

Apesar de a pesquisa defender na maior medida possível a abertura institucional à cultura de fundo da sociedade civil, entende-se que a participação nas audiências públicas deve ser restrita às entidades da sociedade civil que tenham representatividade e interesse direto nos assuntos a serem discutidos. E mais, defende-se que não é o uso indiscriminado de realização das audiências públicas que solucionará o problema da justiça democrática, pois elas representam somente mais uma instância de discussão pública que o STF, ao abrir suas portas, permitirá, em controle de constitucionalidade, que as visões inclusivas advindas da cultura de fundo da sociedade civil possam dar sua expressão a respeito de elementos constitucionais essenciais e de justiça básica.

É necessário afirmar ainda que aqui não se propõe uma participação indiscriminada nas audiências públicas. Estas, sendo temáticas, exigem que os interessados em dela participar demonstrem, mediante razões fundamentadas, o vínculo com o tema deliberado.¹⁹⁷

As audiências públicas garantem que a razão pública seja efetivada e que o princípio da legitimidade contribua para a fiscalização da justificação pública relativa à atividade do Tribunal de julgar dentro de suas atividades constitucionalmente estabelecidas.

A finalidade das audiências públicas é subsidiar a decisão do Tribunal acerca da aplicação coerente dos princípios de justiça, evitando, assim, que haja um fosso entre instituição pública e sociedade, entre normatividade e legitimidade.

Destarte, a construção da decisão judicial que confira legitimidade através das audiências públicas precisa refutar ou considerar os argumentos utilizados nos pronunciamentos da cultura de fundo da sociedade civil. Se assim não for, as audiências públicas não passarão de vitrine de fetiches democráticos irrealizáveis, equivalentes a uma alegoria de deliberação racional.

¹⁹⁷ Portanto, para que se garanta o debate público aos que possuírem interesse de agir, selecionaria as audiências públicas através de critérios objetivos, assim como se faz no processo licitatório, ou no processo de participação do *amicus curiae*, por exemplo, com documentos comprobatórios e demonstração do interesse de agir nos casos específicos.

O fato de haver a participação da cultura de fundo da sociedade civil nas audiências possibilita que o conteúdo da razão pública passe pelo crivo social de testificação a partir do momento em que conflita com as razões antagônicas no ato de efetivar (aplicar) a razão pública da decisão.

O STF deve, na prática das audiências públicas, oferecer a oportunidade para a apresentação das razões antagônicas, respeitá-las e considerá-las no ato de sua decisão, que deve conter a fundamentação que explique os motivos do acatamento ou não dos argumentos das partes manifestantes.

Quando há a desconsideração dos argumentos da cultura de fundo da sociedade civil no momento de discussão dos elementos constitucionais essenciais e de justiça básica, tem-se déficit de legitimidade institucional, um problema na estrutura de construção normativa que pode acarretar a prevalência da ideia de bem, típica do utilitarismo, em face da ideia de justo, do liberalismo político.

Para a construção de uma concepção de justiça voltada a uma sociedade democrática, é também necessário fazer uma relação entre direito e política. O jurídico deve ser constituído através do exercício político. Precisa-se aprofundar nessa relação, especialmente no Brasil, pois tudo leva a entender que ela ainda não está bem assimilada pelo direito brasileiro. Aqui, não se chegou ainda a uma assimilação institucionalizada da relação entre direito e política, entre fundamentos de princípios de justiça e fundamentos a partir de concepções de bem, de doutrinas abrangentes razoáveis.

A cultura de fundo da sociedade civil contribui tanto com a composição do consenso sobreposto que deverá ser observado pelo STF quanto com a configuração da razão pública ao apresentar argumentos coerentes e constitucionais de possível aplicação pelo Judiciário.

Através do elemento mediador procedimento, a cultura de fundo da sociedade civil apresenta razões para a construção das decisões do Tribunal, aumentando, assim, a possibilidade de legitimidade dos atos institucionais.

