

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:**
uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça
no estado constitucional democrático brasileiro

Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais

Belo Horizonte
2009

Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais

**O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:**

uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça
no estado constitucional democrático brasileiro

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

Orientador: Professor Doutor Fernando José Armando Ribeiro

**Belo Horizonte
2009**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M827c Morais, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa
O conceito de justiça distributiva no estado democrático de direito: uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro / Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais. Belo Horizonte, 2009.
172f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Justiça distributiva. 2. Estado de direito. 3. Acesso à justiça - Brasil. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.722

Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais

**O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma compreensão da justiça
distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional
democrático brasileiro**

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

Professor Doutor Fernando José Armando Ribeiro (ORIENTADOR) – PUC Minas

Professora Doutora Lusia Ribeiro Pereira – PUC Minas

Professor Doutor Aziz Tuffi Saliba – Universidade de Itaúna

Professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes (SUPLENTE) – PUC Minas

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2009.

A Deus, força criadora de toda vitória, à minha querida família, à minha única Carol, pelo carinho, força e amor incondicionais, ao meu professor, e acima de tudo, amigo, Doutor Fernando José Armando Ribeiro, e a todos aqueles que morreram nos porões da Ditadura em prol da luta pela liberdade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar possível e concreta a vida, bem maior. A Ele, toda a glória.

Aos meus pais, Sílvia e Geraldo, pelo amor incondicional e pela vida, pelos exemplos e pelas advertências, muitas vezes mal compreendidas, todavia estrategicamente direcionadas: a formação de um homem cada vez melhor.

À minha querida Carol, exemplo de amor e carinho, que conseguiu entender minha ausência física em vários momentos, mas que jamais saiu um só minuto do meu pensamento.

Aos meus irmãos Marcos Vinícius e Mara Lúcia, frutos de um mesmo ventre.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Fernando José Armando Ribeiro, quem não apenas me ajudou neste estudo, mas em todo o curso. Não foi apenas um orientador, mas um grande amigo, paciente, competente e dedicado.

Aos meus professores, por me ensinarem que o conhecimento é o caminho e que realmente ele pode mudar uma história. Especialmente aos professores Doutores Márcio Antônio de Paiva, Lucas de Alvarenga Gontijo, Lusía Ribeiro Pereira, Alexandre Travessoni Gomes, Marcelo Campos Gallupo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pela missão árdua, todavia, bela, de ensinar.

Ao professor Doutores Aziz Tuffi Saliba e Otto J. v. N. Baumgartl, pelo incentivo constante. Ao professor Giovanni Vinícius Caetano e Silva, pelo apoio e confiança, dando-me a oportunidade de iniciar minha caminhada acadêmica.

Aos funcionários, colegas e amigos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

À Fapemig – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais, pelo apoio à minha pesquisa.

A todos que, mesmo sem saberem, ajudaram-me na concretização de mais esta fase (ainda inicial) da minha caminhada acadêmica.

“Já admoestei os ricos; agora escutai, vós, os pobres. Vós, os ricos distribuí vosso dinheiro; vós, os pobres, abstendei-vos da pilhagem. Vós, os ricos, distribuí vossos recursos; vós, os pobres, refreai vossos desejos... Vós não tendes uma casa em comum com os ricos, mas tendes o céu em comum, a luz em comum. Buscai somente para a suficiência, buscai somente aquilo que é o bastante e não desejeis mais.”

Agostinho, Sermões sobre o Novo Testamento

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o tema O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: *uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro*. Tal estudo iniciar-se-á com a abordagem histórica acerca do conceito de justiça na civilização ocidental, por intermédio da passagem da cosmogênese pré-socrática à discussão ético-moral socrática até chegar ao pensamento aristotélico, gênese do conceito de justiça distributiva. Após esse estudo, analisar-se-á a evolução do conceito de justiça distributiva realizada ao longo da história do pensamento jurídico, desse conceito trazido pelo filósofo grego Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), até chegar aos dias atuais, quando se consubstancia de modo revolucionário no pensamento de John Rawls, o expoente máximo das discussões atuais acerca da justiça. Dentro da questão acerca do quê distribuir, discorrer-se-á sobre o acesso à justiça como um dos elementos distributivos do conceito moderno de justiça distributiva, sendo analisada a atual situação do acesso à justiça no Brasil, lançando bases filosóficas para o questionamento acerca da realidade jurídica e social brasileira, tendo como objetivo o questionamento sobre os caminhos futuros de nossa sociedade, a possibilidade de que se efetive uma realidade jurídica e social menos díspar, concretizando, assim, um dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito: a construção de uma sociedade mais justa e humana.

Palavras-chave: Justiça distributiva. Estado Democrático de Direito. Acesso à justiça. Brasil.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the theme of THE CONCEPT OF DISTRIBUTIVE JUSTICE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: *a comprehension of the distributive justice and the access to justice in the Brazilian democratic constitutional State*. This study will begin with a historic approach about the concept of justice in the Occidental civilization, by passing from the pre-Socratic cosmogony to the ethical-moral Socratic discussion, until the Aristotelian thought, genesis of the concept of distributive justice. After this, it will be analyzed the evolution of the concept of distributive justice accomplished through the history of juridical thought, firstly through the concept of distributive justice, theorized by the Greek philosopher Aristotle (384 B.C – 322 B. C.) until nowadays, when it embodies in a revolutionary way in John Rawls thought; the maximum exponent of current discussions about justice. Within the issue about what to distribute, it will be shown the access to justice as one of the distributive element of the modern concept of distributive justice, being analyzed the today situation of the access to justice in Brazil, throwing philosophical bases to the question about the juridical and social Brazilian reality, having as an aim the question about the future ways of our society, the possibility that it will be accomplished a juridical and social reality less different, materializing, thus, one of the principle bases of the Democratic State of Law: the construction of a society more just and humane.

Key-words: Distributive Justice. Democratic State of Law. Access to justice. Brazil.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abr. – Abril
Ago. – Agosto
Ampl. – Ampliada
Atual. – Atualizada
Dez. – Dezembro
Ed. – Edição
Et. al. – e outros
Jan. – Janeiro
Jun. – Junho
Jul. – Julho
Mar. – Março
N. – Número
Nov. – Novembro
Org. – Organizador
Out. – Outubro
P. – Página
Rev. – Revista
Set. – Setembro
Trad. – Tradução
V. – Volume

LISTA DE SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
ARENA – Aliança Renovadora Nacional
AI – Ato Institucional
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC – Emenda Constitucional
EUA – Estados Unidos da América
FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FGV – Fundação Getúlio Vargas
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
IPM – Inquérito Policial Militar
MDB – Movimento Democrático Brasileiro
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público
ONU – Organização das Nações Unidas
PIB – Produto Interno Bruto
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PUC MG – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
SEPPIR – Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial
STF – Supremo Tribunal Federal
STM – Supremo Tribunal Militar
UFMT – Universidade Federal do Mato Grosso
UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O CONCEITO DE JUSTIÇA: A EVOLUÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA DOS PRÉ-SOCRÁTICOS A ARISTÓTELES	15
2.1 O CONCEITO DE JUSTIÇA NA FILOSOFIA PRÉ-SOCRÁTICA	18
2.1.1 <i>Antígona e o conteúdo mítico do direito na filosofia pré-socrática</i>	22
2.2 O CONCEITO DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO SOFISTA	26
2.3 O CONCEITO DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE SÓCRATES	28
2.4 PLATONISMO E JUSTIÇA.....	31
2.5 A DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO: O CAMINHO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	34
3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: DE ARISTÓTELES A JOHN RAWLS	45
3.1 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA EM ARISTÓTELES E TOMÁS DE AQUINO.....	47
3.2 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO PENSAMENTO CRISTÃO ANTIGO E O SURGIMENTO DA NOÇÃO MODERNA	51
3.3 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO PENSAMENTO MARXISTA	58
3.4 CRÍTICAS À INCIPIENTE NOÇÃO MODERNA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	60
3.5 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO PENSAMENTO UTILITARISTA	62
3.6 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO PENSAMENTO CRISTÃO NO SÉCULO VINTE	66
3.7 O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS	74
3.8 A ANÁLISE ÉTICA DE AMARTYA SEN SOBRE A IGUALDADE NA ATUALIDADE.....	84
4 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESIGUALDADE SOCIAL	87
4.1 ESBOÇO HISTÓRICO DO ACESSO À JUSTIÇA E DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: O CAMINHO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	91
4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	105
4.3 O ACESSO MATERIAL À JUSTIÇA COMO UMA PRESTAÇÃO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	114
4.4 O ESTADO BRASILEIRO E O SISTEMA JUDICIAL: UM DIAGNÓSTICO DAS INSTITUIÇÕES.....	127
4.4.1 <i>O diagnóstico da Defensoria Pública brasileira</i>	128
4.4.2 <i>O diagnóstico do Ministério Público brasileiro</i>	131
4.4.3 <i>O diagnóstico do Poder Judiciário brasileiro</i>	134
4.5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	139
4.5.1 <i>O sistema de cotas para negros</i>	145
4.6 OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM RELAÇÃO AO ASPECTO DISTRIBUTIVO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	149
5 CONCLUSÕES	156
REFERÊNCIAS	160

1 INTRODUÇÃO

É sabido que todas as sociedades humanas, desde a mais primitiva a mais sofisticada, possui e sempre possuiu um direito com vista à resolução de conflitos e à efetivação dos interesses de seus membros. Tal direito, num primeiro momento arcaico, buscando sua razão e legitimidade nas forças da natureza, através de procedimentos formais e com a ausência de normas codificadas, sendo o caráter mítico uma de suas características, não havendo separação entre direito e religião; num segundo momento tendo o código como manifestação de sua evolução, mas ainda preso às vontades de um legislador que impunha, muitas vezes, por intermédio de leis escritas, a vontade incontestável e brutal de uma elite social; e no momento atual, um direito que realiza a mediação entre moral e política, tendo esse direito como base os direitos fundamentais universais, os quais abrangem todos os homens indistintamente, sendo tais direitos reciprocamente reconhecidos entre todos os envolvidos e o reflexo dos anseios de toda a sociedade.

Considerando a dicotomia direito/justiça, tendo o direito como objetivo a concretização do justo (a despeito de poder se afirmar a dificuldade de definição a respeito do que seja o justo), ou seja, a concretização da justiça, é de se salientar que, ao contrário do direito, nem sempre houve uma preocupação ou até mesmo uma definição a respeito do valor “justiça”.

Com o surgimento da Filosofia, o chamado *Milagre Grego*, operado por um rompimento com o pensamento mitológico, iniciou-se um movimento de perquirição a respeito do princípio formador do universo. Tal movimento, iniciado pelos primeiros filósofos, esses denominados pré-socráticos, tinha como sustentáculo a origem desse universo (cosmogênese), ou seja, a gênese do universo, a busca da substância primária formadora de todo o universo (*arché*).

Todavia, é de se frisar a discussão embrionária sobre justiça ainda no pensamento pré-socrático, especificamente no pensamento pitagórico e também entre os sofistas, os quais negando toda verdade objetiva, negavam igualmente a existência de uma justiça absoluta: “justo é o que favorece o mais poderoso”. (DEL VECCHIO, 2004, p. 15).

Mas esse mesmo ambiente, o ambiente filosófico grego, é o marco inaugural das discussões acerca da justiça, especificamente com Sócrates, filósofo que

desloca o pensamento da filosofia para o campo ético, filósofo que “deu a vida” pela liberdade e pela verdade, por aquilo que considerava justo, tendo como seguidor seu discípulo Platão, de quem se sabe grande parte dos feitos socráticos.

Após a morte de Platão, a filosofia jurídica ocidental continua sua trajetória evolutiva no pensamento de Aristóteles, filósofo que, além de ter criado um tratado acerca da justiça, conceituando-a, também dividiu a mesma em espécies, escrevendo, deste modo, dentre outras, sobre justiça distributiva, preocupando-se a mesma em dar a cada um vantagens políticas de acordo com seu mérito, embasada na concepção de igualdade geométrica.

Todavia, o conceito aristotélico de justiça distributiva, atualmente também denominada “justiça social” ou “justiça econômica”, alterou-se durante a evolução do pensamento jurídico, chegando até os dias atuais uma concepção que traz em si o aspecto de uma justiça conferida pelo Estado aos mais necessitados, a própria distribuição de justiça social. A justiça distributiva deve assim, conferir igualdade de oportunidades aos cidadãos, diminuindo as desigualdades sociais existentes em nossa sociedade, dentre essas desigualdades será analisada a situação do acesso material à justiça no Brasil.

Assim, a hipótese central do trabalho é a de que a justiça distributiva, expressão aristotélica, possui na atualidade um significado diferente do proposto por Aristóteles, a qual tinha por objetivo unicamente a distribuição de dignidades políticas de acordo com o mérito de cada um, tendo atualmente a referida expressão o sentido de distribuição de bens, levando-se em consideração o fundamento de necessidade, a prestação positiva estatal. Havendo a impossibilidade de se aplicar no Brasil a justiça distributiva nos moldes aristotélicos, o que geraria ainda mais desigualdade em nossa sociedade. Além de que, o acesso à justiça é um desses bens a serem distribuídos pela sociedade, havendo uma deficiência nessa distribuição da justiça em nossa sociedade, o que faz com que a distância existente entre ricos e pobres, excluídos e incluídos alcance dimensões ainda maiores.

Portanto, o segundo capítulo deste trabalho abordará o surgimento do conceito de justiça, sua evolução, tendo como foco os pensamentos a respeito do conceito de justiça dos filósofos pré-socráticos, de Sócrates, Platão e Aristóteles, além de ser ressaltado o conteúdo mítico do embrionário direito grego, inscrito na obra *Antígona*, a qual trazia originariamente o embate entre direito positivo e direito

natural, discussão que permeou, e ainda permeia, a seara dos estudos em Teoria do Direito, proporcionando elementos para a elaboração do próximo capítulo.

O terceiro capítulo abordará as transformações sofridas no conceito de justiça distributiva, de Aristóteles até John Rawls, já no estágio do Estado Democrático de Direito, passando pelos pensamentos tomista, marxista, utilitarista e cristão, apresentando também críticas ao modelo incipiente de justiça distributiva. Aristóteles, pela grandiosidade de seu pensamento, é um dos pensadores inauguradores da base jusfilosófica ocidental, ao lado de seus antecessores e mestres intelectuais, Sócrates e, principalmente, Platão. A importância do pensamento aristotélico não se resume apenas ao mundo antigo, sendo ele o autor da Antiguidade grega mais prestigiado durante a Idade Média, tendo influenciado o pensamento de São Tomás de Aquino, sendo este na visão de Habermas, uma “versão católica” do pensamento aristotélico, estando também sua filosofia presente como contraponto na Modernidade, passando seu pensamento, hoje, por um período de renascimento por intermédio de autores comunitaristas neo-aristotélicos (GALUPPO, 2002, p. 34), além de se salientar o avanço da teoria ética a partir de Aristóteles, que abordou a virtude, não mais como ciência, mas sim como eleição da vontade. (GUSTIN, 1999, p. 51).

Por fim, no quarto capítulo será analisado o acesso formal à justiça no Brasil, considerando-se o acesso democrático à justiça como um dos elementos igualitários que devem ser garantidos pela justiça distributiva, ou seja, ao se questionar o que deve ser garantido aos cidadãos no Estado Democrático de Direito, está, sem dúvida, a concretização ao acesso democrático à justiça, tendo por base um critério de igualdade aritmética.

Dentre os desafios trazidos pela Constituição de 1988 está o de construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. Deste modo, um acesso democrático à justiça deve efetivar o primado da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante de toda a sociedade brasileira, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Analisando, destarte, o acesso democrático à justiça na sociedade brasileira, discorrer-se-á sobre a história do acesso à justiça, a efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil, processo esse decorrente de um longo caminho, no qual a sociedade vivenciou diferentes acontecimentos, avanços e reveses.

Para demonstrar a realidade do acesso à justiça no Brasil serão apresentados estudos realizados pelo Ministério da Justiça brasileiro nos anos de 2004 e 2006, quando da chamada Reforma do Judiciário, efetivada por intermédio da Emenda Constitucional n.º 45, reforma essa que tem como objetivo, dentre outros, a democratização do sistema judiciário brasileiro. Tais estudos consubstanciam-se em diagnósticos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública brasileiros, apresentados em forma de dados estatísticos.

A apresentação de tais estudos visa explicar a realidade do sistema judiciário brasileiro, o qual também, apesar de ter avançado em alguns pontos, apresenta retrocessos e arcaísmos em outros, confirmando a máxima de que o Brasil é um país de paradoxos, contradições.

Outro ponto analisado na terceira parte do presente estudo refere-se às chamadas *ações afirmativas*. Nos últimos tempos têm sido propostos diversos projetos de lei no Congresso Nacional visando introduzi-las no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esses projetos apresentados por parlamentares de diversas tendências ideológicas. Tais ações têm como objetivo mitigar desigualdades estruturais da sociedade brasileira, tendo como base a efetivação de um acesso material à educação, tendo em vista ser, para muitos, o segregador sistema educacional a causa primordial da desigualdade social brasileira. Sendo também a educação a mais importante dentre as várias prestações que os indivíduos recebem ou esperam receber por parte do Estado, por intermédio da justiça distributiva.

Assim, discorrer sobre o acesso democrático à justiça, especificamente no Brasil, é analisar a história brasileira, as características da formação de uma identidade nacional, além de considerar o fato de que, muito ainda há por ser feito. Uma sociedade mais justa, mais humana deve mitigar as diferenças estruturais existentes entre os cidadãos, sob pena de continuar a perpetuação da desigualdade social e da corrupção. Muito há que ser feito, obviamente, o caminho a ser trilhado é longo e sinuoso, todavia, terá como resultado uma sociedade mais justa, mais harmoniosa, mais igualitária, onde pobres e ricos, negros e brancos, possam conviver em condições paritárias, sendo garantido a esses um acesso democrático à justiça.