A audiência pública constitui-se em uma pluralidade de fundamentos, e o Tribunal, no ato de aplicação da razão pública, deve chegar a um fundamento universalizável. Ela, audiência, ocorre sob o propósito de estabelecer as condições por meio das quais os próprios indivíduos, a partir do uso público da razão intersubjetiva, chegam a consensos a respeito de pontos determinantes de

normatividade. Ela é um procedimento que demarca a perspectiva dialógica da deliberação pública.

Em outras palavras, as audiências públicas na realidade institucional são de suma importância para a formação não só das adequações necessárias dos princípios de justiça, mas também para que as múltiplas identidades possam defender seus direitos em um pluralismo razoável de doutrinas abrangentes.

5 CONCLUSÃO

A necessidade de se estudar a atuação do Judiciário no Brasil perpassa pelo aumento significativo da atual prática de realização das audiências públicas no interior do Supremo Tribunal Federal. Verificar os limites constitucionais estabelecidos para a atuação do Tribunal, bem como obter os critérios necessários para se alcançar a legitimidade e a aplicação da razão pública, foram os objetivos centrais desta pesquisa que tem como referência a justiça como imparcialidade, de John Rawls.

Após o extenso estudo dos dados e procedimentos das audiências públicas no STF, aqui efetuado, e analisando-os sob o olhar da justiça como imparcialidade de Rawls, viu-se que o fato de regulamentar o Tribunal a respeito dos procedimentos de realização dessas ações de participação pública acaba por imprimir prática instrumental na construção normativa. Ao regulamentar o procedimento de realização das audiências públicas a partir do seu regimento interno, o Tribunal mostra indiretamente que o assunto aí é tratado como de interesse interno, quer dizer, de competência interna da instituição, que se julga na aptidão de legislar a respeito. Mas há um equívoco nessa prática do STF pelo fato de se entender que a norma processual que diz respeito à participação da sociedade civil nas audiências públicas é de interesse público e deve ser disciplinada a partir de Lei Federal, pela atividade legiferante do Congresso Nacional, como determina a Constituição da República no artigo 22, I.

Na pesquisa, observou-se que o atual modelo de audiência pública proposto pelo STF é uma abertura fictícia da jurisdição constitucional. A atual prática de realização das audiências públicas é insuficiente para legitimar as decisões do Tribunal por não possibilitar a participação da cultura de fundo da sociedade civil na configuração da razão pública. Toda a estrutura da atual audiência pública realizada no interior do STF é inconstitucional por ser instrumentalizada de tal forma que não possibilita que o uso público da razão alcance a justificação pública das decisões de maneira legítima.

Constatou-se aqui que, apesar de abrir o STF possibilidade de participação de entidades da sociedade civil nas audiências públicas, sua jurisdição

constitucional é fechada, pois não cria um procedimento deliberativo em que as razões possam se expressar de maneira deliberativa e compartilhada, decidindo, assim, o Tribunal de maneira instrumentalizada.

Conclui-se, portanto, que há um reducionismo no procedimento participativo da sociedade civil na prática deliberativa do STF por este não levar em consideração o princípio das liberdades iguais básicas.

Como se viu no Capítulo 2, o Tribunal admite que qualquer interessado pode solicitar uma audiência pública, mas ela só será convocada se for de “repercussão geral e interesse público relevante”. Assinale-se que a generalidade e amplitude desse critério propiciam que solicitações sejam deferidas ou indeferidas por razões nada objetivas. Tal critério revela o papel de protagonista, e até mesmo de ator isolado, que o Tribunal se atribui no caso da realização das audiências públicas na medida em que não dá à sociedade civil oportunidade de ter voz na construção normativa referente aos procedimentos que lhe dizem respeito.

A cuidadosa análise acerca da prática de realização das audiências públicas e do regimento interno do STF a respeito delas permitiu ver que os ministros podem convidar pessoas e especialistas que considerarem mais apropriados para se pronunciar como habilitados nas audiências públicas. Ainda, no mesmo sentido, podem indeferir, de forma indiscriminada, a participação de candidatos a serem habilitados nas audiências, vedando, expressamente, o cabimento de recurso nessa hipótese. Isso mostra que a decisão é discricionária tanto para a seleção dos participantes quanto para a própria realização da audiência pública, conforme se evidenciou acima, sem que se estabeleçam critérios objetivos para isso.

Além disso, as audiências públicas podem ocorrer atualmente sem a presença dos ministros do STF, que utilizam somente a ata de julgamento para a análise dos pontos de vista expressos nas sessões realizadas a serem considerados como subsídios para a decisão.

Verificou-se ainda que não há, no atual procedimento de audiência pública, respeito ao diálogo. Não se tem uma abertura para a contraposição dos argumentos das partes contrariamente interessadas, de modo a lhes permitir construir fundamentos justificáveis e razoáveis para embasar as decisões. Com isso, quase que se impossibilita o Tribunal fundamentar sua decisão de acolher ou rejeitar as razões apresentadas pelos participantes com base em argumentos expostos por esses representantes.

Conclui-se, assim, que é preciso proporcionar procedimentos que favoreçam a construção de consensos a partir da apresentação e contraposição das razões para que, dessa forma, emergam subsídios democraticamente legítimos para a construção da decisão, pois, ao se fundamentar este ou aquele argumento aleatoriamente, sem a devida razoabilidade, desrespeita-se o princípio das liberdades iguais básicas.

Apesar de ter o Judiciário a especialidade de julgar questões constitucionais, isso não quer dizer que os juízes possuam as melhores razões possíveis a ser utilizadas em uma decisão judicial. O Tribunal não é o único intérprete da Constituição. A abertura institucional é fundamental para a melhor configuração da razão pública de maneira que se faça coerente com os princípios de justiça e, assim, apresente uma interpretação da Carta Magna que seja condizente com esses princípios.

Sob a perspectiva da justiça como imparcialidade de Rawls, estudou-se aqui a necessidade de que as deliberações públicas fossem pensadas em conformidade com a aplicação da razão pública que advém de construtivismo político. Isto é, para a construção da normatividade jurídica, defendeu-se ser necessário estabelecer procedimentos dialógicos de participação cívica que potencializem a virtude de cidadãos políticos que se entendem livres e iguais.

Por essa visão, percebe-se que as audiências públicas, que ocorrem no interior do STF, devem seguir novos procedimentos, de forma que se respeitem os princípios de justiça que estão constitucionalmente estabelecidos. A aplicação da razão pública pelo Tribunal é uma exigência para que se alcance a legitimidade das decisões. Tanto os cidadãos quanto as instituições públicas no ato de justificação pública estão em busca de aplicar e configurar o ideal de razão pública.

Rawls constitui a democracia deliberativa como um regime apto a respeitar as diferentes características de um pluralismo razoável que se ocupa do uso público da razão. Para o autor, as deliberações podem ocorrer tanto no âmbito da sociedade civil quanto no interior de instituições públicas. Os dois momentos de deliberação são legítimos para que a sociedade civil delibere a respeito de temas que lhe são pertinentes.

Especificamente, nas deliberações que ocorrem no interior das instituições, através dos fóruns políticos públicos, Rawls afirma que elas devem aplicar a ideia de razão pública. O conteúdo dessa deliberação dos fóruns políticos públicos irá

compor a justificação pública das instituições, seja para que elas refutem as razões advindas da sociedade civil, seja para que adotem as razões legítimas proferidas também na cultura de fundo dessa sociedade. De toda forma, há que se levar em consideração o pronunciamento da sociedade civil nas deliberações públicas, seja para refutar ou acatar razões.

A partir da ideia de fórum político público, que Rawls expressa, nesta tese aplicou-se ao STF a teoria da justiça como imparcialidade para repensar e recriar a prática de realização das audiências públicas no interior da instituição, de tal forma que se alcance um novo procedimento de sua realização.

Ao longo dos capítulos aqui desenvolvidos, viu-se que, nos casos que envolvam elementos constitucionais essenciais e de justiça básica, poderá o STF, caso seja justificadamente provocado, realizar audiências públicas com a participação da sociedade civil, o que permitirá a essa sociedade contribuir para a configuração da razão pública.