2 O CONCEITO DE JUSTIÇA: A EVOLUÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA DOS PRÉ-SOCRÁTICOS A ARISTÓTELES

Desde o início da humanidade, um dos primeiros clamores do homem é “que no mundo impere a justiça” (HÖFFE, 2003, p. 11), apesar de haver dissenso, desde muito, acerca de seu significado concreto. Para Rawls,¹ a “justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. (2002, p.3). Em decorrência de tal divergência de significados, comum nas ciências sociais, das quais a filosofia é parte, divergência essa fruto do grau de emotividade que seus conteúdos carregam em si (PERELMAN, 1996, p. 5), há que se estreitar o sentido do estudo.

A justiça, como ponto de partida para a determinação do conceito de direito², no sentido objetivo, julgando moralmente os homens nas suas relações uns com os outros, só pode ser uma relação entre homens, exprimindo-se num tipo ideal de homem, sendo uma virtude particularmente racional, coercitiva e praticável. Além disso, em outro sentido, a justiça se apresenta como suscetível de dois sentidos diferentes. De acordo com Legaz y Lacambra, “a justiça é certa qualidade que se instrui do homem e de certas obras do homem”. (1972, p. 341, tradução nossa).³ De um determinado comportamento humano se diz que é justo ou injusto, e se chama justo o homem que pratica com habitualidade aquele comportamento. Pode-se dizer justa a aplicação de uma lei, como a própria lei em si. Neste último sentido quer dizer tanto como igualdade,⁴ sendo essa igualdade também passível de receber diferentes significações. (RADBRUCH, 1997, p. 88-89).

¹ Embora não tenha sido popularizado ou promovido em círculos públicos – em grande parte devido à sua saúde um tanto debilitada e ao seu estilo de vida recluso –, John Rawls tem sido considerado o mais importante pensador político da segunda metade do século XX. Com efeito, quando *Uma Teoria da Justiça* (*A Theory of Justice*) apareceu em Harvard, em 1971, havia um tácito consenso entre os pensadores da filosofia política de que nenhuma obra monumental nesta área tinha sido publicada desde o início da chamada Guerra Fria. Além das importantes contribuições de neomarxistas como Gramsci, Lukács e dos expoentes da primeira geração da Escola de Frankfurt, na primeira metade do século passado, não fora tampouco registrado nenhum marco teórico decisivo antes da publicação da obra-prima de Rawls, até então um ilustre desconhecido. (OLIVEIRA, 2003, p. 7).

² De acordo com Eduardo García Máynez, o primeiro aspecto questionado pelo estudioso ao olhar o umbral da ciência jurídica (1956, p. 3).

³ La justicia es cierta calidad que se predica del hombre y de ciertas obra del hombre.

⁴ De acordo com Joaquim B. GOMES, (2002) “a noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito,

Radbruch apresenta, sustentando-se em Aristóteles, a divisão do conceito de justiça de acordo com o seu critério de aplicação: *justiça absoluta* e *justiça relativa*.

Por exemplo, salário igual a trabalho (*justiça absoluta*); condenação em pena correspondente ao diferente grau de culpa de vários criminosos (*justiça relativa*). Ambas estas distinções se acham entre si relacionadas na célebre doutrina de Aristóteles acerca da Justiça. A igualdade *absoluta* entre *bens*, como, por exemplo, a que se dá entre o salário e o trabalho, ou entre o dano sofrido e a indenização, chama-se, na doutrina de Aristóteles *justiça comutativa*; a igualdade (*relativa*) no modo de tratar *pessoas* diversas – como, por exemplo, a da tributação, a do prêmio ou do castigo proporcionados ao mérito ou demérito – constitui a essência da *justiça distributiva*. (RADBRUCH, 1997, p. 88-89).

Em sentido primitivo, a justiça se confunde com o respeito ao direito vigente. Todavia, considerando a noção a partir de uma visão atual, possui um significado mais fortemente moral. (HÖFFE, 2003, p. 11). Nenhuma sociedade quer abandonar a “justiça”, sendo a humanidade caracterizada como uma comunidade baseada na justiça, e desde cedo, percebe-se um relativismo em relação ao significado de seu conceito.

O preceito da igualdade, traço comum ao seres humanos, “tratar casos iguais de igual maneira”, é trazido desde tempos remotos, o que se pode constatar dos olhos vendados da deusa *Iustitia*.

Não importa se mulher ou homem, rico ou pobre, poderoso ou fraco: segundo a imparcialidade de primeiro grau, a da aplicação da regra, cada qual recebe um tratamento igual consoante a regra correspondente: todos são iguais perante a lei. Com vistas à tarefa adicional de atribuir a cada pessoa exatamente o que lhe cabe, a *Iustitia* com frequência se apresenta com uma balança na mão. E a espada simboliza a dupla tarefa – tanto proteger como punir. (HÖFFE, 2003, p. 12).

Todavia, a imparcialidade de primeiro grau não se faz suficiente para se concretizar o justo, faz-se necessária a aplicação da imparcialidade na fixação da regra. Em relação aos direitos fundamentais importa a igualdade, em relação à garantia elementar da existência, a necessidade.

foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.”

A primeira manifestação da justiça se apresenta sob um olhar religioso, encontrado nas primeiras civilizações, como as do Oriente Próximo, Egito⁵, Israel, Grécia arcaica. A justiça egípcia além do conteúdo religioso estava imbuída por um conteúdo solidário, havendo responsabilidade recíproca entre os homens. Na Mesopotâmia encontra-se uma “competência que se antecipa ao corretivo clássico da justiça, à equidade, os reis não têm apenas competência para promulgar o direito que iria vigor na sociedade, como também suspender, caso a caso, onde a sua aplicação exterminaria os pobres e desamparados, principalmente, “órfãos e viúvas.” (HÖFFE, 2003, p. 18).

Para os hebreus, à semelhança da *Ma’at*, o direito fundado na aliança que Deus concedeu a Israel, a *Sādāq* (justiça) consiste numa relação jurídica, ética e religiosa entre Deus e o povo, uma lealdade à própria comunidade, sendo a mesma a vontade revelada por Deus. Deus este que assume a defesa dos pobres e desamparados, ajudando-os a alcançar a justiça e libertando-o dos prevaricadores (*Sl 82, 3-4*).

Em relação à Grécia Antiga, em tempos anteriores ao *Milagre Grego*⁶, a justiça ainda tinha origem divina, como é exposto nas epopéias homéricas, como também na *Teogonia*⁷ de Hesíodo, sendo direito e justiça uma unidade, essa representada pela deusa *Themis*.⁸ Todavia, é de se ressaltar que *Themis* não traz por si só a ordem ao mundo, para alcançar o intento, ela recebe a ajuda de suas três filhas concebidas por Zeus: *Díkê* responde pelos costumes, pelo direito e pela jurisprudência; *Eirénê* por uma paz, a qual inclui o bem-estar econômico e cultural; e *Eunomia* por um bom ordenamento jurídico, o que já apresenta uma diferença moderna.

⁵ A sociedade egípcia constitui uma hierarquia, no sentido originário do termo: uma dominação sagrada, pois é encabeçada pelo “faraó” (Grande Casa) como encarnação de Horus, o deus-falcão (“Grande Deus”); e no âmbito da religião solar existem germes de um monoteísmo. *Ma’at* é o conceito fundamental da moral social. Não é possível conceitua-la com uma única palavra: mas pode-se conceitua-la através das palavras “verdade, justiça, direito, ordem, sabedoria, autenticidade, sinceridade”.

⁶ Referência ao início da filosofia, com os pré-socráticos, especificamente na figura de Tales de Mileto.

⁷ Hesíodo foi o primeiro poeta a se nomear e contar fatos de sua história em um poema. *Teogonia* significa a geração ou nascimento dos deuses.

⁸ Filha de Gaia, mãe de todos os seres e de Urano, deus do céu, sendo mais antiga do que o deus supremo dos deuses, Zeus.

Uma outra diferença também pode ser considerada “moderna”: a retribuição efetuada por *Diké* refere-se com clareza ao resultado da aplicação da justiça, por sua vez de natureza meramente negativa. Violações do direito são punidas, mas a honestidade não é recompensada. (HÖFFE, 2003, p. 21).

Após duzentos anos, Ésquilo nos apresenta o surgimento do Tribunal do Areópago, fundado pela deusa Palas Atena para julgar o matricídio de Orestes, dando início ao julgamento por intermédio de uma instituição basilar de justiça, o tribunal, evitando que a vingança se alastrasse de maneira circular, propagando ainda mais a violência ocasionada por uma época em que, a despeito do caráter religioso da justiça e do direito, o forte sempre prevalecia sobre o mais fraco (*autotutela*).

Destarte, é de se notar o conteúdo mítico e sagrado do conceito embrionário de justiça, explicitando, desde já, esse caráter sacro em sua essência, uma justiça de dentro do homem, da alma, *anima* humana.

2.1 O conceito de justiça na filosofia pré-socrática

Apesar de, especificamente, não terem tratado do direito e da moral, mas sim da “*physis*”, preocupando-se com a cosmogênese e não com o estudo do homem em si, não tendo a mente grega se envolvido num primeiro momento com problemas éticos, muito menos jurídicos, mas considerando-se apenas a natureza física. (DEL VECCHIO, 2004, p. 13), a abordagem dos filósofos pré-socráticos faz-se necessária, de acordo com Alexandre Travessoni Gomes, pelo fato de os mesmos terem sido os responsáveis pela passagem do mito ao “*logos*”, “o que podemos chamar de “descoberta da ciência”. (GOMES, 2004, p. 33-34). Ademais, salienta Höffe que:

Os gregos foram os primeiros a desenvolverem uma filosofia para a justiça, no sentido rigoroso do termo. Para isso concorreram, por certo, três circunstâncias: em vez de ser um valor há muito reconhecido, a justiça deve inicialmente impor-se sobre a moral aristocrática da honra compreendida em termos agonísticos. Diferentemente da situação posterior em Roma, não existe um estamento de juristas, de modo que os gregos, em terceiro lugar, estendem a sua relação filosófica com o mundo também ao direito e à justiça. (HÖFFE, 2003, p. 22).

Aristóteles, o pai da historiografia filosófica⁹ (KENNY, v. 1, 2004), classifica os filósofos de acordo com o seu sistema das quatro causas: causa material, causa eficiente, causa formal e causa final.¹⁰ Deste modo, os pré-socráticos preocuparam-se com a causa material, buscando os componentes básicos do mundo em que vivemos.

Tales de Mileto,¹¹ reputado como um dos Sete Sábios da Grécia (KENNY, v. 1, 2004), é considerado o primeiro filósofo grego, apesar de este nada ter escrito, seu conhecimento nos é repassado pela tradição oral indireta. (REALE, 1990, p. 29). Aristóteles chama-o de fundador da filosofia (BORNHEIM, 1998, p. 22), apesar de durante muito tempo se especular sobre o problema do começo histórico da filosofia e da ciência ter sido colocado como uma relação Oriente-Grécia (PRÉ-SOCRÁTICOS, 2000, p. 5), o que é refutado por Giovanni Reale ao afirmar que:

Naturalmente, sobretudo entre os orientalistas, não faltaram tentativas de situar no Oriente a origem da filosofia, especialmente com base na observação de analogias genéricas constatáveis entre as concepções dos primeiros filósofos gregos e certas idéias próprias da sabedoria oriental. Mas nenhuma dessas tentativas surtiu efeito. E, já a partir de fins do século passado, uma crítica rigorosa produziu uma série de provas verdadeiramente esmagadoras contra a tese de que a filosofia dos gregos derivou do Oriente. (REALE, 1990, p. 12).

Nota ainda GOMES que “os milesianos, Tales, Anaximandro (609/611 a.C.-546 a.C) e Anaxímenes (585 a.C.-528 a.C.), além de Heráclito (540 a.C. - 470 a.C.) têm grande importância para a Filosofia geral, pois surge, com eles, a especulação filosófica no ocidente.” (2004, p. 35). Heráclito reconhecendo na Razão Universal, no *Logos*, o poder dominante de todos os acontecimentos: todas as leis humanas se nutrem do Uno Divino” (fr. 114, segundo *Diels/Kranz*), sendo, portanto, pela primeira vez, diferenciada a justiça das normas humanas (*dikaion nomoi*) e a justiça natural (*dikaion physei*). (KAUFMANN, 2004, p. 33). De outro lado, Tales inicia uma filosofia

⁹ Sistemáticamente estudou, registrou e criticou o trabalho dos filósofos anteriores.

¹⁰ De acordo com Régis Jolivet, *causa material* é a matéria de que uma coisa é feita; *causa eficiente* é aquela que, por sua ação-física, produz o efeito. O escultor é causa da estátua; *causa formal* é sinônimo de forma, uma vez que a forma é o que concorre para a constituição de um composto como parte intrínseca, determinante e especificadora; e *causa final* é o fim, aquilo por que o efeito é produzido, o termo da ação, na ordem da execução, o princípio da ação, na ordem da intenção, uma vez que dirige toda a série das operações. (JOLIVET, 1998).

¹¹ Filósofo, cientista e político, Tales viveu em Mileto, na Jônia, durante as últimas décadas do século VII e na primeira metade do século VI. Pouco se sabe sobre sua vida, algo notável foi sua previsão sobre o eclipse total do sol de 28 de maio de 585 a.C.

da “*physis*” afirmando a existência de um princípio originário único ao qual dá-se o nome de “*arché*”.¹² Assim, para Tales:

[...] o “princípio” é: a) a fonte e origem de todas as coisas; b) a foz ou termo último de todas as coisas; c) o sustentáculo permanente que mantém todas as coisas (a “substância”, poderíamos dizer, usando um termo posterior). Em suma, o “princípio” pode ser definido como aquilo *do qual* provêm, aquilo *no qual* se concluem e aquilo *pelo qual* existem e subsistem todas as coisas. (REALE, 1990, p. 30).

Este “princípio” para Tales está identificado com o elemento água, por sobre a qual a terra flutua. (BORNHEIM, 1998, p. 22). Tales assim conclui por constatar que a nutrição de todas as coisas é úmida. (REALE, 1990, p. 30). Simplício na obra *Física* (23, 21 – DK 11 a 13) coloca nestes termos:

Alguns dos que afirmam um só princípio de movimento – Aristóteles, propriamente, chama-os de físicos – consideram que ele é limitado; assim Tales de Mileto, filho de Examias, e Hipão, que parece ter sido ateu, afirmavam que água é o princípio, tendo sido levados a isto pelas (coisas) que lhes apareciam segundo a sensação; pois o quente vive com o úmido, as coisas mortas ressecam-se, as sementes de todas as coisas são úmidas e todo alimento é succulento. Donde é cada coisa, disto se alimenta naturalmente: água é o princípio da natureza úmida e é continente de todas as coisas; por isso supuseram que a água é princípio de tudo e afirmaram que a terra está deitada sobre ela. Os que supõem um só elemento afirmam-no ilimitado em extensão, como Tales diz da água. (SIMPLÍCIO *in* PRÉ-SOCRÁTICOS, 2000, p. 40-41).

Hegel nas *Preleções sobre a História da Filosofia* afirma que a proposição de Tales de Mileto de que a água é o absoluto, ou como diziam os antigos, o princípio é filosófico; com ela há o início da filosofia, pois através dela chega-se à consciência de que o um é a essência, o verdadeiro, o único que é em si e para si. (PRÉ-SOCRÁTICOS, 2000, p. 42).

Anaximandro de Mileto¹³, discípulo e sucessor de Tales, aprofunda a problemática do princípio, afirmando que a água é derivada, sendo o “*arché*” o

¹² “Princípio” (*arché*) não é um termo de Tales (talvez tenha sido introduzido por seu discípulo Anaximandro, mas alguns pensam numa origem ainda mais tardia), mas é certamente o termo que indica melhor do que qualquer outro o conceito daquele *quid* do qual derivam todas as coisas. (REALE, 1990, p.29).

¹³ (610-547 a.C), geógrafo, matemático, astrônomo e político, nada se sabe sobre sua vida. De acordo com relatos doxográficos escreveu um livro intitulado Sobre a Natureza, o qual é considerado pelos gregos como a primeira obra filosófica no seu idioma, tendo esse se perdido. Atribui-se a ele a

infinito, ou seja “uma natureza (*physis*) infinita e “in”-definida da qual provêm todas as coisas que existem.” (REALE, 1990, p. 31). O termo usado por Anaximandro é “*apeíron*”, ou seja, aquilo que é privado de limites, sejam eles internos (infinito espacialmente) ou externos (aquilo que é qualitativamente indeterminado).

Anaxímenes¹⁴, o último do trio dos cosmologistas milesianos, discípulo e continuador do pensamento de Anaximandro, afirma que “o ‘princípio’ deve ser *infinito*, sim, mas que deve ser pensado como *ar infinito*, substância aérea ilimitada.”

Pitágoras de Samos,¹⁵ faz considerações sobre a vida social e, conseqüentemente, sobre o direito (GOMES, 2004, p. 39), tendo os Pitagóricos¹⁶ participado ativamente da vida política da época,¹⁷ tendo se dedicado à matemática e ao misticismo, conforme nota Anthony Kenny:

A sociedade pitagórica mantinha a propriedade comum e vivia sob o manto de regras e cerimoniais ascético: mantinha silêncio, não comia pão, não pegava migalhas, não tocava o fogo com uma espada, sempre pisava primeiro com o pé direito antes do pé esquerdo, dentre outras coisas mais. (KENNY, v. 1, 2004, p. 10, tradução nossa).¹⁸

Giovanni Reale afirma que podemos dizer muito pouco atualmente sobre o pensamento original de Pitágoras, como também sobre os dados de sua vida. (REALE, 1990, p. 39). Para Pitágoras, todas as coisas derivam dos números¹⁹, sendo a justiça, nos dizeres de Del Vecchio:

confecção de um mapa do mundo habitado, a medição das distâncias entre as estrelas e o cálculo de sua magnitude, sendo o iniciador da astronomia grega.