Nos casos de limite da razão pública, em que não se sabe bem ao certo qual é o compartilhamento dos princípios de justiça que formam o consenso sobreposto, as audiências públicas se tornam excelentes ferramentas para gerar legitimidade nas decisões, pois elas possibilitam o embate das razões intersubjetivas, fomentando, assim, a racionalidade deliberativa a partir do construtivismo político. Dessa forma, evita-se que argumentos instrumentais prevaleçam nas decisões jurídicas.

Defendeu-se aqui, ainda, que as audiências públicas realizadas a partir dos princípios de justiça são constituidoras da deliberação pública legítima e podem ser decisivas para possibilitar que o pluralismo político razoável da sociedade bem-ordenada se apresente discursivamente.

Elas servem para permitir que diversos segmentos da sociedade civil participem da construção das decisões. Isso também quer dizer que o STF deve justificar o porquê de adotar ou não os fundamentos utilizados nas audiências públicas, devendo ocorrer o mesmo com as partes do processo que está em discussão, pois se trata de um procedimento que integra a justificação pública pela instituição pública.

É função institucional do STF dizer aos cidadãos, de forma democrática, quais são as razões das decisões que compõem a razão pública. Esse é um critério

elementar da justificação pública na qual toda instituição democrática deve-se pautar.

As audiências públicas limitam as possibilidades de justificação pública bem como permitem que grupos da sociedade civil defendam seus interesses a partir de princípios justificados (fundamentados) nas decisões.

O Judiciário, por outro lado, teria como função corrigir as desigualdades realizadas pelos jogos de pressão que priorizam os interesses econômicos, políticos e morais de doutrinas abrangentes que agem a partir do poder no processo legislativo, possibilitando que a democracia deliberativa ultrapasse qualquer obstáculo que seja instituído por uma democracia majoritária.

Através do controle de constitucionalidade, na interpretação da Constituição, o Judiciário possibilitaria a grupos minoritários o acesso às deliberações. Esses grupos podem ter ficado de fora de deliberações anteriores, seja por impedimento econômico, seja por falta de abertura institucional, mas, agora, nas audiências públicas, podem, argumentativamente, participar da construção do debate político público de formação da vontade.

As audiências públicas, tal como entendidas ao longo dos argumentos construídos nesta tese, são ferramentas institucionais de potencialização do equilíbrio reflexivo, de configuração da razão pública, sendo ainda uma das representações deliberativas em uma democracia constitucional.

A participação dos cidadãos em audiência pública livre de interferências ideológicas do Judiciário, quer dizer, de concepções de bem aprioristicamente estabelecidas, possibilita que os parceiros de interação social determinem um caminho para a interpretação possível do direito.

Assim, a audiência pública contribui para a construção racional das decisões e para a configuração da razão pública a partir de um modelo constitucional de procedimento deliberativo.

O momento de participação cívica no processo de formação política e pública da vontade deve ser proporcionado em qualquer que seja a instituição. Insiste-se aqui em afirmar a necessidade de também no Judiciário ocorrerem audiências públicas, ato que, como mostrou o segundo capítulo, desde a década de oitenta do século passado já acontecia nos demais Poderes do Estado.

O cidadão em uma democracia provoca argumentativamente para que o Judiciário respeite os preceitos constitucionais no ato decisório. O Tribunal não

decide sozinho, o cidadão provoca a jurisdição com razões contra interferências arbitrárias em sua esfera de liberdade. Esse cidadão faz com que o Judiciário seja também um aplicador das liberdades básicas a partir da abertura institucional para a interação dos grupos sociais representados por doutrinas abrangentes razoáveis que manifestam na construção das decisões institucionais.

Apoiada em Rawls, a tese propõe que o projeto de emancipação social da cidadania brasileira possa ocorrer através da responsabilização dos cidadãos pela realidade política e jurídica que possuem. Isso quer dizer que as instituições devem desenvolver mecanismos dialógicos entre a sociedade civil e o Estado para criar a possibilidade de configuração da razão pública também pela cultura de fundo da sociedade civil.

O respeito aos valores das doutrinas abrangentes razoáveis, aos laços cívicos de reconciliação das razões sociais proferidas pelas doutrinas abrangentes nos processos interativos é elemento central para a formação de instituições justas e democráticas.

A construção da concepção política de justiça deve necessariamente passar pela ideia de legitimidade da razão pública que seja deliberativamente construída. É a razão da sociedade democrática que, a partir de processos de participação da construção da vontade, gera a normatividade de maneira intersubjetiva. Essa é a grande contribuição da teoria de Rawls para se pensar o devido procedimento democrático a ser construído nas instituições brasileiras.

As audiências públicas no interior do Tribunal geram normatividade para que se possa decidir de maneira legítima. O ato de justificação pública parte da concepção coerentista de aplicação de princípios, afastando, portanto, o uso de fundamentos discricionários para a construção da decisão.

Toda essa exposição leva à conclusão de que o modelo de audiência pública que parte da teoria da imparcialidade não coaduna com a perspectiva instrumental em que elas vêm sendo realizadas no STF.

O novo procedimento de realização das audiências públicas defendido na tese abre a possibilidade para que, a partir desta apresentação, gerem-se novas ideias e fundamentos para configurações diversas de deliberação, mediante levantamento de novas hipóteses e de novas perspectivas políticas e jurídicas para o tema.

Em suma, pode-se concluir que o novo modelo de audiências públicas aqui proposto, baseado na teoria da justiça como imparcialidade, aumenta a aplicação do equilíbrio reflexivo a partir da provocação da sociedade civil para que temas de justiça básica e elementos constitucionais essenciais sejam deliberados democraticamente.

O construtivismo político exige que o STF, na elaboração de suas decisões, considere os argumentos apresentados pela cultura de fundo da sociedade civil nas audiências públicas, seja para contrapô-los, seja para acatá-los, acrescentando mais um critério de legitimidade das decisões judiciais. Pelo fato de as razões sociais se oporem nas audiências públicas, o que favorece uma construção intersubjetiva delas, aumenta-se o capital político de cidadãos cooperativos.

Consequentemente à aplicação do construtivismo político que se realiza nas oposições das razões deliberantes, a qualidade das decisões institucionais majora na medida em que o uso público da razão se apresenta nas justificações públicas. Esse fato acarreta a desoneração do Judiciário no resgate dos possíveis fundamentos da sociedade civil já que o Tribunal, através das audiências públicas, passa a ter acesso às razões expressas nessa sociedade.

Se, por um lado, as audiências públicas desoneram o Judiciário, ao lhe possibilitar o acesso às razões acima assinaladas, por outro, elas o oneram ao responsabilizá-lo, no ato de justificar publicamente suas decisões, pela refutação ou apresentação de razões que possam ser testificadas pela sociedade civil.

As audiências públicas realizadas sob a perspectiva da justiça como imparcialidade possibilitam melhores justificações públicas, além de propiciarem acesso da sociedade civil ao interior do Tribunal, possibilitando aumento significativo da legitimidade das decisões.

A proposta das audiências públicas no interior do STF aqui exposta possibilita a construção sóbria da democracia constitucional sem que se tenha a participação só de protagonistas populares nos atos de tomada de decisão, o que efetiva os princípios de justiça.

Concluindo-se, nesta tese, defende-se como necessária a modificação da prática de realização das audiências públicas no interior do STF. Essa modificação acarreta a promoção da participação efetiva da cultura de fundo da sociedade civil nessas audiências, nas quais se abre a essa sociedade a possibilidade de participar da configuração da razão pública, efetivando-se, dessa forma, o projeto de uma

jurisdição constitucional aberta no País com fundamento nos princípios de justiça aplicados de maneira coerente.