¹⁴ Cerca de 585-528/5 a.C., dedicou-se à meteorologia, sendo o primeiro a afirmar que a lua recebe sua luz do sol. Era considerado pelos antigos como o principal pensador da Escola de Mileto.

¹⁵ Nascido em Samos, rival comercial de Mileto, de onde saiu no ano de 540 a.C., indo se estabelecer na Magna Grécia, fundando em Crotona uma associação de caráter mais religioso que filosófico, a qual mantinha diversos segredos. Muito pouco se sabe sobre sua vida, estando a mesma envolvida em uma aura do fantástico, não deixando nenhum escrito. Seus ensinamentos foram transmitidos oralmente e mantidos em segredo por seus discípulos que também nada deixaram de escrito.

¹⁶ Giovanni Reale prefere falar em Pitagóricos, visto haver uma associação com diversos discípulos seguindo os ensinamentos de Pitágoras.

¹⁷ Tal participação provocou a revolta dos crotonenses, obrigando Pitágoras fugir para Metaponto, onde morreu no ano de 497 a.C.

¹⁸ Pythagoras' associates held their property in common and lived under a set of ascetic and ceremonial rules: observe silence, do not break bread, do not pick up crumbs, do not poke the fire with a sword, always put on the right shoe before the left, and so on.

¹⁹ Sendo o 10 o número perfeito, pois sua representação se apresenta como um triângulo perfeito, e tendo o número 4 em cada lado (*tetraktys*), além de se mostrar como resultado do somatório $1+2+3+4=10$.

[...] uma relação aritmética, uma equação ou igualdade; daí a retribuição, a troca, a correspondência entre o fato e o seu tratamento. Neste conceito (que se aplica também, mas não somente à pena) está o germe da doutrina aristotélica da justiça. (DEL VECCHIO, 2004, p. 14).

A morte de Pitágoras e a destruição de Mileto em 494 a.C. trouxe ao fim a primeira fase do pensamento pré-socrático. Na próxima fase, encontrar-se-á filósofos que não somente eram cientistas, mas filósofos no sentido atual do termo. (KENNY, v. 1, 2004, p. 33), esses se preocupando em “enfrentar os problemas do espírito humano, o problema do conhecimento e o problema ético”. (DEL VECCHIO, 2004, p. 14).

2.1.1 Antígona e o conteúdo mítico do direito na filosofia pré-socrática

Apesar de haver desde a filosofia pré-socrática a aproximação de um pensamento filosófico, é de salientar que ainda há uma concepção mítica do direito, da justiça durante tal época. Kaufmann afirma que:

Na época arcaica pré-filosófica (antes do século VII a.C.), o homem não se questionava sobre a legalidade do que acontece. Sentia-se por isso desamparado à mercê dos acontecimentos. A *amekhania*, o abandono aos poderes ocultos, e uma mundividência integralmente mitológica determinavam o seu modo de existir. A *ciência* começou no momento em que se descobriram regularidades [racionais] nos acontecimentos do mundo, ela começou com a passagem do *mythos* para o *logos*. (KAUFMANN, 2004, p. 32).

A tragédia grega descrita na *Antígona* é o exemplo maior, na qual há o embate entre a concepção de direito positivo e a de direito natural, a antítese entre as “leis não escritas dos deuses – as *nómoi agrafoi*, e o *nómos* da cidade”, (RIBEIRO, 2004, p. 27) este sendo violado por Antígona.

A história de Antígona²⁰ se passa na frente do Palácio Real, onde em tempos anteriores residia Édipo. Ismênia e Antígona, filhas de Édipo, lamentam toda a sorte

²⁰ Filha de Édipo, irmã de Ismene, de Polinices e de Etéocles. As lendas mais antigas atribuem-lhe como mãe Euriganeia, a filha do rei dos Flégias, que são um povo da Beócia. Mas a variante mais corrente da tradição (segundo os trágicos) faz dela a filha de Jocasta e o resultado do incesto de

de infortúnios que lhes são lançados em decorrência da hereditariedade. É a noite em que seus irmãos, Etéocles e Polinices, morrem duelando em frente à porta de Tebas. Etéocles morreu defendendo Tebas, enquanto Polinices morreu defendendo Argos, a inimiga. A querela entre Etéocles e Polinices se iniciara após o exílio de seu pai, Édipo:

Depois que Édipo foi exilado, seus filhos, Etéocles e Polinices concordaram em revezar o poder, alternando-o anualmente. Como parte do acordo, quando um irmão governasse, o outro deixaria Tebas. Sendo o mais velho, Etéocles assumiu o trono primeiro. Mas quando seu mandato terminou, ele recusou abdicar do cargo e passar o mandato para seu irmão. Ele também banuiu seu irmão de retornar a Tebas e ordenou que todos os portões da cidade fossem fechados. Polinices foi para Argos, onde ele casou com a filha do rei Adrasto, Deipile. (SFYROERA, 2003, p. 225, tradução nossa).²¹

Creonte²², rei de Tebas, ordenou então todas as pompas para Etéocles, enquanto Polinices ficaria insepulto para que fosse banquete para abutres, o que era considerado, então, um grande infortúnio, pois deste modo não poderia fazer a travessia para o reino dos mortos. Nas cidades antigas, a lei punia os grandes culpados com um castigo consideravelmente cruel, a privação de sepultura.

Édipo com a própria mãe. Quando Édipo, inteirado dos crimes pelo oráculo de Tirésias, se privou da vista e se exilou de Tebas, partindo como cego a mendigar o pão pelos caminhos. Antígona foi a sua companhia. O caminho que seguiram levou-os até Colono, na Ática, onde Édipo morreu. Após a morte de seu pai, Antígona regressou a Tebas, onde viveu com sua irmã Ismene. Aguardava-a aí uma nova provação. (GRIMAL, 2005, p. 31).

²¹ After Oedipus was exiled, his sons Eteocles and Polyneices agreed to take turns ruling, rotating the throne every year. As part of their agreement, when one brother ruled, the other would leave Thebes. Being the eldest, Eteocles assumed the throne first. But when his year up, he refused to step down and turn power over to his brother. He also banned his brother from returning to Thebes and order all the city's gates to be closed. Polyneices went to Argos, where he married king's Adrastus's daughter Deipyle. (SFYROERA, 2003, p. 225).

²² Creonte, tebano, era filho de Menécio. Quando Laio, rei de Tebas, foi morto por Édipo, seu próprio filho, Creonte sucedeu-lhe. Mas a cidade foi então vítima de um flagelo, sob a forma de uma esfinge, que propunha adivinhas aos tebanos e os devorava quando não sabiam responder. Assim, devorou várias pessoas, e, por fim, o próprio filho de Creonte, Hémon. Então, o rei ofereceu uma recompensa a quem resolvesse a adivinha da esfinge. Édipo apresentou-se, respondeu correctamente, e a esfinge, desesperada, precipitou-se do alto da cidadela. A adivinha era assim: "Qual é o ser que tem voz, anda em quatro patas, depois em duas e depois em três?" Édipo foi capaz de descobrir que era o homem, que, no começo da sua existência, se desloca a quatro, continua deslocando-se nas duas pernas e acaba apoiando-se numa bengala. Vinculado pela promessa que fizera, Creonte teve que ceder o trono ao vencedor, o libertador de Tebas. Deu-lhe também em casamento a viúva do rei anterior, Jocasta, sua própria irmã que, sem ninguém saber, era a mãe de Édipo. Como, depois disso, uma peste assolasse Tebas, Creonte foi, por ordem de Édipo, consultar o oráculo de Delfos. Mais tarde, quando se revelou o incesto de Édipo, Creonte retomou o lugar do trono, enquanto Édipo lhe confiava os seus filhos e partia para o exílio. (GRIMAL, 2005, p. 101).

(COULANGES, 2007). A pena para quem desrespeitasse a decisão de Creonte era a morte a pedradas. (SÓFOCLES, 2002, p. 7).

Etéocles, que morreu defendendo a cidade, deverá ser sepultado com todas as pompas militares dedicadas ao culto dos heróis. Mas seu irmão, Polinices, amigo do inimigo que nos atacava – Polinices – que voltou do exílio jurando destruir a ferro e fogo a terra onde nascera – e conduzir seu próprio povo à escravidão, esse ficará como os que lutavam a seu lado – cara ao sol, sem sepultura. Ninguém poderá enterrá-lo, velar-lhe o corpo, chorar por ele, prestar-lhe enfim qualquer atenção póstuma. Que fique exposto à voracidade dos cães e dos abutres, se é que esses quiserão se alimentar em sua carcaça odienta. (SÓFOCLES, 2002, p. 12-13).

Antígona proclama Ismênia a enterrar o irmão. Todavia, Ismênia teme fazê-lo, Antígona está decidida a sepultar Polinices, para isso teria que enfrentar a ira do povo e o édito de Creonte. Antígona afirma: “nenhum dos dois é mais forte do que o respeito a um costume sagrado.” (SÓFOCLES, 2002, p. 7). Ismênia afirma que não o desobedecerá, pois além de ser mulher²³, não tem como resistir à ordem dos poderosos e desafiar o Estado. (SÓFOCLES, 2002, p. 8), e salienta que não denunciaria a intenção da irmã. Creonte, então, ordena que suas ordens sejam respeitadas, não permitindo o enterro de Polinices, proclamando a morte para quem as descumprirem. Antígona assim é presa quando enterrava o corpo do irmão usando as próprias unhas, justificando a razoabilidade de seu feito, afirma:

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. (SÓFOCLES, 2002, p. 22).

Assim, está posto o embate entre direito natural e direito positivo. Desde que Antígona, invocando as leis não-escritas dos deuses, imutáveis²⁴, que não são de ontem ou de hoje, ignorando uma ordem de Creonte, rei de Tebas, e sepultando seu

²³ Nascendo mulheres, não podiam competir com os homens. Essa era a situação da mulher de então na Grécia Antiga.

²⁴ Os gregos denominam o conjunto de tais obrigatoriedades jurídicas, pré e suprapositivamente válidas, como o “reto ou justo por natureza” (*phýsei/physikòn díkaion*). O latim fala em “direito natural” (*ius naturae*) ou “lei natural” (*lex naturae*). Recebendo influências do cristianismo, também se fala do “direito divino” (*ius divinum*) e de uma “lei eterna” (*lex aeterna*); desde a Ilustração também é usada a expressão “direito racional”.

irmão Polinices, a evolução do direito ocidental vive de um impulso crítico, fazendo com que o pensamento jurídico europeu vivesse, durante séculos, da justaposição e contraposição entre direito natural e direito positivo. (HÖFFE, 2003, p. 45). O final trágico de Antígona²⁵ demonstra a preocupação especulativa de concepções antagônicas de justo e direito, desde a Antiguidade.

Os grandes pensadores jusnaturalistas ou são juristas, que se abrem à filosofia do direito, como Hugo Grócio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694) e Christian Thomasius (1655-1728), ou, inversamente, são filósofos que se ocupam intensamente com o direito, como John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Com o radicalismo e a originalidade peculiares a toda e qualquer filosofia, eles buscam princípios que, conquanto tenham validade sem instituição positiva do direito, possuem um primado sobre as leis vigentes e o poder estatal que as implementa. Inspiram, assim, as revoluções norte-americana e francesa e contribuem para a figura moderna da coletividade, para o Estado democrático e constitucional de direito, caracterizado por sua neutralidade em matéria religiosa, sua separação de moral pessoal e justiça política, pela divisão dos poderes, pela soberania popular e pelos direitos humanos transformados em direitos fundamentais. O direito natural da Idade Moderna imprime também um cunho duradouro em códigos de leis europeus, como, *e.g.*; o *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten/Direito comum da Prússia* (1794), *Code Civil/Código Civil francês* (1804) e o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch/Código Civil Geral da Áustria* (1811). (HÖFFE, 2003, p. 46).

O direito natural sofre uma ruptura na primeira metade do século XIX.²⁶ Todavia, as experiências baseadas na ausência do direito durante o século XX (nazismo, campo de concentração, duas guerras mundiais), fizeram com que o direito natural ressurgisse, como, por exemplo, na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), e em sentenças do Superior Tribunal Federal Alemão e do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, sustentando a doutrina do “eterno retorno do direito natural”.²⁷ (BONAVIDES, 2001, p. 18).

²⁵ Antígona é enterrada viva, por ordem de Creonte. Tirésias, o vidente, pede a Creonte que reveja sua decisão e apresenta ao mesmo a maldição que estará por vir: o exército de Tebas está destruído em Argos, o filho de Creonte, Megareu, morto atravessado por uma flecha fatal, Hémon se matou com as próprias mãos, enlouquecido pelo crime do pai: a morte de Antígona.

²⁶ Dentre outros, pode-se citar o método de interpretação proposto pela Escola de Exegese, afirmando que o único elemento interpretativo do direito seria o *Code Civil* de 1804, não se levando em consideração costumes, jurisprudência e princípios gerais do direito.

²⁷ Elaborada pelo jurista espanhol González Vicén, afirmando que o direito natural sempre retorna à consciência dos povos sempre que há alguma transformação, crise social.

2.2 O conceito de justiça no pensamento sofista

“Especialista do saber”, “sábio”. Com esses termos, Reale (1990) apresenta a acepção de “sofista”, tendo sido, inicialmente, um termo que trazia em si um significado positivo, e que, com o passar do tempo tornou-se negativo, sobretudo pela posição fortemente polêmica²⁸ tomada por Platão²⁹ e Aristóteles. (REALE, 1990, p. 73). Tendo Platão salientado a periculosidade das idéias defendidas pelos sofistas³⁰ em relação ao ponto de vista moral, como também pela sua inconsistência teórica, sendo considerado um movimento de decadência do pensamento grego. (REALE, 1990, p. 73).

Os sofistas viajavam percorrendo cidades, sustentando discursos disparatados, se comprazendo em se opor às crenças dominantes, suscitando, muitas vezes, escândalos públicos em decorrência de seus paradoxos. (DEL VECCHIO, 2004, p. 15). Todavia, é de se salientar a revolução espiritual operada pelos sofistas, “deslocando o eixo da reflexão filosófica da *physis* e do cosmos para o homem e aquilo que concerne à vida do homem como membro de uma sociedade”. (REALE, 1990, p. 73). Além de que, concordando com Jaeger: “[...] os sofistas são um fenômeno tão necessário quanto Sócrates e Platão; aliás, sem eles, estes são absolutamente impensáveis”. (JAEGER *apud* REALE, 1990, p. 73).

Dentre as causas do deslocamento radical do foco da filosofia, da *physis* para o homem, há que se considerar o fato de que “todos os caminhos já haviam sido palmilhados e o pensamento ‘físico’ havia chegado aos seus limites extremos”. (REALE, 1990, p. 74). Além da crise da aristocracia, em decorrência do momento sócio-político-cultural que vigorava no mundo grego de então, transferindo o poder da aristocracia para o *demos*, concorrendo, destarte, com a crise da *areté*, sendo os valores da aristocracia substituídos pelos valores do *demos*, que não mais confiava

²⁸ É importante salientar a sustentação socrática de serem os sofistas detentores de um saber “aparente” e não “efetivo”, que era professado tendo em vista objetivos de lucro, e não a busca desinteressada da verdade.

²⁹ De quem conhecemos o pensamento sofista, principalmente nos *Diálogos* de Platão, nos quais Sócrates frequentemente discute com os sofistas.

³⁰ Sendo os principais, Protágoras 480 a.C.-410 a.C.), Górgias, Hípias, Calixto, Trasímaco (459 a.C.-?), Pródico (465-450 a.C.-399 a.C.), nascidos na Grécia ou na Magna Grécia, tendo em seus pensamentos características comuns.

na *areté* como sendo inata, podendo ser adquirida através da virtude política, comprovando que aquilo que se considerava válido universalmente era relativizado, podendo não sê-lo em outros locais e épocas.³¹

Dentre as diversas críticas direcionadas aos sofistas, há de se salientar, de acordo com Giovanni Reale, que:

a) Além da busca do saber enquanto tal, é verdade que os sofistas visavam objetivos práticos, sendo essencial para eles a busca de alunos (que não era essencial para os físicos). Entretanto também é verdade que a objetivação prática das doutrinas sofistas apresenta também um aspecto altamente positivo: *com efeito, com os sofistas o problema educacional e o compromisso pedagógico emergem para o primeiro plano e assumem um novo significado*. De fato, eles se fazem porta-vozes da idéia de que a “virtude” (a *areté*) não depende da nobreza do sangue e da nascença, mas se funda no saber. [...] b) É verdade que os sofistas exigiam compensação pecuniária por seus ensinamentos. Isso escandalizava imensamente os antigos, porque, para eles, o saber era fruto de desinteressada comunhão espiritual [...] c) Os sofistas foram censurados por serem “nômades”, desrespeitando o apego à cidade [...] d) Os sofistas manifestaram uma notável *liberdade de espírito* em relação à tradição [...] e) Os sofistas não constituem, de modo algum, um bloco compacto de pensadores [...] (REALE, 1990, p. 75-76).

Dentre aqueles pensadores que tinham objeção em relação aos sofistas, está o filósofo Platão, cuja repulsa não era pelo que esses ensinavam, mas sim em relação ao pagamento pelo conhecimento: em primeiro lugar porque os mesmos não podem explicar o que estão vendendo ou mostrar o seu valor, e em segundo porque ninguém que aceita pagamento é obrigado, como o mercador, a vender seus artigos para qualquer um que possa pagar por ele, considerando que a educação superior deveria ser reservada para aqueles com inteligência superior, que já avançaram para certo ponto de seus estudos, que tinham abertura intelectual para saborearem o saber. (GAGARIN, 2002, p. 10).