REFERÊNCIAS

- AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Bibliothèque nationale du Québec. 2007.
- ARIEDE, Elouise Beuno. **Audiências Públicas No Supremo Tribunal Federal**: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da Emenda Regimental nº 29 de 2009. 2011. (monografia de conclusão de curso). Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 80p. São Paulo.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, c2001. 241p. (A obra-prima de cada autor ; 53).
- AVRITZER, Leonardo *et alii* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BERTEN, André. **Filosofia social**: a responsabilidade social do filósofo. São Paulo: Paulus, 2004. 140p. (Filosofia)
- BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Traduzido por Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultura, 1989. xii, 255 p. (Os pensadores ;).
- BONELLA, Alcino Eduardo. Rawls e a justiça de fundo “background justice”. **Philósofos**, Goiânia, v. 6, n. 01/02, p.27-42, 2001;
- BRASIL. Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Brasília. Publicado no DOU de 11.11.1999.
- BRASIL. LEI N° 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999. publicado no D.O.U. de 6.12.1999.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168p.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEWANDOMSKI, Ricardo. Decisão publicada no DJe nº 179 em 23/09/2009.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . Publicada em 15 de outubro de 1980. DOU de 27-10-1980
- BRASIL, Congresso, Senado Federal. Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. – Brasília: Senado Federal, 2011.
- BRASIL, Congresso, Câmara dos Deputados. Regimento Interno: Resolução Nº 17, de 1989. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/R1pdf/RegInterno.pdf . Acessado em: 27 de março de 2014.

BRASIL, Lei 8666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 21 de jun. de 1993.

BRASIL, Lei 9.784/99. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário oficial da União. Brasília, 29 de jan. de 1999.

BRASIL, Lei nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. D.O.U. de 27.12.1996

BRASIL, Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. publicado no D.O.U. de 7.8.1997.

BRASIL. CONAMA, resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acessado em: 27 de março de 2014.

BRASIL. CONAMA, RESOLUÇÃO nº 9, de 3 de dezembro de 1987. Publicada no DOU, de 5 de julho de 1990.

CALVET DE MAGALHÃES, Maria Thereza. A idéia de Liberalismo Político em John Rawls: uma concepção poítica de justiça. In: OLIVEIRA, Mafredo; ALVES AGUIAR, Odilon; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (organizadores). **Filosofia Política contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. **Filosofia analítica e filosofia política: a dimensão pública da linguagem**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. 342 p.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Porto Alegre: Artmed, 2009. 285 p.: (Biblioteca Artmed. Filosofia).

DANIELS, Norman (Ed.) **Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' 'A Theory of Justice'**. Stanford California: Stanford University Press, 1989.

DE CARVALHO, Maria Cecilia M. John Stuart Mill acerca das relações entre justiça e utilidade. Simpósio Internacional sobre justiça. Anais do Simpósio Internacional sobre a Justiça / organização Sônia T. Felipe – Florianópolis : Insular, 1998. 279-290.

DE OLIVEIRA, Nythamar. **Rawls**, Ed. Zahar 1º edição 2003. 76.p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 421 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2º ed. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2º ed. São Paulo. Martins Fontes. 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria de controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 344 p

FREEMAN, Samuel Richard. **Rawls / Samuel Freeman**. (Routledge philosophers) 270 Madison Ave, New York, NY 10016.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, c1996. 294p.

GARGARELLA, Roberto. DOMINGO, Pilar. ROUX Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?** London: Ashgate, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. xxiv, 261 p. (Justiça e direito).

GALUPPO, Marcelo Campos. A virtude da justiça. **Extensão**, Belo Horizonte, v.10/11, n. 33/34, p.67-78, dez.2000/abr. 2001;

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito como substituição da moral: um estudo kantiano. Texto não publicado.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de Direito. Organizador. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul/set. 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant**: ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. 246 p.

HERRERO, F. Javier. **O Ethos Atual e a Ética**. Síntese - Rev. de Filosofia. V. 31 N. 100 (2004): 149-161

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soether. São Paulo: Loyola, 2º ed. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação:** ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004b. (Humanística).

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 55p.

HOBBES, Thomas. **Leviatan, o La materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil.** 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. 618 p. (Sección de obras de política y derecho);

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política :** fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado / Otfried Höffe ; tradução Ernildo Stein. 3º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. – (justiça e direito).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Escala, [2006]. 191p. (Grandes obras do pensamento universal ; 62).

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes:** contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. 2. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008. 335 p. (Série clássicos Edipro) ISBN 9788572836111

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea** (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy.** An Introduction. Second edition. Oxford University press. 2002.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. **Rawls:** uma teoria da justiça e os seus críticos. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. MAAS, Rosana Helena. **Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do amicus curiae.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 2(1): 40-49 janeiro-junho 2010

LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas /** Aline Lisbôa ; prefácio de Cristiano Paixão. – Belo Horizonte : Fórum, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p. (Clássicos).