Neste contexto marcado pelo conhecimento vulgarizado, objeto de mercancia, Sócrates começa sua especulação filosófica tendo como direcionamento o próprio homem, transferindo radicalmente, deste modo, o objeto de especulação filosófica da cosmogênese para o homem, conseqüentemente, dando azo à questão da justiça.

³¹ Os sofistas souberam captar muito bem esta angústia do homem de então e explicitá-la, dando voz e forma à mesma, fazendo assim com que adquirissem tamanho sucesso, principalmente entre os jovens.

Todavia, apesar das várias críticas direcionadas aos sofistas, há que salientar terem sido os mesmos os criadores de um dos maiores legados da cultura greco-romana, a retórica, originalmente desenvolvida por sofistas como Górgias e Pródigos, a qual atingiu sua organização maior no texto *A Arte Retórica* de Aristóteles. Disciplina de fundamental importância na formação das elites culturais, principalmente aquelas ligadas ao trabalho com o Direito, recebendo desenvolvimentos importantes na obra dos intelectuais romanos Cícero e Quintiliano, constituindo elemento estruturante do processo formativo intelectual dos juristas romanos e chegando aos dias atuais através da elaboração de uma sofisticada teoria da argumentação jurídica.

2.3 O conceito de justiça no pensamento de Sócrates

O grande adversário dos sofistas, o mais sábio dos homens, que golpeava os sofistas através da *ironia*, interrogando-os sobre questões, aparentemente simples, porém, no fundo muito difíceis, constringendo-os a indiretamente dar-lhe razão, (DEL VECCHIO, 2004), um homem que amou profundamente e de modo desinteressado o saber.

Uma dificuldade inicial ao se dissertar sobre Sócrates³², é o fato de o mesmo nada ter escrito,³³ acreditando ser sua palavra transmissível pela palavra viva, através do diálogo e da oralidade dialética. (REALE, 1990, p. 86). Assim, não há certeza ao afirmar se aquilo que lhe é atribuído seja realmente de sua autoria. Fatos indiscutíveis de sua vida são raros, como os são em relação a todas as figuras históricas que exerceram grande influência na história da humanidade, como é o caso de Sócrates. Nesses moldes, Guido Fassò afirma que:

³² Admirado por uns (principalmente pelos jovens), combatido por outros, por ser considerado uma ameaça às tradições da *polis*. Sócrates nasceu no ano de 470 ou 469 a.C. num vilarejo próximo a Atenas, filho de pai escultor, Sofronico, e de mãe parteira, Fenareta. Julgado pelo Tribunal dos Heliastas no ano de 399 a.C., a acusação: negar os deuses da *polis* e corromper a juventude. O responsável pelas acusações era Ânito, pai de um ex-aluno seu. Há de se ressaltar que tais acusações eram falsas, todavia Sócrates era impopular, assim como todos aqueles que pregam ideais impopulares em nome de princípios. No final, Sócrates fora condenado, sua pena: a morte por ingestão de cicuta. (Sócrates – Coleção Os pensadores, 1999, p.5).

³³ Busca-se dados biográficos e de pensamento nas obras de Xenofonte, Platão e de Aristóteles.

Os diálogos de Platão, nos quais aparece Sócrates em suas discussões com vários sofistas, nem sempre refletem fielmente a doutrina do Sócrates histórico, e o personagem acaba por se fazer puramente literário, atribuindo-lhe Platão seu próprio pensamento, coisa que sucede, por exemplo, em *A República* que se inicia com uma discussão entre Sócrates e Trasímaco sobre o tema da justiça. (FASSÒ, 1966, p. 41, tradução nossa).³⁴

Podem-se distinguir duas fases na vida de Sócrates³⁵, uma na qual ele esteve próximo dos físicos, outra na qual ele se aproxima da ética e dos escritos jusfilosóficos, fixando seus estudos na problemática do homem. Enquanto os naturalistas tentaram responder à pergunta: “o que é a natureza ou a realidade última das coisas?”, Sócrates concentrou-se na pergunta: “o que é a natureza ou a realidade última do homem”, ou seja, “qual é a essência do homem?”. Sócrates responde à pergunta de modo preciso: *o homem é a sua alma*. (REALE, 1990, p. 87), entendendo por alma a “razão e a sede de nossa atividade pensante e eticamente operante”. (REALE, 1990, p. 86).

Destarte, cuidar do homem em si significa cuidar mais da própria alma do que do corpo, sendo a tarefa suprema do educador ensinar os homens a cuidarem da própria alma. De acordo com Sócrates:

Em verdade, com este meu caminhar não faço outra coisa a não ser convencer-vos, jovens e velhos, de que não deveis vos preocupar nem com o corpo, nem com as riquezas, nem com qualquer outra coisa antes e mais que com a alma, a fim de que ela se torne excelente e muito virtuosa, e de que das riquezas não se origina a virtude, mas da virtude se originam as riquezas, e todas as outras coisa que são venturas para os homens, tanto para os cidadãos individualmente como para o Estado. (PLATÃO, 2000, p. 82).

Assim, Sócrates transfere o foco da *areté* dos bens materiais, como riqueza, poder, fama, para os valores da alma, resumidos no “conhecimento”, apesar de não desconsiderar os bens materiais, esses têm valor desde que sejam usados de

³⁴ Los diálogos de Platón, en los que aparece Sócrates en sus discusiones con varios sofistas, no siempre reflejan fielmente la doctrina del Sócrates histórico, y el personaje acaba por hacerse puramente literario, atribuyéndole Platón su propio pensamiento, cosa que sucede, por ejemplo, en la *República*, que se inicia con una discusión entre Sócrates y Trasímaco sobre el tema de la justicia.

³⁵ Na primeira fase, estando próximo dos físicos, que professava uma doutrina semelhante à de Diógenes. Sofreu influência da sofística, fazendo próprios os seus problemas. Destarte, é de se compreender o fato de Aristófanes tê-lo descrito na comédia *As nuvens* como um Sócrates bem diferente do descrito por Platão e Xenofonte.

acordo com o seu “conhecimento”, sua *areté*. (REALE, 1990, p. 89). Assim, questões como: “o que é a justiça? que é o bem? O que é a coragem?”, são fundamentais no pensamento de Sócrates, sendo o homem socrático aquele que vive publicamente na *polis* grega, Sócrates é o filósofo da vida pública, sua escola é o contato com os jovens nas ruas e na *ágora* ateniense. Nestes termos, Jean-Pierre Vernant nos traz que:

O aparecimento da *polis* constitui, na história do pensamento grego, um acontecimento decisivo. Certamente, no plano intelectual como no domínio das instituições, só no fim alcançará todas as suas conseqüências; a *polis* conhecerá etapas múltiplas e formas variadas. Entretanto, desde seu advento, que se pode situar entre os séculos VIII e VII, marca um começo, uma verdadeira invenção; por ela, a vida social e as relações entre os homens tomam uma forma nova, cuja originalidade será plenamente sentida pelos gregos. (VERNANT, 1998, p.41).

Como conhecimento extraído do interior do próprio homem, conhecendo-se a si mesmo, pode-se conhecer melhor o mundo, sendo a linguagem o manancial de dúvidas que gerou o fulcro da necessidade de depuração lógico-semântica do que se diz, o que era exercido na praça pública, com discípulos ou terceiros, por meio da parturição discursiva das idéias. (ZELLER *apud* BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 97).

Com essa metodologia, Sócrates criou muitos discípulos como também muitos inimigos, os quais posteriormente sustentaram sua acusação, em 399 a.C., diante do tribunal grego dos *Heliastas*, considerando ser o mesmo um cidadão pernicioso aos jovens e aos interesses da *polis*, acusado por desrespeitar as leis emanadas da *Ekklesia* (Assembléia Popular), e de introduzir novos “*daimónia*”³⁶ na sociedade.³⁷

³⁶ Entidades divinas. Na Apologia, Sócrates diz o seguinte a propósito da questão: “A razão (...) é aquela que muitas vezes e em diversas circunstâncias ouvistes dizer, ou seja, que em mim se verifica algo de divino e demoníaco, precisamente aquilo que Meleto (o acusador), jocosamente, escreveu no seu ato de acusação: é como uma voz que se faz ouvir dentro de mim desde quando era menino e que, quando se faz ouvir, sempre me detém de fazer aquilo que estou a ponto de fazer, mas que nunca me exorta a fazer.” Portanto, o *daimonion* socrático era “uma voz divina” que lhe vetava determinadas coisas: ele o interpretava como um espécie de sortilégio, que o salvou várias vezes dos perigos e das experiências negativas. (REALE, 1990, p. 94-95).

³⁷ Sócrates podendo fugir não o faz, assentando alguns pontos à questão: 1) Não devemos permitir que nossas decisões sejam afetadas pela emoção; importa que equacionemos o problema e face a ele nos definamos segundo a ponderação melhor. Devemos tratar de reunir os fatos e de conservar claro o espírito. Problemas dessa ordem podem e devem ser resolvidos com o auxílio da razão. 2) Não é cabível solucioná-los recorrendo ao consenso geral. Os outros podem errar. E cabe a nós encontrar resposta que consideramos correta. Devemos pensar por nós mesmos. 3) Jamais devemos agir de forma que seja moralmente errada. Só nos cabe indagar se o que se propõe é certo ou errado

Werner Jaeger ressalta a importância de Sócrates na atualidade, quando então há um retorno aos seus postulados, salientando que:

A sua estrela começa agora a se elevar, enquanto a de Aristóteles, o príncipe da Escolástica, entra em declínio. Sócrates torna-se o guia de todo o iluminismo e de toda a filosofia moderna; o apóstolo da liberdade moral, separado de todo dogma e de toda tradição, sem outro governo além daquele da sua própria pessoa e obediente apenas aos ditames da voz interior da sua consciência; o evangelista da nova religião terrena de um conceito da bem-aventurança atingível nesta vida mercê da força interior do homem e baseada, não na graça, mas na incessante tendência ao aperfeiçoamento do nosso próprio ser. (JAEGER, 1995, p. 493-494).

Pode-se atribuir efetivamente a importância de Sócrates para o estudo do conceito de justiça desde o momento em que o mesmo rompe a origem da virtude (*areté*), transferindo-a de bens materiais para o comportamento humano, ou seja, a justiça se concretiza através de um comportamento reto, ela é aplicável independente de bens materiais, posição social do indivíduo, não se nasce justo, mas se faz ser justo, através das virtudes praticadas, conhecendo a si mesmo. Todavia, ainda não se encontra a preocupação com a justiça distributiva na filosofia socrática, mas sim questionamentos e postulados éticos fundamentais para o desenvolvimento jus-filosófico ocidental.

2.4 Platonismo e justiça

A Platão, socrático maior, é atribuído o mérito de ter escrito a primeira obra dedicada à filosofia da justiça no Ocidente, a *República*.³⁸ Pode-se afirmar que com ele “a filosofia torna-se senhora de si mesma” (MARITAIN, 1963, p. 51), apesar de que:

[...] a obra que tentou e que a reforma socrática tornara possível, fica imperfeita e deficiente. A inteligência, sob o impulso do seu gênio magnífico

e não quais serão as consequências que teremos de arrostar, o que pensarão a nosso respeito ou como nos sentimos face ao ocorrido. (FRANKENA, 1969, p. 14).

³⁸ Para um estudo aprofundado acerca do conceito de justiça no pensamento platônico ver PLATÃO (2001).

e temerário, voa alto e rápido demais e não consegue garantir definitivamente a conquista do real. (MARITAIN, 1963, p. 51).

Para Platão, a justiça é um fenômeno secular, apesar de não a definir ocasionalmente de “divina”, o mesmo não se refere a uma obrigatoriedade de natureza religiosa. “No lugar da origem divina aparece um elemento metafísico; o último fundamento de legitimação é a idéia do Bem.” (HÖFFE, 2003, p. 22).

Central em seu pensamento é a *Teoria das Formas*, implicando uma cosmologia de “dois mundos”, sendo um deles o mundo cotidiano de transitoriedade e mudanças, “mundo do vir-a-ser”, outro o mundo ideal, dominado por “formas” ideais.³⁹ Ao contrário de Parmênides, os dois mundos se conectavam, não sendo dissociados como propusera o mesmo. Destarte, “a idéia de um *logos* imutável subjacente ao mundo cotidiano podia ser compreendida como a idealidade das Formas, definindo o mundo a despeito de mudanças contínuas”. (SOLOMON; HIGGINS, 2001, p. 68), sendo o *mito da caverna*⁴⁰ a imagem mais memorável a respeito das Formas e de sua capacidade de deslumbre, o mesmo ocorrendo com a justiça, sendo a justiça humana apenas um vislumbre da verdadeira justiça⁴¹, a qual ocorre com eficácia plena no mundo ideal. Se a filosofia de Sócrates é a filosofia das essências, a filosofia de Platão é, antes de tudo, a filosofia das idéias. (MARITAIN, 1963).

Em relação aos atos humanos, de modo mais claro que seu mestre, estabelece a verdade fundamental da filosofia. No diálogo *República*, considerado “o documento de fundação da Ética ocidental e, em certo sentido, a carta aos grandes

³⁹ O primeiro mundo, transitório, está baseado no pensamento heraclítico, do “devir”, o outro, permanente, eterno, imutável no pensamento parmenidiano. “O mundo do devir, nosso mundo, era definido por um Mundo do Ser, o mundo das Formas ideais, do qual participava. As Formas eram modelos perfeitos, o ser ideal de todos os tipos de coisa”. (SOLOMON; HIGGINS, 2001, p. 68).

⁴⁰ O mito se inicia com a imagem de alguns escravos agrilhoados dentro de uma caverna com as faces voltadas para a parede. O que eles enxergam e supõem ser a realidade, na verdade, são suas sombras projetadas na parede. Deste modo também, tudo o que tomamos por realidade consiste, na verdade, em sombras. Não que essas sombras sejam irreais, mas são sombras de coisas ainda mais reais. O que se considera não é o fato de um mundo real e outro irreal, mas sim de graus de realidade, um mundo superior e um mundo inferior. Supondo que um dos escravos, um filósofo, se libertasse dos grilhões e se voltasse, lançando os olhos pela primeira vez para os objetos genuínos que projetam as sombras, e depois saísse da caverna para a resplandecente luz do sol. Certamente ficaria deslumbrado e veria o quão imperfeitas são as sombras da realidade cotidiana comparadas com a realidade que agora observa. (SOLOMON; HIGGINS, 2001, p. 69).

⁴¹ Assim também, o filósofo se deslumbra quando vê as formas perfeitas da justiça, da justiça e da coragem no confronto com as idéias e ações imperfeitas e confusas dos homens comuns. (SOLOMON; HIGGINS, 2001, p. 69).

roteiros que o pensamento ético deverá seguir ao longo da história” (VAZ, 1999, p. 100-101), Platão apresenta Sócrates discutindo com Trasímaco acerca do conceito de justiça e do justo. Trasímaco defende o fato de que a justiça e o justo são bens alheios, uma vantagem de quem é mais forte, uma vantagem para quem é forte e governa, e injustiça o oposto, salientando que sempre o homem justo sai perdendo em relação a um homem injusto.

A questão da justiça na *República* remonta à crença órfica já “exposta no *Górgias*, segundo a qual a justiça seria paga e, aliás, essencialmente, paga no Além”, (KELSEN, 1995, p. 310), doutrina essa que domina toda a obra platônica em referência ao problema da justiça.

A República começa e termina com o mito da retribuição no Além, o qual se transforma, assim, numa moldura reunindo e determinando tudo o mais que é dito ali sobre a justiça. É já extremamente significativo o diálogo introdutório que Sócrates mantém com o velho Céfalos e no qual, por assim dizer, soa o acorde fundamental de toda a obra. “O que te parece ser o maior dos bens cuja fruição te proporcionou a posse de tua grande fortuna?”, pergunta Sócrates. E, da resposta de Céfalos, conclui-se que se trata da virtude da justiça, e que sua lei objetiva é paga no Além. (KELSEN, 1995, p. 310).

Em relação às três forças fundamentais da alma: desejo, energia e razão, há a cada uma delas uma perfeição ou virtude: no desejo, a prudência; na energia, a coragem; na razão, o conhecimento ou sabedoria. Porém, para que as mesmas cumpram seu objetivo, é necessária uma outra virtude (a quarta), a justiça⁴². “Uma coletividade somente é justa, quando cada um procura cumprir a tarefa que corresponde à sua aptidão dominante.” (HÖFFE, 2003, p. 23).

Portanto, Platão abre caminho para que Aristóteles, seu grande discípulo, elabore uma sofisticada teoria sobre a justiça, dividindo a mesma em tipos diversos, todavia tendo como origem um substrato comum: o justo.

⁴² De maneira similar ao Egito e a Israel, a justiça para Platão é um princípio geral de ordenamento. Indo até mais longe que os pensamentos egípcio e hebreu, além de ser princípio de ordenamento social, é princípio de ordenamento da alma, zelando para que cada parte da alma cumpra aquilo que lhe é adequada.

2.5 A definição de justiça no pensamento aristotélico: o caminho da justiça distributiva

O mais genuíno discípulo de Platão, nos dizeres de Diógenes Laércio (REALE, 1994), o Estagirita,⁴³ filho do médico Nicômaco, Aristóteles⁴⁴ seguiu para Atenas aos dezoito anos para que ali consolidasse sua vocação filosófica.⁴⁵ O local para se efetivar tal intento: a Academia de Platão, onde ficou durante vinte anos (REALE, 1994). Jaeger destaca essa permanência tão longa de Aristóteles na Academia ao afirmar:

Que um homem de um talento tão profundamente original tenha permanecido durante um período tão grande sob a influência de um extraordinário gênio de natureza totalmente distinta, e se tenha desenvolvido inteiramente à sua sombra, é um feito sem paralelo na história dos grandes pensadores, e quiçá de todas as personalidades independentes e criadoras. (JAEGER, 1995, p. 19, tradução nossa⁴⁶).

Como verdadeiro discípulo⁴⁷, Aristóteles superou seu mestre, não o repetindo, mas sim o repensando. (REALE, 1994). Dentre os pontos divergentes está a crítica feita por Aristóteles à doutrina da virtude-ciência.

⁴³ Denominação dada a Aristóteles devido ao fato de ter nascido na cidade de Estagira na Calcídica, Macedônia.

⁴⁴ Nascido em 384/383 a.C., nos confins da Macedônia, filho de Nicômaco, respeitado médico que prestou serviço ao rei Amintas da Macedônia, pai de Felipe, o Macedônio. Não se sabe se Nicômaco transmitiu a Aristóteles conhecimentos de medicina, visto ter o mesmo falecido quando Aristóteles ainda era bastante jovem.

⁴⁵ Embora exista uma outra descrição de sua juventude: “Uma narrativa o apresenta jogando fora o seu patrimônio numa vida agitada, entrando para o Exército para evitar a fome, voltando a Estagira para praticar a medicina e indo para Atenas aos trinta anos de idade para estudar filosofia com Platão.” (DURANT, 2000, p.69). Durant, ancorado em GROTE (**Aristotle**, Londres, 1872, p.4) e em ZELLER (**Aristotle and the earlier peripatetics**, Londres, 1897, v.1, p.6f), salienta que a afirmação de que o mesmo fora aos dezoito anos para Atenas é a mais provável, mas que mesmo nessa descrição existem indícios suficientes de um jovem imprudente e irregular, vivendo uma vida agitada. (DURANT, 2000, p.69). É importante ressaltar o fato de que Aristóteles escreve sua obra num momento preciso da história grega: o século de declínio cultural e econômico, o século IV a.C., quando então a Grécia rende-se ao poderio bélico da Macedônia de Alexandre Magno.

⁴⁶ “Que un hombre de un talento tan profundamente original haya permanecido durante un período tan largo bajo la influencia de un extraordinario genio de naturaleza totalmente distinta, y se haya desarrollado enteramente a su sombra, es un hecho sin paralelo en la historia de los grandes pensadores, y quizá de todas las personalidades independientes y creadoras.”

⁴⁷ “Embora Platão reconhecesse Aristóteles como o melhor cérebro entre seus alunos, no fim, deixou a direção da Academia ao sobrinho Euspesipo.” (ANSCOMBE, GEACH, 1961, p.3, tradução nossa). “Plato, though he recognized Aristotle as the best brain among his pupils, eventually left the direction of the Academy to his nephew Speusippus.”

Recebida por Platão e criticada por Aristóteles, ela passou a caracterizar o chamado intelectualismo moral de Sócrates, conhecido por suas conseqüências aparentemente paradoxais: o homem sábio é necessariamente bom, e o homem malvado é necessariamente ignorante, o sábio nunca faz o mal voluntariamente e somente o homem virtuoso é verdadeiramente feliz. (LIMA VAZ, 1999, p. 96-97).

Apesar de Aristóteles considerar a doutrina da virtude-ciência, resolvendo o problema da aquisição da virtude pelo sábio, como o surgimento da história da Ética como *ciência do ethos*, virtude não existe pelo seu simples conhecimento, ela somente se concretiza através da prática, como é exemplo a justiça.

Seus escritos são, ao longo dos séculos, uma peça fundamental para a história da cultura européia. Sem eles não há como compreender muitas das idéias que constituem a conjuntura dessa cultura.⁴⁸ “Tratou o Estagirita de quase todos os ramos do saber, e muitas ciências pode-se dizer que começaram com ele.” (DEL VECCHIO, 2004, p. 24).

Animal político⁴⁹ por natureza⁵⁰ (ARISTÓTELES, 2006, p. 4), assim Aristóteles define o homem, o qual somente consegue viver, desempenhar suas aptidões dentro do Estado,⁵¹ somente havendo realização humana plena em sociedade, pois

⁴⁸ Infelizmente essa obra importante e viva está submetida a um processo de esclerose e mumificação. (Emilio Lledó Íñigo. In: Introducción a las éticas. ARISTÓTELES, Ética Nicomáquea – Ética Eudemia, 1988, p. 7).

⁴⁹ No que é refutado por Hannah Arendt que afirma ser o homem animal a-político, procedendo a política nos entre-os-homens, ou seja, *fora* dos homens. Destarte, continua Arendt, não há nenhuma substância política original.

⁵⁰ O instinto social é inato ao homem, sendo o fundador do Estado o maior dos benfeitores, haja vista a justiça só poder ser concretizada na comunidade. O homem perfeito é o melhor dos animais; porém, apartado da lei e da justiça, é o pior de todos. A família, componente básico do Estado, (ARISTÓTELES, 2006, p. 9) quando completamente organizada, tem como partes mais simples o senhor e o escravo; o marido e a mulher; o pai e os filhos. O poder do senhor sobre o escravo denomina-se despotismo; o do marido sobre a mulher, marital; o do pai sobre os filhos, paternal. O escravo tem o corpo forte, tornando-o apto ao trabalho, enquanto o corpo esguio do senhor, inútil ao trabalho físico o capacita para a vida política e para as artes. O senhor antevê, pela inteligência, as coisas, o escravo as executa com a força do corpo, há nessa sociedade escravos e homens livres, havendo relações entre senhor e escravo, marido e mulher e pais e filhos. A família, componente primário, ao se unir a outras famílias forma a aldeia. A união entre várias aldeias forma o Estado ou cidade também chamada por Aristóteles e pelo mundo grego clássico de polis. Esse Estado é auto-suficiente.

⁵¹ Aristóteles só fala da “cidade”, *polis* e não do “Estado”, termo que nos veio, sem dúvida, através do italiano e particularmente de Maquiavel. Na *Política*, porém, a *polis* (*Cité*) corresponde com mais exatidão à noção que hoje é o do Estado do que à idéia de “cidade” (*ville*). “Estado e Cidade não têm o mesmo significado. O Estado ateniense é muito mais vasto do que a cidade de Atenas. Além do território ocupado pelos cidadãos, compreende o território agrícola, o campo ao redor, a Ática cheia de fazendas e de aldeias. Parece-se com um cantão suíço...Na língua grega, *polis* é ao mesmo tempo uma expressão geográfica e uma expressão política: a palavra designa indiferentemente tanto o lugar onde bate o coração da Cidade (*Cité*), como a população submetida à mesma soberania

do contrário, o homem que consegue viver fora da sociedade, ou ele é muito mau ou muito bom, ou subumano ou super-humano. (ARISTÓTELES, 2006, p. 4). Por conseguinte, o Estado é para Aristóteles a forma mais elevada de comunidade, tendo uma boa finalidade, a consecução de um bem, assim como o tem as ações humanas, esse bem é a sua existência, o seu bem-estar. (ARISTÓTELES, 2006, p. 4), e a boa finalidade nas maiores proporções e excelência possíveis. O objetivo da *polis* é a felicidade (*eudaimonia*⁵²) dos seres que a integram, e nisso é fundamental a amizade (*philia*). Nesse Estado, todos os elementos são dependentes, esses não podem prescindir um do outro, assim:

Aristóteles concebe a sociedade como uma *comunidade* ética que surge “por natureza”, e a idéia de um “contrato social”, como apresentada pelos modernos, lhe é estranha: para o autor grego, a vida em comunidade não é propriamente fruto da escolha humana, mas antes de uma exigência de sua condição. (GALUPPO, 2002, p. 35).

O Estado é, deste modo, elemento fundamental para a análise da justiça no pensamento aristotélico, pois é nele que o homem vive, pratica suas virtudes, dentre elas a mais sublime de todas: a justiça, a qual “nem o entardecer nem a aurora são tão maravilhosos”,⁵³ (ARISTÓTELES, 1988, p. 239, tradução nossa), sendo a mais completa de todas as virtudes devido ao fato de que quem a possui pode fazer uso da mesma em relação aos outros e não somente consigo. Pela mesma razão:

[...] a justiça é a única entre as virtudes, que parece se referir ao bem alheio, porque afeta aos outros; faz o que convém ao outro, seja governante ou companheiro. O pior dos homens é, pois, o que usa de maldade consigo mesmo e a seus companheiros; o melhor, não é o que usa de virtude para consigo mesmo, senão para com outro; porque isto é uma tarefa difícil. Esta classe de justiça, então, não é uma parte da virtude, senão a virtude inteira,

absoluta. Mas o Estado (*Cité*), mais amplo que a cidade, só se funda no momento em que a própria cidade está estabelecida. O fenômeno geográfico e o fenômeno político caminham lado a lado, pois um Estado sem cidade é um organismo sem músculo cardíaco.” (M. Defourny, **Aristotle, étude sur la politique**, Paris, 1932, p. 466 e 467).

⁵² *Eudaimonia* é a felicidade que só pode ser alcançada em uma vida harmônica e que significa, antes de mais nada, auto-realização dos próprios fins do homem na *polis*, ou seja, o aperfeiçoamento da alma mediante o exercício da virtude. Esse considerado por todos os homens, sem dúvida, como o bem supremo. Todavia, a tradução por “felicidade” é uma limitação do domínio mais amplo que abarca. Os testemunhos mais antigos indicam que este termo quer dizer “prosperidade”, “posse de bens”, além de outros textos referirem-se ao mesmo como estado de paz, serenidade interior. (IÑIGO, Emilio Lledó. In: **Introducción a Ética nicomáquea – ética eudemia**. Madrid: Gredos, 1988. (Biblioteca Clásica Gredos).

⁵³ “[...] ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos.”

e a injustiça, ao contrário, não é uma parte do vício, senão o vício total. (ARISTÓTELES, 1988, p. 239, tradução nossa).⁵⁴

Aristóteles tratando a justiça como uma virtude (*dikaíosýne*), assemelhada às outras tratadas em sua obra (coragem, benevolência), atribui à mesma o fim de se evitar a *pleonexia*, isto é, evitar que se tire alguma vantagem em benefício próprio tomando o que pertence a outrem, sua propriedade, sua recompensa, seu cargo, e coisas semelhantes, ou recusando a alguém o que lhe é devido. Sendo a justiça uma virtude, é um justo meio (*mesótes*). Deste modo:

O injusto nem sempre escolhe a parte maior, se não também a menor quando se tratam de males absolutos: mas, como parece que o mal menor é também, em certo modo, um bem, e a cobiça o é daquilo que é bom, parece, por esta razão, ambicioso. E não é equitativo, pois este termo é inclusivo e comum a ambos. (ARISTÓTELES, 1988, p. 238, tradução nossa).⁵⁵

Toda ação visa a um bem, tanto o homem de cultura quanto o homem vulgo são concordes que o bem maior é a felicidade, e ser feliz, afirma Aristóteles, é o bem viver e o bem agir, havendo, todavia, divergência, entre o homem de cultura e o vulgo, sobre a essência da felicidade. Muitos homens confundem uma vida feliz com uma vida de prazer. A multidão dos homens considera a felicidade consistente no *prazer e no gozo*. Mas uma vida dedicada aos prazeres torna o homem “semelhante aos escravos” e é uma ‘existência digna dos animais’. (REALE, 1994, p. 407).

Dos três tipos de vida elencados por Aristóteles, esse é apenas um deles:

Pode-se dizer, com efeito, que existem três tipos principais de vida: a vida que acabamos de mencionar (diga-se a vida do homem que confunde felicidade com prazer), a vida política e a vida contemplativa. A grande maioria dos homens se assemelha a escravos, preferindo uma vida comparável à dos animais [...]. (ARISTÓTELES, 2002, p. 21, grifo nosso).

⁵⁴ Por la misma razón, la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a outro, sea gobernante o compañero. El peor de los hombres es, pues, el que usa de maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino para con outro; porque esto es una tarea difícil. Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total.

⁵⁵ “El injusto no siempre escoge la parte mayor, sino también la menor cuando se trata de males absolutos; pero como parece que el mal menor es también, en cierto modo, un bien, y la codicia lo es de lo que es bueno, parece, por esta razón, codicioso. Y no es equitativo, pues este término es inclusivo y es común a ambos.”

A prática do bem individual reflete em toda a comunidade, assim como o bem de toda a comunidade afeta o bem individual (BITTAR; ALMEIDA, 2008). A comunidade reflete a natureza, buscando a harmonia do próprio sistema (o que significa o repúdio à *hybris*⁵⁶). (GALUPPO, 2002). Em relação à prática da virtude, Bittar e Almeida salientam que:

Somente a educação ética, ou seja, a criação do hábito do comportamento ético, o que se faz com a prática à conduta diuturna do que é deliberado pela reta razão (*ortòs logos*) à esfera das ações humana, pode construir o comportamento virtuoso. A semântica do termo *ética* (*éthos*) indica o caminho para sua compreensão: *ética* significa hábito, em grego. Aqui, o importante é a reiteração da prática virtuosa; nesse sentido, ser justo é praticar reiteradamente atos voluntários de justiça. Está-se, destarte, a recorrer, novamente, ao capital valor da educação (*paidéia*) como bem maior de todo Estado (*polis*). (BITTTAR; ALMEIDA, 2008, p. 124).

Aristóteles estabelece as semelhanças e diferenças entre os diferentes gêneros na comunidade. Assim, inicialmente, ele faz uma análise do Estado, suas semelhanças e diferenças. O Estado surge inicialmente pela família⁵⁷, o homem é o seu elemento principal, tendo a natureza imposto o comando a uns, a outros a submissão.⁵⁸

Pertence também ao desígnio da natureza que comande quem pode, por sua inteligência, tudo prover e, pelo contrário, que obedeça quem não possa contribuir para a prosperidade comum a não ser pelo trabalho de seu corpo. Esta partilha é salutar para o senhor e para o escravo. (ARISTÓTELES, 2006, p. 2).

A justiça é assim, o elemento que vincula os homens no Estado. Pois o Estado deve almejar o bem nas maiores proporções e excelência possíveis. Antes do Estado, há, primeiramente, a associação da família, qual tem por objetivo suprir

⁵⁶ *Hybris* significa ultrapassar os limites e violar a ordem. (GALUPPO, 2002, p. 35). Aquele que age de maneira desinibida, desmedida, não respeitando o outro, faz com que sua conduta desemboque na injustiça.

⁵⁷ O homem que não tenha um lar, leis e família, não possui nada que o freie, somente tem a guerra como aspiração, sempre podendo destruir tudo e todos. O dom da palavra, sendo concedido apenas ao homem, o faz diferente de todos os outros animais.

⁵⁸ Quem comanda e quem é submisso? O comando ficará a cargo daqueles que por sua inteligência possam tudo prover. E os submissos serão aqueles que podem contribuir através do trabalho de seu corpo. Apesar de estar numa posição submissa, a condição da mulher difere da condição do escravo. (ARISTÓTELES, 2006, p. 2), pois “somente entre os bárbaros a mulher e o escravo estão no mesmo nível.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 3). Destarte, considerando a família como a primeira sociedade natural, afirma-se que essa se formou da dupla reunião entre homem e mulher, senhor e escravos.

as necessidades diárias dos homens.⁵⁹ Aristóteles apresenta já no primeiro livro da *Política* uma tese comunitária, afirmando a superioridade do Estado sobre o indivíduo. Assim:

O Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante do que as partes. Separem-se do corpo os pés e as mãos e eles não serão mais nem pés nem mãos (a não ser nominalmente, o que seria o mesmo que falar em pés ou mãos esculpidos em pedra); destruídos, não terão mais o poder e as funções que os tornavam o que eram. Assim, embora usemos as mesmas palavras, não estamos falando das mesmas coisas. A prova de que o Estado é uma criação da natureza e tem prioridade sobre o indivíduo é que o indivíduo, quando isolado, não é auto-suficiente; no entanto, ele o é como parte relacionada com o conjunto. (ARISTÓTELES, 2000, p.147).

Como continuador do pensamento platônico, Aristóteles prossegue a secularização da justiça, conseguindo separar a justiça, além do conteúdo religioso ou teológico, do conteúdo metafísico. De acordo com o Estagirita, observa-se que todos os homens, quando falam da justiça, crêem que é um modo de ser pelo qual estão dispostos a praticar o que é justo, a obrar justamente e querer o justo, do mesmo modo, o seu contrário, a injustiça, acreditam ser um modo de ser através do qual obram injustamente e querem o injusto. (ARISTÓTELES, 1988). Tendo a justiça e a injustiça vários significados para Aristóteles, o mesmo ressalta que:

Parece que é injusto o transgressor da lei, mas o é também o ganancioso e o que não é equitativo; logo é evidente que o justo será o que observa a lei e também é equitativo. Daí que o justo seja o legal e o equitativo, e o injusto, o ilegal e o não equitativo. Posto que o injusto é também ganancioso, estará em relação com os bens, não todos senão com aqueles referentes ao sucesso e ao fracasso, os quais, absolutamente falando, são sempre bens, mas para uma pessoa particular nem sempre. (ARISTÓTELES, 1988, p. 237-238, tradução nossa).⁶⁰

A justiça como virtude se opõe a dois extremos, a carência e o excesso, tendo a peculiaridade de se tratar (em relação ao vício, seu descumprimento) em ambos

⁵⁹ Os membros da família são denominados de Charondas, que significa “companheiros do pão”, já Epimênides, o Cretense, denomina-os de “companheiros de comer”.

⁶⁰ “Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo. Puesto que el injusto es también codicioso, estará en relación con los bienes, no todos sino con aquellos referentes al éxito y al fracaso, los cuales, absolutamente hablando, son siempre bienes, pero para una persona particular no siempre.”

os casos de um só vício, a injustiça, seja a injustiça por carência, seja a injustiça por excesso. “O justo meio na relação entre dois pólos é a equilibrada situação dos envolvidos numa posição mediana, ou seja, de igualdade, seja ela proporcional, seja ela absoluta.” (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 124). De acordo com Aristóteles:

O injusto nem sempre escolhe a parte maior, senão também a menor quando se trata de males absolutos; mas, como parece que o mal menor é também, em certo modo, um bem, e a ganância o é daquilo que é bom, parece, por essa razão, ganancioso. (ARISTÓTELES, 1988, p. 238, tradução nossa).⁶¹

Aristóteles demonstra que a felicidade (*eudaimonía*) é uma situação humanamente alcançável através da prática ética, não sendo a mesma nem uma faculdade, nem uma paixão, sendo realizável através de um hábito, assim como o vício também o é adquirido pelo hábito. Não basta conhecer em abstrato (teoricamente) o conteúdo da virtude, sendo de maior valia a atualização prática e a realização da mesma. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 125).