MAFFETTONE, Sebastiano Salvatore Veca. **A idéia de justiça de Platão a Rawls.** Tradução Karine Jannini ; revisão da tradução Denise Agostinetti – São Paulo, Martins Fontes, 2005 – justiça.

MILL, John Stuart. **On Liberty.** USA: Simon & Brown, c2011. 116 p. ISBN 9781936041954.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132p.

NETTO, Menelick Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado.** Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3, p. 473-486, maio 1999.

NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O'NEIL, Onora. Constructivism in Rawls and Kant. In: **The Cambridge Companion to Rawls.** New York: Cambridge University Press, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. xxxix, 176 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. Controle de Constitucionalidade é jurídico, não político. 30 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 06 de out de 2013.

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

POGGE, Thomas. **Realizing Rawls.** Ithaca: Cornell, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. 1977. Judicialização ou representação? : política, direito e democracia no Brasil / Thamy Pogrebinschi. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAIS, Diogo, A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas / Diogo Rais, Prefácio de André Ramos Tavares. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político** / John Rawls ; tradução Álvaro de Vita. –Ed. Ampl. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Liberalismo político.** Trad. Sergio René Madero Báez. México. Fondo de Cultura Econômica, 1996. [Política e Derecho].

RAWLS, John, 1921 - **Political liberalism.** / John Rawls.- Expanded ed. P. cm.- (Columbia classics in philosophy). 2005.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John, 1927-2002. **Uma Teoria da Justiça** / John Rawls ; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões ; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3º edição – São Paul : Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **Justice as Fairness: A Restatement**. Edited by Erin Kelly. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. xxii, 439

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. 1ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002.

REDONDO, Manuel Jiménes. **Precisiones sobre Rawls**. Doxa. 1985. Nº 3.

RICOEUR, Paul. **O justo**: ou a essência da justiça. Ed. Instituto Piaget. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa. 1995.

ROUANET, Luiz Paulo. O debate Habermas-Rawls de 1995: uma apresentação. **Revista Reflexão**, Campinas, no. 78, p. 111-117, set. /dez. 2000;

ROUANET, Luiz Paulo. Rawls e a questão da justiça social. **Phrónesis**, Campinas, v. 05, n. 01, p.11- 24, jan./jun. 2003;

RODRIGUES, Leda Boechat. **Historia do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. 3v.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ; Ensaio sobre a origem das línguas**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. 199p. (Os pensadores).

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Ed. Del Rey. 2012. 296 p.

SANTA CATARINA, Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville, 2014,

SCHNEEWIND, Jerome B. **Sidgwick's Ethics and Victorian Moral Philosophy**. Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York.

SCHULTZ, Barton, "Henry Sidgwick", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/sidgwick/>>.

SIDGWICK, Henry. **The Methods of Ethics**. London: Macmillan. 1877.

SEN, Amartya Kumar; RAWLS, John. **The idea of justice.** Cambridge: Harvard University Press, 2011. xxviii, 467 p.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls:** O problema da justificação. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v.32(1), 2009, p.139-157.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Justificação Pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls.** *kriterion*, Belo Horizonte, nº 123, Jun./2011, p. 197-211.

VITA, Alvaro de. **O liberalismo igualitário** : sociedade democrática e justiça internacional / Álvaro de Vita. – São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008b.

VITA, Alvaro de. **A Justiça Igualitária e seus Críticos** / Álvaro de Vita. – 2º Ed. – São Paulo ; WMF Martins Fontes, 2007. – (coleção justiça e direito) p. 304.

VITA, Alvaro de. **Apresentação da edição brasileira.** In: RAWLS, John, 1927-2002. *Uma Teoria da Justiça* / John Rawls ; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões ; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3º edição – São Paul : Martins Fontes, 2008.

VITA, Álvaro de. **A tarefa prática da filosofia política em John Rawls.** *Lua Nova*. nº 25. 1992. p. 5 – 24.

WERLE, Denilson Luis. **Justiça e Democracia:** ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas./ Denilson Luis Werle. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.