Aristóteles percebe que a justiça (termo plurívoco) se concebe de diversas maneiras, não havendo várias “justiças”, mas sim várias acepções em que normalmente se aplica o termo. Assim, Aristóteles efetua uma classificação terminológica acerca do conceito de justiça, “tendo-se anotado em quantos sentidos se diz o homem injusto⁶² (*ádikos*), poder-se-á dizer em quantos sentidos se diz o homem justo (*dikos*)”. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 125).

Dentre as classificações, Aristóteles traz: justo total; o justo particular, este se bipartindo em justiça corretiva e justiça distributiva,⁶³ justiça política, justiça natural e justiça legal.

O justo total (*dikaion nomimón*), também chamado de justo universal ou integral, consiste na virtude de observância da lei, sendo essa lei prescrição de caráter genérico que a todos vincula. O seu fim é o bem comum. Assim, respeitar a lei é respeitar uma norma a todos imposta, dirigida, correspondendo a um justo legal.

⁶¹ “El injusto no siempre escoge la parte mayor, sino también la menor cuando se trata de males absolutos; pero, como parece que el mal menor es también, en cierto modo, un bien; y la codicia lo es de lo que es bueno, parece, por esta razón, codicioso.”

⁶² O homem injusto é ora aquele que não respeita a igualdade (*ánisos*), ora aquele que não respeita a lei (*paránomos*), ora aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo (*pleonéktēs*). (*Eth. Nic.*; 1129 a, 31-34. In: BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 125)

⁶³ A qual será tratada especificamente na próxima parte deste estudo.

“Segundo a análise de Aristóteles, *justiça* exprime em geral a moralidade, a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei *moral*.” (VILLEY, 2003, p. 59). Sendo importante ressaltar o papel do legislador na feitura desta lei, sendo esse papel comparado por Aristóteles à atividade de um artesão trabalhando “na construção do espaço normativo da *polis*, nada mais estando a fazer que senão exercendo a prudência (*phrónesis*) legislativa”. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 128).

[...] sabendo-se que Aristóteles distingue entre as várias espécies de prudência existentes (*phrónesis*, *oikonomía*, *politiké*, *bouletiké*, *dikastiké*), esta que é afeta ao legislador recebe uma nomenclatura específica, e é chamada *nomothésia*. O legislador virtuoso em sua arte, a arte de bem conduzir a comunidade nas coisas comuns, age de acordo com a *nomothésia*. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 126).

Pode-se entender, destarte, a justiça total como a virtude completa (*areté téleia*) em relação ao semelhante. De outro modo, aquele que contraria as leis está contrariando todo o grupo social, colocando em risco a estabilidade político-jurídica do grupo. Nesta acepção, justiça e legalidade são coisas idênticas, sendo este o “tipo próprio de justiça aplicável para a vida política”. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 127). Deste modo:

[...] se a lei moral comanda todas as virtudes, a justiça é a “soma de todas elas”, ou a “virtude universal”. Ser um “homem justo” significa ser ao mesmo tempo piedoso, corajoso, prudente, temperante, modesto, etc.; o que era Aristides⁶⁴, e razão pela qual o povo ateniense tomou-se de antipatia por ele. (VILLEY, 2003, p. 59).

Sendo a mais completa das virtudes, é a forma mais difícil de ser exigida, conseqüentemente, a mais excelente de todas. Se muitos conseguem aplicar a justiça naquilo que lhe é de interesse, poucos conseguem fazê-lo no importe racional. Bittar e Almeida acrescentam que:

Em essência, porém, difere a justiça total (*díkaion nomimón*) da virtude total (*dikaíosýne*). Esta é um bem *alótrio* (*oti pròs éterón estin*), porém apenas uma disposição de espírito, enquanto aquela envolve não somente o *animus* subjetivo humano, mas também, e sobretudo, os importes

⁶⁴ Exilado, condenado ao *ostracismo*, por ter o defeito de ser eminente, característica que a democracia não poderia suportar. Dizer dele que é “um homem justo” é exprimir em geral sua superioridade moral.

relacionais para com o outro, ou seja, a alteridade. (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 127).

Todavia é de se salientar que o justo total não se confunde exatamente com a plena moralidade. Não há sinônimos perfeitos. O que evoca a palavra justiça, tão trabalhada pelos pensadores gregos, Píndaro (518 a.C.-438 a.C.), Heráclito, Platão, os Trágicos, é particularmente uma idéia de harmonia, ordem, boa *relação* com os outros na cidade, onde cada um exercerá o seu papel, como é exemplo a cidade idealmente justa de Platão na *República*, ou até uma relação harmoniosa com o cosmos. Ou seja, o justo total, em seus efeitos, beneficia a toda a comunidade, na medida em que a mesma colhe todas suas vantagens.

Relacionando o justo total com o Direito, há de se perquirir que o mesmo ultrapassa as fronteiras jurídicas, englobando praticamente toda a *moral*, todavia, há que se salientar que o justo total concerne ao Direito, pois não há como se sobreviver numa sociedade que não esteja aderida a uma moral. “E existem comunidades que não têm outro princípio de coexistência além das leis comuns da moralidade”. (VILLEY, 2003, p. 60).

O justo universal ou total corresponde à virtude total, como o respeito à lei, à ordem social, tendo em vista o equilíbrio da sociedade e o bem comum. O justo particular, diferentemente, corresponde a uma parte de virtude, referindo-se ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes, sendo o justo particular dividido em: justo distributivo (*díkaion dianemetikón*)⁶⁵, e justo corretivo (*díkaion diorthotikón*).

O justo corretivo consiste no estabelecimento de uma justiça apta a produzir a igualdade nas relações (*synallágmasi diorthotikón*), proporcionando a igualdade nas trocas e outras relações bilaterais entre particulares. A justiça corretiva é a justiça própria das relações de coordenação, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos, (RADBRUCH, 1997, p. 89), nos tratos mútuos, tanto voluntários como involuntários. (ARISTÓTELES, 1988). Ou seja, tem a justiça corretiva aplicabilidade entre indivíduos com paridade de direitos, não há a subordinação existente na justiça distributiva. Deste modo, baseia-se na igualdade aritmética,

⁶⁵ O qual será tratado em capítulo específico, sendo um dos objetos fundamentais do presente trabalho.

devido ao critério rigorosamente objetivo de sua aplicação, não se considerando aspectos subjetivos. Assim:

Não importa, em efeito, que um homem bom haja despojado a um mal ou o contrário, o que um homem bom ou mal tenha cometido um adultério: a lei somente almeja a natureza do dano e trata ambas as partes como iguais, ao que comete a injustiça e ao que a sofre, ao que prejudica e ao prejudicado. De sorte que o juiz tenta, igualar esta classe de injustiça, que é uma desigualdade; assim, quando um recebe e outro dá um golpe, ou um mata e outro morre, o sofrimento e a ação se repartem desigualmente, mas o juiz procura igualá-los com o castigo, evitando o ganho. (ARISTÓTELES, 1988, p. 245-246, tradução nossa).⁶⁶

A justiça corretiva tem por objetivo o restabelecimento ao *status quo ante* dos indivíduos, uma perfeita equidistância das partes relativamente ao centro, onde se situa o justo meio (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 132), sendo a justiça corretiva relacionada às relações privadas.

De sorte que o igual é um termo médio entre o mais e o menos, e o ganho e a perda são mais ou menos em sentido contrário, porque o ganho é o bem maior ou o mal menor, e a perda o contrário. O termo médio desses era o igual, o qual dizemos que é o justo, de modo que a justiça corretiva será o termo médio entre a perda e o ganho. (ARISTÓTELES, 1988, p. 246, tradução nossa).⁶⁷

Por isso aqueles que discutem recorrem ao juiz, e se socorrer ao juiz é se socorrer à justiça, porque o juiz tem por pretensão ser uma personificação da justiça, buscando o meio-termo, sendo mediadores de conflitos. Deste modo, a função do juiz será restabelecer a igualdade

Aristóteles no Livro V de *Ética a Nicômaco* trata de outras classes de justiça, como a justiça política, a justiça natural e a justiça legal, além de outros tópicos referentes à justiça. Todavia, devido ao tema do trabalho proposto, essas outras classes não serão abordadas, sendo de interesse para o presente estudo o conceito

⁶⁶ No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: la ley solo mira a la naturaleza del dano y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De suerte que el juez intenta, igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando de la ganancia.

⁶⁷ De suerte que lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos en sentido contrario, porque la ganancia es el bien mayor o el mal menor, y la pérdida lo contrario. El término medio de éstos era lo igual, lo cual decimos que es lo medio entre la pérdida y la ganancia.

de justiça distributiva, o qual conforme ver-se-á, sofreu transformação em seu paradigma

Assim, com um breve caminho teórico e histórico acerca do conceito de justiça, caminho esse trilhado a partir do pensamento grego clássico, sua origem, características, personagens, passar-se-á para a conceituação de justiça distributiva, inicialmente no pensamento de Aristóteles, até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: DE ARISTÓTELES A JOHN RAWLS

A teoria da justiça distributiva, inicialmente apresentada na obra de Aristóteles, remonta há mais de dois milênios. Antes mesmo de Aristóteles, Platão já “escreveu sobre como a propriedade deveria ser distribuída em uma sociedade ideal”, (FLEISCHACKER, 2006, p. 3), tendo também Justiniano afirmado que a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu. Apesar de que, deve-se salientar que Aristóteles jamais escrevera sobre como distribuir recursos escassos como justiça distributiva, além de também não ter considerado que a necessidade fosse sustentáculo para a reivindicação de propriedade, aspecto que evidencia que:

Até muito recentemente, as pessoas não reconheciam que a estrutura básica da distribuição de recursos em suas sociedades era uma questão de justiça, e tampouco consideravam que a justiça deveria exigir uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos. (FLEISCHACKER, 2006, p. 4).

Esse é o atual sentido de justiça distributiva, ao contrário do que afirmou Aristóteles, ao considerar a retribuição de honrarias políticas aos cidadãos em relação ao seu mérito. Deste modo, Aristóteles afirma que:

Daí que se suscitam disputas e acusações, quando aqueles que são iguais não têm ou recebem partes iguais e quando os que não são iguais têm ou recebem partes iguais. E isto está claro pelo que ocorre a respeito ao mérito; pois todos estão de acordo que o justo nas distribuições deve estar de acordo com certos méritos, mas nem todos coincidem em quanto ao mérito mesmo, os democratas o põe na liberdade, os oligárquicos na riqueza ou nobreza e os aristocratas na virtude. (ARISTÓTELES, 1988, p. 244-245, tradução nossa).⁶⁸

Destarte, o justo é uma espécie de proporção, uma igualdade de razões que requer, pelo menos, quatro termos. O fato de existir pessoas necessitadas no mundo

⁶⁸ De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales. Y esto está claro por lo que ocurre con respecto al mérito; pues todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud.

foi durante muito tempo justificado e aceito como ordem de providência divina, até como sinônimo de prêmio do “*reino dos céus*”. Esse sentido moderno “invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais.” (FLEISCHACKER, 2006, p. 8). Robert Nozick (1938-2002) apresenta visão dissidente, afirmando que a distribuição de propriedade não constitui objetivo da justiça. Todavia, Nozick não duvida que nem sempre a expressão “justiça distributiva” se aplica à distribuição de propriedade pelo Estado aos carentes. Mas em seu sentido aristotélico, a justiça distributiva exigia que pessoas merecedoras fossem recompensadas de acordo com seus méritos, implicando primeiramente a distribuição de *status* político, e outros direitos não eram vistos como relevantes.

Atualmente, é reconhecido que todos mereçam bens independentemente de mérito, como exemplos salienta-se a saúde, educação, habitação, saneamento básico, segurança pública, acesso à justiça, como reconhecimento e efetivação do primado do Estado Democrático de Direito, como o objetivo de proporcionar ao ser humano direitos humanos fundamentais⁶⁹ para sua subsistência, sem os quais não poderemos afirmar vivermos numa sociedade democrática, onde as regras jurídicas sejam frutos do consenso democrático.

Deste modo, a justiça distributiva moderna denota um espaço muito mais amplo que o conceito aristotélico, tendo havido uma mudança significativa e de importância considerável para os estudos acerca da justiça.

⁶⁹ O Professor José Adércio Leite Sampaio apresenta as diferenças entre as expressões “direitos humanos”, “direitos individuais” e “direitos fundamentais” nos seguintes termos: “Assim, ‘direitos humanos’ seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independentemente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacional dos direitos humanos). Também ‘humanos’ ou ‘do homem’ seriam aqueles direitos definidos não tanto por uma norma positiva de um tal ordenamento jurídico, interno ou mesmo internacional, mas sim pela concepção de ‘homem’ que se adote como fonte ou como valor, pelo seu referencial axiológico que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica, imaginada pelos Modernos como ‘direitos naturais, absolutos e intemporais’, ou como, mais recentemente, ‘direitos morais’ e ‘sedimentações da consciência e da experiência históricas, axiológicas e jurídicas do homem’ que não de fundamentar os sistemas jurídicos concretos (dimensão filosófica dos direitos humanos). Já os ‘direitos fundamentais’ são aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos).” (SAMPAIO, 2004, p. 8-9).

3.1 O conceito de justiça distributiva em Aristóteles e Tomás de Aquino

É sabido que a expressão “justiça distributiva” é lançada por Aristóteles, conforme apresentado pelo pensador no Livro V de *Ética a Nicômaco*, quando, ao lado do justo total, o Estagirita discorre sobre o justo particular, sendo esse dividido em justiça corretiva, o que posteriormente chamar-se-á de justiça comutativa e justiça distributiva. Pelo fato de o injusto ser o desigual, existe um meio termo do desigual, e este é o igual. Do mesmo modo, sendo o igual um meio termo, o justo também será um meio termo, necessitando o justo de duas condições. Nestes moldes, necessariamente:

O justo será um meio termo e igual em relação com algo e com alguns. Como meio termo, o será de uns extremos (a dizer, do mais e do menos); com igual, referente com os termos, e como justo, em relação a certas pessoas. Portanto, o justo deverá requerer, pelo menos, quatro termos: pois, aqueles para quem são justo são dois, e as coisas nas quais reside também são duas. E a igualdade será a mesma nas pessoas e nas coisas, pois a relação de umas com as outras é a mesma: com efeito, se não são iguais, não terão partes iguais. (ARISTÓTELES, 1988, p. 243, tradução nossa).⁷⁰

Destarte, quando aqueles que são iguais não recebem partes iguais ou quando os iguais recebem partes desiguais, acusações são suscitadas. Assim, para Aristóteles, a justiça distributiva requer que honra, posições de autoridade política, direitos políticos, sejam distribuídos de acordo com os méritos de cada um, residindo o mérito de acordo com a estratificação social, “mas não todos coincidem em relação ao mérito mesmo, os democratas os põem na liberdade, os oligarcas na riqueza ou na nobreza e os aristocratas na virtude”. (ARISTÓTELES, 1988, p. 243, tradução nossa).⁷¹

⁷⁰ Lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos. Como término medio, lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); como igual, respecto de los términos, y como justo, en relación con ciertas personas. Por tanto, lo justo deberá requerir, por lo menos, cuatro términos: pues, aquellos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside también son dos. Y la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales.

⁷¹ Pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud.

Assim, conclui-se que o justo é uma espécie de proporção, requerendo quatro termos. A é a B, como B é a C. O termo B se menciona duas vezes, os termos A e B uma vez, totalizando assim os quatro termos da proporção.⁷²

Na justiça comutativa objetiva-se a compensação de um dano independente de mérito, como a injúria, por exemplo, a vítima da injúria terá, através da justiça comutativa, o direito de ser compensada pelos danos sofridos. Compensa-se até pessoas más pelos danos sofridos, tendo como base apenas o grau do dano sofrido. A justiça distributiva, de outro lado, visa a garantir uma compensação, todavia, ancorada em um mérito. Nestes termos, para a justiça distributiva, a compensação, aqui entendida como distribuição de bens, dar-se-á de acordo com aquilo que elas merecem.

O aspecto que Aristóteles mais se preocupa na justiça distributiva é de como se dará a distribuição de direitos políticos, a participação política (a capacidade para votar ou exercer cargos políticos), o que se percebe do enunciado de Aristóteles no Livro III de *A Política*:

Já que o Estado se compõe de dois tipos de pessoas, os pobres e os ricos, será a vontade de uns e de outros, ou da maior parte deles, que ditará a lei; se eles, porém, forem de opiniões contrárias, será aquela tanto da maioria das pessoas quanto dos que têm a maior parte dos bens. Suponhamos, por exemplo, estes em número de dez e aqueles em número de vinte; que haja de um lado seis ricos e quinze pobres, e do outro cinco pobres e quatro ricos; basta somar a riqueza destes quatro ricos à dos quinze pobres e comparar as duas somas; a preponderância caberá ao partido cujos bens forem superiores, qualquer que seja o número de pessoas do partido adversário. (ARISTÓTELES, 2006, p. 164-165).

Em outras palavras, a distribuição justa toma o valor do que um homem contribui para um objetivo comum e o valor do benefício que deriva do mesmo. Para os democratas todos os cidadãos nascidos livres são iguais parceiros na comunidade, enquanto que os oligarcas afirmam que os ricos contribuem mais, deste modo, a distribuição de vantagens políticas deve ser mais vantajosa aos

⁷² Ou seja: $\frac{\text{Homem A}}{\text{Homem B}} = \frac{\text{Benefício A}}{\text{Benefício B}}$ ou $\frac{\text{Homem A}}{\text{Benefício A}} = \frac{\text{Homem B}}{\text{Benefício B}}$

Deste modo, se o homem A recebe um benefício A, então o homem B receberá um benefício B, do mesmo modo, em que, se o homem A tiver o mesmo mérito que o homem B, então, o benefício A terá que ser o mesmo do benefício B.

homens livres numa democracia e aos mais ricos numa oligarquia. (HUTCHINSON, 1995).⁷³

Santo Tomás de Aquino, continuador do pensamento aristotélico, adota a concepção de justiça distributiva de Aristóteles, dividindo a justiça em duas espécies: comutativa e distributiva:

Como já disse, a justiça particular se ordena a uma pessoa privada, que em relação com a comunidade é como a parte em relação ao todo. Agora bem: qualquer parte pode ser considerada em uma dupla relação; uma, na de parte a parte, que corresponde à ordem de uma pessoa privada a outra, e esta ordem a dirige a justiça comutativa, que consiste nas relações que mutuamente têm lugar entre duas pessoas. A outra relação considerada é a do todo em relação às partes; e a esta relação se assemelha a ordem à que pertence o aspecto da comunidade em relação com cada uma das pessoas; esta ordem, certamente, a dirige à justiça distributiva, que é a que distribui proporcionalmente os bens comuns. Daí, que sejam duas as espécies de justiça: a distributiva e a comutativa. (AQUINO, 1990, p. 511, tradução nossa).⁷⁴

Ademais, além de aceitar e compreender a justiça tendo como espécies a distributiva e a comutativa, Aquino mais uma vez mantendo o posicionamento aristotélico salienta que a justiça distributiva tem o objetivo de distribuir bens, novamente a distribuição é proporcional ao mérito, e o mérito refere-se a aspectos políticos, diferenciando de acordo com a forma de governo, seja ela a aristocrática, a oligárquica ou a democrática, de modo a ser determinada não de acordo com a igualdade entre as partes, mas sim proporcionalmente de modo geométrico:⁷⁵ Assim:

[...] na justiça distributiva se dá algo a uma pessoa privada, de modo que o que é próprio da totalidade é devido à parte: o qual, certamente, será tanto maior quanto esta parte tenha maior relevo no todo. Por isto, na justiça distributiva se dá a uma pessoa tanto mais dos bens comuns quanto mais preponderância tenha dita pessoa na comunidade. Esta preponderância se determina na comunidade aristocrática pela virtude; na oligárquica, pelas

⁷³ *In*: The cambridge companion to Aristotle. Cambridge: Cambridge University, 1995.

⁷⁴ “Como ya se ha dicho, la justicia particular se ordena a una persona privada, que en relación con la comunidad es como la parte al todo. Ahora bien: cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte, a la que corresponde el orden de una persona privada a otra, y este orden lo dirige la justicia conmutativa, que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas. La otra relación considerada es la del todo respecto a las partes; y a esta relación se asemeja el orden al que pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente, lo dirige la justicia distributiva, que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes. De ahí que sean dos las especies de justicia: la distributiva y la conmutativa.”

⁷⁵ Como também afirmou Aristóteles.

riquezas; na democrática, pela liberdade, e em outras, de outra forma. (AQUINO, 1990, p. 512, tradução nossa).⁷⁶

Tomás de Aquino salienta o fato de que as pessoas podem pleitear como sendo de sua propriedade qualquer bem que acaso necessitem em uma situação na qual houvesse risco iminente à sua vida.⁷⁷

Tudo que está contra o direito natural é ilícito. Mas, segundo o direito natural, todas as coisas são comuns, e a esta comunidade, certamente, se opõe a propriedade das posses. Logo, é ilícito a qualquer homem apropriarse de alguma coisa exterior. (AQUINO, 1990, p. 544, tradução nossa).⁷⁸

Mas não se justifica o furto em estado de necessidade sem que haja a possibilidade de risco iminente. Destarte, para Aquino, somente se justifica um ato contrário à lei se o mesmo se fizer necessário à manutenção da vida.

Todavia, se a necessidade é tão evidente e tão urgente que resulte manifesta a urgência de socorrer a iminente necessidade com aquele que a tenha, como quando ameaça perigo à pessoa e essa não pode ser socorrida de outro modo, então pode qualquer um licitamente satisfazer sua necessidade com as coisas alheias, subtraindo-as, já manifesta e ocultamente. E isto não tem propriamente razão de furto nem de roubo. (AQUINO, 1990, p. 549, tradução nossa).⁷⁹

Assim, percebe-se a continuação operada no conceito aristotélico de justiça distributiva operada por Aquino, todavia, esse introduz embrionariamente um elemento cristão na definição de justiça que influenciará posteriormente na

⁷⁶ “[...] en la justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto que lo que es próprio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad. Esta preponderancia se determina en la comunidad aristocrática por la virtud; en la oligárquica, por las riquezas; en la democrática, por la libertad, y en otras, de otra forma.”

⁷⁷ Quando um indivíduo está sob risco de inanição, ele pode apanhar frutas de uma árvore próxima ou beber água de um poço que encontre no seu caminho, independentemente de quem seja o dono da árvore ou do poço, e o alimento e a bebida de que ele necessita lhe pertencem, e não àquela pessoa que comumente tem a propriedade. (FLEISCHACKER, 2006, p. 43). Nesse caso, Aquino não considera o ato nem como um furto justificado, mas sim exercício legítimo do direito de propriedade.

⁷⁸ “Todo lo que está contra el derecho natural es ilícito. Mas, según el derecho natural, todas las cosas son comunes, y a esta comunidad, ciertamente, se opone la propiedad de las posesiones. Luego es ilícito a cualquier hombre apropiarse de alguna cosa exterior.”

⁷⁹ “Sin embargo, si la necesidad es tan evidente y tan urgente que resulte manifiesta la premura de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas, ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propriamente razón de hurto ni de rapina.”

modificação do conceito de justiça distributiva, a justificativa da possibilidade de se considerar a situação de pobreza de alguém que comete furto em relação à restituição do objeto furtado, trazendo ao conceito aristotélico de justiça elementos cristãos, caridade com os pobres, perdão.

Em relação à transformação operada no significado de justiça distributiva, fazendo com que o sentido clássico aristotélico se alterasse, é importante também a contribuição de Adam Smith, ancorado nos pensamentos de Hutcheson e Pufendorf, fazendo uma divisão entre direitos perfeitos e direitos imperfeitos. Sendo os direitos perfeitos relacionados à vida, integridade física, liberdade, propriedade, e os imperfeitos relacionados às ajudas caridosas que o homem recebe dos outros.

Os direitos perfeitos são vinculados à justiça comutativa de Aristóteles e os imperfeitos à justiça distributiva, relacionando-os a mérito e necessidade. Destarte, Smith reconhece que, em determinadas circunstâncias, “as pessoas têm um direito estrito à beneficência, que pode ser imposto coercitivamente”. (FLEISCHACKER, 2006, p. 40-41). Além do fato de que:

[...] sentir muito pelos outros e pouco por nós mesmos, restringir nossos afetos egoístas e cultivar os benevolentes, constitui a perfeição da natureza humana; e somente assim se pode produzir entre os homens a harmonia de sentimentos e paixões em que consiste toda a sua graça e propriedade. E assim como amar a nosso próximo do mesmo modo que amamos a nós mesmos constitui a grande lei do Cristianismo. (SMITH, 1999, p. 26).

Todavia, é de se salientar que ainda não há uma tradição aqui em se atribuir à justiça distributiva a característica de se cuidar dos pobres, aliviando seu sofrimento, mas sim os deveres de pais para filhos, amigos para vizinhos, e de todos para com pessoas “de mérito”.

3.2 O conceito de justiça distributiva no pensamento cristão antigo e o surgimento da noção moderna

Apesar de haver uma ideologia de distribuição de acordo com a necessidade de cada um, conforme se percebe de uma leitura atenta do *Novo Testamento*, pode-se afirmar que esses experimentos não são exemplos de justiça distributiva nos parâmetros atuais, são exemplos de escritos que trouxeram várias razões para a

igualdade econômica, todavia são razões que não possuem conteúdo de justiça. Nestes termos, Fleischacker afirma que:

Profetas hebreus tais como Amós e Isaías condenam com indignação aqueles que “oprimem os pobres [e] esmagam os necessitados” (Amós 4:1) e conclamam os abastados a “distribuir seu pão aos famintos” e a “recolher em sua casa os pobres desabrigados” (Isaías 58:7). A Lei Mosaica estabelece que se deve deixar as bordas dos campos cultivados para os pobres colherem e requer que cada um não “endureça seu coração, nem feche sua mão ao irmão necessitado”, e que, em vez disso, “empreste-lhe o que lhe falta, na medida de sua necessidade” (Deuteronômio 15:7-8). (FLEISCHACKER, 2006, p. 61).

Todavia, no livro do *Deuteronômio* percebe-se a afirmativa, no qual o mesmo traz que nunca deixará de haver pobres na terra: “E porque não cessará de haver pobres no meio da terra, eu te dou este mandamento: abrirás tua mão largamente para teu irmão, para teu indigente e para teu pobre na tua terra.” (Dt 15,11). Não sendo o direito que concede aos pobres as bordas das plantações nada mais que um meio para a sua subsistência, e não um meio para a erradicação da pobreza. Destarte, os pobres, de acordo com a Lei Mosaica, têm direito à subsistência, mas não o direito de serem tirados da pobreza.

Do mesmo modo, Jesus Cristo, cuja preocupação, segundo seu pensamento se dirigia à salvação eterna da alma, em viver de maneira a agradar a Deus, evitando-se a cobiça que afasta o homem das coisas espirituais, sendo a riqueza material um falso deus. Os cristãos primitivos tratavam os bens materiais como um mal inevitável, não algo a ser propiciado de modo abundante às pessoas daquela comunidade, assim como os tratam os monges cristãos.⁸⁰

Um dos ancestrais mais plausíveis para as atuais reivindicações de justiça social e econômica encontra-se no pensamento de Platão, o qual na *República* estabelece a propriedade comunal para a classe dirigente, afirmando que a propriedade privada gera dissenso e que a erradicação das grandes desigualdades econômicas é um elemento essencial para a concretização de uma boa sociedade,

⁸⁰ “O movimento monástico se desenvolveu a partir de tradições eremíticas anteriores nas quais os indivíduos renunciavam à atividade sexual e a certos confortos materiais (em especial, o consumo de carne e de bebidas alcoólicas) e, em alguns casos, eles perseguiam essa vida ascética na companhia uns dos outros. Tanto os eremitas mais antigos como os monges mais recentes se afastavam de apegos materiais como uma forma de disciplina espiritual, e não para promover a causa dos pobres.” (FLEISCHACKER, 2006, p. 63).

sociedade justa. Qualquer cidade onde haja ricos e pobres se converte em uma “cidade dos ricos” e em outra “cidade dos pobres”. Todavia, a redução das desigualdades de riqueza é, para Platão, um modo de produzir a harmonia social e não a justiça. (FLEISCHACKER, 2006).

Uma mudança radical em relação às atitudes com os pobres ocorreu no século XVIII; ainda no início desse século o simbolismo de um pobre em posição inferior ao rico na pirâmide social ainda existia. Todavia, no final do mesmo século, Immanuel Kant afirmara que todas as pessoas seriam capazes de ascenderem-se socialmente por meio do talento, da sorte ou da diligência. Destarte, a partir de tais postulados, várias pessoas começaram a celebrar a ascensão como um bem desejável.⁸¹

Devido a essa mudança de atitude, acompanhada por uma série de desenvolvimentos científicos e políticos, a erradicação da pobreza começou a parecer possível. A partir daí há a mudança do conceito de justiça distributiva, nascendo, assim, a concepção moderna do termo.

Por volta do final do século, começamos a ver claramente uma crença segundo a qual o Estado pode, e deve, tirar as pessoas da pobreza, e que ninguém merece, e nem precisa, ser pobre, e que, em vista disso, é tarefa do Estado, pelo menos em parte, distribuir ou redistribuir bens. No entanto, essa crença não era difundida, e só veio a ocupar o centro do palco na revolta mal sucedida liderada por “Graco” Babeuf no final da Revolução Francesa. Ela tornar-se-ia mais comum no século XIX, apesar de que, mesmo então, tivesse de lutar contra uma forte crença de natureza oposta – também um produto do século XVIII – a de que nenhuma redistribuição de bens poderá ser justa, e a de que é bom que os pobres vivam à beira da inanição. (FLEISCHACKER, 2006, p. 81).

Para a mudança do conceito de justiça distributiva foi também de importância o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, a quem se deve um pensamento que inspirou programas políticos em benefício dos pobres, de quem também o próprio Kant aprendeu a verdadeira lição de igualdade entre os seres humanos:

⁸¹ Dentre as várias manifestações sociais acerca da mudança de paradigma, estão diversas peças teatrais do século XVIII que abordavam a temática da mudança social, dentre elas, destaca-se *O casamento de Fígaro*, onde servos engenhosos que sempre foram personagens comuns desde a Grécia Antiga, sabendo o seu lugar na sociedade, a partir de então são transformados em personagens que possuem a mesma dignidade e o mesmo autocontrole que as pessoas a quem serviam.

Sou um investigador por inclinação. Sinto um anseio devorador por conhecimento, a inquietação que acompanha o desejo de progredir nele e a satisfação com qualquer avanço que nele consiga fazer. Houve um tempo em que julguei que nisso residia a honra da humanidade e desprezava o povo, que nada sabe. Rousseau endireitou-me com respeito a isso [...] Aprendi a honrar a humanidade, e me acharia mais inútil do que o trabalhador comum se não acreditasse que essa minha atitude pode dar valor a todos os outros ao estabelecer os direitos da humanidade. (KANT *apud* FLEISCHACKER, 2006, p. 82).

Do contrário de se buscar solução para os problemas da sociedade na filosofia ou na religião, Rousseau salienta estar a solução para os mesmos na política, através de uma sociedade político-democrática, na qual o processo legislativo reflita a igualdade de todos os cidadãos, e que tenha a liberdade como um de seus sustentáculos, consistindo essa liberdade no fato de se estar sujeito a leis das quais também se é autor, sendo parte dessa sociedade na qual as leis expressem a vontade geral. A propriedade privada é inquestionável, todavia, essa é fator de desigualdade, para o pensador, a origem de todos os males do mundo está na mesma, a riqueza gera a vaidade e a desigualdade gera a inveja e o ódio. Assim, é necessário redistribuir a propriedade com o objetivo de erradicar a pobreza, e Rousseau afirma ser possível fazê-lo.

A desigualdade extrema entre ricos e pobres faz com que os primeiros adquiram um poder excessivo em relação à criação das leis, através da influência desproporcional exercida sobre a camada pobre da sociedade, criando assim hostilidade entre os dois grupos. Assim para Rousseau, a função do governo é proteger os pobres contra a tirania dos ricos, ou além disso, impedir a desigualdade extrema de fortunas. A pobreza existirá, mas dever-se-á impedir que haja pessoas em condição de pobreza extrema, e essa preocupação de Rousseau com os pobres se dá à medida que se é um cidadão.

Adam Smith, de modo um pouco similar a Rousseau, salienta os danos que a pobreza causa na vida dos pobres individualmente, e não o que o contraste entre a riqueza e a pobreza pode causar individualmente. Smith, ao lado de Rousseau e Kant, é considerado um dos patriarcas do conceito moderno de justiça distributiva, fazendo duas contribuições importantes, conforme salienta Samuel Fleischacker:

A primeira, e a menos importante, foi que ele fez algumas recomendações distributivas em *A riqueza das nações*. A riqueza pode ser distribuída de pelo menos três maneiras: (1) por meio de uma transferência direta de propriedade dos ricos aos pobres, (2) tributando-se os ricos com taxas mais elevadas que os pobres, ou (3) empregando-se receitas fiscais, arrecadadas

tanto de ricos como de pobres, para prover recursos públicos que beneficiarão sobretudo os pobres. (FLEISCHACKER, 2006, p. 92).

Smith apresentou propostas tendentes aos segundo e terceiro casos. Dentre outras, a mais importante, a defesa da educação pública, salientando a importância da mesma na construção de um indivíduo crítico, que seja capaz de julgamento moral e político, e efetivar medidas deste jaez, é na prática transferir recursos dos ricos para os pobres, além de sugerir que veículos luxuosos pagassem pedágios mais altos que os veículos mais simples. Todavia, essas são as poucas medidas positivas, apresentadas por Adam Smith, o que temos em contraste, são medidas negativas, com o intuito de se removerem os obstáculos existentes entre ricos e pobres na sociedade.⁸²

Poucas pessoas antes de Smith conseguiram enxergar o mundo como um lugar onde não houvesse uma classe de pobres. Até o final do século XVIII, os cristãos em sua maioria acreditavam que Deus havia ordenado uma organização hierárquica da sociedade, com as pessoas virtuosas ocupando as posições de riqueza e poder, no topo, e os pobres e inferiores na posição mais baixa. Supunha-se que os ricos devessem ajudar às pessoas mais pobres com o intuito da caridade, para que pudessem encontrar a redenção, mas não com o objetivo de fazer com que as mesmas pudessem sair do lugar que ocupavam na pirâmide social. (FLEISCHACKER, 2006, p. 94-95).⁸³

Smith apresenta os pobres como pessoas que possuem escolhas tão saudáveis ou respeitáveis quanto os ricos, demonstrando aos seus leitores abastados e cultos que os pobres são pessoas iguais em direitos, mérito e dignidade. Deste modo, o Estado deveria garantir coercitivamente a efetivação dos

⁸² Isso se faz compreensível se considerar que Smith escreve em uma época em que a sabedoria entendia ser necessário manter os pobres como pobres, pois do contrário não trabalhariam, haja vista terem uma propensão natural para a vadiagem e indolência.

⁸³ “Ao resumir a situação em 1750, podemos observar que havia duas atitudes amplamente difundidas em relação aos pobres [...] A atitude dominante supunha que jamais se deveria tirar os pobres da miséria, nem encorajar seus filhos a olhar para além do arado ou do tear. Essa atitude refletia noções tradicionais de hierarquia social e era reforçada por teorias econômicas sobre o trabalho e a motivação. A outra atitude derivava principalmente da ética cristã. Ela sustentava que era dever dos ricos tratar os pobres com bondade e compaixão, e ajudá-los em tempos de adversidade. Essa atitude benevolente não oferecia uma base apropriada para elaborar planos de ação política; ela era muito mais um lembrete de consciência para o fato de que as massas trabalhadoras imundas e mal-vestida, que eram habitualmente vistas com desprezo por seus superiores, eram igualmente criaturas de Deus, a quem uma comunidade cristã não podia excluir nem ignorar.” (BAUGH *apud* FLEISCHACKER, 2006, p. 95).

direitos humanos com o objetivo de abolir a pobreza, para isso deveria ser extinta a concepção atual sobre a pobreza, a de que há uma diferença entre os tipos de pessoas, a noção de que há pessoas que nasceram para a pobreza enquanto outras nasceram para a riqueza. Ademais, a imaginação é o que mais profundamente modela os pensamentos e atitudes morais, somente estando na situação do outro é que podemos compartilhar de seus sentimentos e angústias.

Smith acentua também que os pobres merecem certos tipos de auxílio, para se aceitar tal postulado é fundamental que o símbolo do pobre como uma pessoa destinada à pobreza seja derrubado, do contrário, somente enxergando o pobre como uma pessoa próxima, que também tem o direito de mudar sua realidade social, pode-se afirmar tal conduta.

Conforme já salientado, outro pensador importante para a fundamentação do conceito moderno de justiça distributiva é Immanuel Kant.⁸⁴ Apesar de ter seu pensamento político difuso e esparso em vários textos, a concepção kantiana de justiça distributiva é bem peculiar. Kant leva às últimas consequências a afirmação de ser o objetivo da vida humana desenvolver ao máximo os talentos, com vistas à perfeição.⁸⁵

Apesar de ter se aproximado do conceito moderno de justiça distributiva, vivendo durante os anos da Revolução Francesa, quando então surge a concepção moderna de justiça distributiva, passando a se pensar um Estado capaz de solucionar todos os problemas sociais, Kant não conseguiu descortiná-lo. Sendo um revolucionário, Graco Babeuf,⁸⁶ que tentou um golpe em 1796, já no fim da

⁸⁴ O pensamento kantiano acerca da justiça distributiva apresenta o interessante aspecto de ser o pensador o autor da mais rigorosa explicação dos direitos de propriedade até a sua época e ao mesmo tempo defender que o auxílio aos pobres é um assunto estatal, e não uma obrigação privada.

⁸⁵ Esse aspecto influenciou sobremaneira as filosofias políticas de John Rawls e Amartya Sen.

⁸⁶ François Noël Gracchus Babeuf (1760 - 1797). Jornalista político e revolucionário idealista francês, participou da Revolução Francesa, considerado um dos pioneiros do socialismo, defendendo a criação de uma república que desse a todos os mesmos direitos, idéias reunidas em um folheto chamado *O Cadastro Perpétuo* (1790), sendo seus seguidores chamados de babovistas. Viveu seus primeiros anos de vida em extremas dificuldades, o que certamente contribuiu para o desenvolvimento de suas opiniões políticas. Com a morte do pai (1780), trabalhou intensamente para sustentar a esposa, dois filhos, sua mãe e irmãos. Durante alguns anos, exerceu a estranha profissão de feudista, um profissional remunerado pela nobreza local para achar antigas leis e direitos de taxas que lhes permitiam extorquir os pobres camponeses da região. Assim ele terminou por indignar-se com as artimanhas utilizadas pelos senhores para explorar os homens do campo. Depois de ler Rousseau, passou a desenvolver teorias próprias em favor da igualdade e da coletivização das terras e a escrever prolificamente sobre teorias socialistas. Tornou-se jornalista denunciador na província e politicamente sentiu-se fortemente influenciado pelas teorias sociais (1786) de Collignon. Somada às

revolução, foi quem primeiro salientou a obrigação do Estado em redistribuir bens aos pobres. Após a revolução de Babeuf, o conceito de justiça distributiva passou a fazer parte do discurso político. Assim:

Em 1765, trabalhadores de East Anglia proclamaram seu direito de receber ajuda em suas próprias paróquias, por oposição a uma política que reunia os pobres de várias paróquias em *workhouses* centralizadas. Em 1795, uma multidão exigiu, em vez disso, “viver melhor”, e um grupo de trabalhadores em Kent pressionou um supervisor (do auxílio aos pobres) para que tomasse medidas políticas que poderiam resultar em salários mais altos. E quando novamente eclodiram protestos contra as *workhouses* após a aprovação da *Poor Law* de 1834, as faixas exigiam: “Inglaterra, lar e liberdade: direitos locais, alimentos saudáveis e fim da separação em bastilhas!” (FLEISCHACKER, 2006, p. 118).

Os auxílios que o Estado mantinha, considerados como favores, a partir de então, passaram a ser considerados como obrigação, devendo o Estado manter um mínimo de dignidade para a sobrevivência humana. Os pobres, a partir de então, seriam considerados merecedores de direitos legais de sobrevivência digna, e não favores de caridade dos abastados em relação aos mesmos.⁸⁷

Assim, percebe-se já uma mudança em relação à visão que se tem em relação aos pobres, surgindo uma relação de necessidade de manutenção de um mínimo de sobrevivência em relação aos mesmos.

leituras que ele fizera de Rousseau, Mably e Diderot, converteu-se à pregação de um regime que seria chamado de comunista. Iniciou-se como jornalista político (1788) e, já em Paris, fundou um periódico, *Le Correspondant Picard* (1789), o que lhe valeu sua primeira condenação. Depois da prisão e da revolução francesa, trabalhou como funcionário público no departamento de Somme e, de volta a Paris, fundou um novo periódico, *Le Tribun du Peuple* (1794), onde escrevia sob o pseudônimo de Gracchus Babeuf e no qual atacava os jacobinos e criando o movimento denominado babovismo. Num de seus artigos neste jornal escreveu que para se atingir a igualdade era necessário estabelecer a administração comum, suprimir a propriedade particular, ligar cada homem pelo talento ao trabalho que conhece, obrigá-lo a depositar o fruto *in natura* em um armazém comum, estabelecer uma simples administração dos víveres, que mantendo registro de todos os indivíduos e de todas as coisas, far-se-ia a repartição destes últimos na mais escrupulosa igualdade. Preso novamente (1795) formulou na prisão suas doutrinas igualitárias, pregando a distribuição de terras e riquezas nos moldes similares ao do estadista romano Graco. Comandante da *Conjuração dos Iguais* (1796), um movimento que defendia o retorno da constituição (1793), foi denunciado e novamente preso (1796). Acusado de agitador e por conspiração, foi julgado e condenado à morte na guilhotina e executado em Vendôme, Paris (1797).

⁸⁷ Em 1834, William Cobbett escreveu que tanto os que trabalhavam como os que eram incapazes de trabalhar têm “um direito à subsistência a partir da terra”. Do outro lado do Atlântico, o juiz David Brewer, da Suprema Corte do Kansas, declarou em 1875 que “o auxílio aos pobres – o cuidado que se deve dedicar àqueles que são incapazes de cuidar de si próprios – está entre os objetos inquestionados do dever público”. (FLEISCHACKER, 2006, p. 119).

3.3 O conceito de justiça distributiva no pensamento marxista

De acordo com Isaiah Berlin (1991) nenhum pensador do século dezenove teve influência tão direta, tão deliberada e tão poderosa sobre a humanidade quanto Karl Marx,⁸⁸ de acordo com Carl J. Friedrich, uma pessoa que tem “algo de profeta do Antigo Testamento”. (FRIEDRICH, 1970, p. 53). Tendo sido o pensador mais influente a condenar a distinção entre ricos e pobres, além de salientar ser a natureza humana, em grande medida, um produto das sociedades humanas, sendo tais sociedades capazes de mudança radical.

O funcionamento do capitalismo foi investigado pelo mesmo, que previu sua superação pela emancipação dos trabalhadores. Os conflitos resultantes das contradições será o meio para o processo de mudança da sociedade. De acordo com Marx há uma evolução contínua na sociedade; valores, meios de produção, técnicas e as crenças associadas a tudo isto estão continuamente evoluindo e a exigir um ajustamento contínuo como condição para alcançar a justiça social, tais ajustamentos culminam finalmente com a consumação da Revolução Comunista. (FRIEDRICH, 1970). De acordo com Marx:

O trabalhador é a manifestação subjetiva do fato de que o capital é o homem absolutamente perdido para si mesmo, assim como o capital é a manifestação objetiva do fato de que o trabalho é o homem integralmente perdido para si próprio. Apesar disso, o trabalhador tem o infortúnio de ser um capital vivo e, conseqüentemente, como com necessidades, que em cada momento em que não trabalha perde os seus juro e, portanto, a existência. (MARX, 2002, p. 123).

O trabalho é, nestes moldes, um trabalho alienado, devendo todos os trabalhadores se unirem para a revolução com o objetivo de materializar uma

⁸⁸ Karl-Heinrich Marx nasceu em 5 de maio de 1818, na cidade alemã de Tréveris (Trier), na região da Renânia. Seu pai, Heinrich Marx, advogado liberal, e sua mãe, Henriette Pressburg, eram de ascendência judaica, mas converteram-se ao credo protestante como forma de evitar as restrições que pesavam sobre os judeus na Prússia. (NAVES, 2008, p. 16). Marx é considerado um dos mais influentes intelectuais de todos os tempos, afirmou que os filósofos interpretaram o mundo de várias maneiras, cabe agora transformá-lo. Na obra *O Capital*, Marx examina de maneira profunda o modo de produção capitalista e a maneira de superá-lo, rumo a uma sociedade sem classes, onde a propriedade privada seja extinta. Para ele, todas as estruturas estatais estão montadas para a satisfação e consolidação dos objetivos da burguesia, ou seja, consecução do capitalismo. Destarte, para sua efetiva alteração, será necessária a mudança radical da estrutura estatal.

sociedade comunista. Marx defende que o caminho para o comunismo é a derrubada da ordem política estabelecida, ou seja, a destruição do Estado, o “comitê executivo da classe dominante”. Deste modo, após a tomada do poder pelos revolucionários o Estado morrerá.⁸⁹ Entre a conquista do poder do Estado e o desaparecimento do mesmo há um estágio, a ditadura do proletariado, quando então todos os elementos remanescentes da ordem social anterior serão destruídos. Assim, não haverá mais a necessidade do Estado.

Assim, Marx compreende duas passagens marcantes na vida do homem, à época do capitalismo pré-revolucionário o homem é um homem hobbesiano, agressivo, egoísta, cúpido, estando impregnado da mancha do “pecado original”, sem esperança. Após de concretizada a mudança radical, com a “morte” do Estado, este mesmo homem já é um homem como descrito por Rousseau em suas passagens mais otimistas acerca da natureza humana, um homem que aceita como suas as necessidades alheias, afetuoso, cooperativo. Todavia, conforme salientado por Carl J. Friedrich:

Para que não se pense esteja eu a contar um conto de fadas a respeito desta visão rousseuniana da concepção do homem em Marx, deve ser notado que o próprio Engels muito explicitamente afirmou que o marxismo constitui modificação e aprofundamento do *Ensaio sobre a Desigualdade* de Rousseau, onde este ponto é de modo particular dramaticamente destacado. (FRIEDRICH, 1970, p. 56).

Ou seja, a desigualdade, de acordo com Marx e Rousseau, seria um fruto da civilização, especificamente da propriedade privada, sendo necessário o retorno às condições anteriores ao início da civilização, sendo este o caminho a ser atingido pela revolução. É interessante frisar a posição marxista do programa do Partido Comunista da ex-União Soviética, o qual traz em sua introdução que: “De cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades. Tudo em favor do homem e em benefício do homem.” (FRIEDRICH, 1970, p. 56).

Assim, Karl Marx não pode ser considerado um defensor da justiça distributiva, apesar das críticas às desigualdades, não tendo o mesmo formulado uma crítica ao capitalismo nesses termos. De acordo com Marx, o comunismo traria

⁸⁹ FRIEDRICH (1970) salienta que a tradução correta para a palavra alemã *absterben* é “morrer”, e não “fenecer” conforme salientam vários autores.

abundância de bens, acreditando que questões de justiça houvesse lugar apenas onde há escassez. Ou seja, com a “morte” do Estado não haveria necessidade de distribuição de bens, visto haver uma sociedade justa e igualitária e, tendo em vista, a própria ausência do mesmo, não há como defender distribuição sem Estado.

3.4 Críticas à incipiente noção moderna de justiça distributiva

Em oposição ao movimento de transformação do conceito de justiça distributiva, surgia também o movimento intelectual de críticas aos seus postulados. Dentre os críticos, citar-se-á Joseph Townsend, que insistia na inferioridade natural dos pobres, atacando a provisão pública de auxílio aos pobres, defendendo ser a fome um meio útil para incentivar os pobres ao trabalho, além de que, para Townsend os pobres eram inerentemente “indolentes” e “viciosos”, adaptados ao trabalho “vil”, ou seja, diferentes das outras pessoas (pessoas “comuns”).⁹⁰ (FLEISCHACKER, 2006, p. 122). Em sua obra *A Dissertation on the Poor Laws* (1786), Townsend afirma que:

Para um homem de sensibilidade comum nada pode ser mais desolador do que ouvir as reclamações da miséria, o que ele não tem poder para aliviar, e ser diariamente familiarizado com a miséria, da qual ele não pode fugir nem socorrer. Essa é atualmente a situação do clero, o qual em virtude de seu sacerdócio é obrigado a visitar as casas dos pobres. (TOWNSEND, 1786, tradução nossa).⁹¹

Acreditar serem os pobres criaturas inferiores é uma idéia comum em todos os tempos, inclusive nos dias atuais, sendo invocada quando são adotadas medidas de bem-estar social. Essa também foi a reação de Townsend em relação às *Poor Laws* inglesas, sistema de provisão de seguridade social que vigorou na Inglaterra desde o século XVI, as quais tinham por objetivo auxiliar os pobres.

⁹⁰ O que muitos autores denominam “poor-person exceptionalism” (excepcionalismo do pobre).

⁹¹ To a man of common sensibility nothing can be more distressing, than to hear the complaints of wretchedness, which he hath no power to redress, and to be daily conversant with misery, which he can neither fly from, nor relieve. This at present is the situation of the clergy, who, in virtue of their office, are obliged to visit the habitations of the poor.

De acordo com a defesa da fome como motivador dos pobres e do fim das Poor Laws, Townsend foi seguido por Mandeville, Patrick Colquhoun e Thomas Malthus, tendo, inclusive, Mandeville escandalizado os cristãos ao afirmar vantagens para a sociedade com o sofrimento dos pobres.

Thomas Malthus tratando da provisão de alimentos no mundo através de seu *Ensaio Sobre a População* (1798), argumentando que a competição por alimentos torna necessária a morte de várias pessoas a cada geração, fez com que muitos acreditassem que o mesmo estivesse defendendo a morte de pobres. Na verdade, Malthus não afirmou isto, e sim, a progressão da população em escala geométrica, e o aumento da oferta de alimentos em progressão aritmética, fazendo com que em pouco tempo houvesse fome demasiada no mundo, apesar de o mesmo ter pedido o fim do auxílio público aos pobres. Malthus chega, assim, à conclusão “explicativa” da causa da miséria: “a população, quando não controlada, cresce numa progressão geométrica, e os meios de subsistência crescem apenas numa progressão aritmética” (MALTHUS, 1996, p. 246), instalando-se na sociedade grave desproporção.⁹² Do mesmo modo, Patrick Colquhoun em sua obra *A Treatise on Indigence* (1806), afirmou que:

Sem uma grande proporção de pobres não poderia haver ricos, já que os ricos são o produto do trabalho, ao passo que o trabalho pode resultar somente de um estado de pobreza... A pobreza, portanto, é um ingrediente indispensável e por demais necessário da sociedade, sem o qual as nações e comunidades não poderiam existir num estado de civilização. (COLQUHOUN *apud* MARSHALL, 1967, p. 78).

Ou seja, a desigualdade social não só é inevitável, como também justa, não duvidando do sistema da desigualdade. Além do que, o embrionário conceito de

⁹² Consequentemente, a miséria dos trabalhadores existiria por culpa dos próprios trabalhadores, porque insistem em casar cedo e ter muitos filhos. Para resolver esse impasse, Malthus só enxergava duas possibilidades: na sua própria linguagem, freios “positivos” e freios “preventivos” à explosão demográfica. Sempre que aquela desproporção se tornasse aguda, os freios “positivos” seriam as periódicas guerras, as ondas de fome e as inevitáveis epidemias que, ao dizimar principalmente a população trabalhadora, reequilibrariam por algum tempo a situação. Os freios “preventivos” consistiriam, pura e simplesmente, em os pobres retardarem seu casamento até poderem sustentar adequadamente uma família, devendo manter abstinência sexual enquanto fossem solteiros - ou por toda a vida, se a “fortuna” não chegasse um dia a favorecê-los. Apesar de sua falta de fundamentos científicos, as idéias de Malthus introduziam no pensamento liberal um modo cínico e aparentemente “científico” de transformar as vítimas em culpadas, absolvendo o capitalismo da impiedosa desigualdade social. Seu grau de penetração como força ideológica conservadora ainda pode ser notado: até hoje, passados mais de duzentos anos, esses argumentos continuam integrando um certo “senso comum” pretensamente “ilustrado”. (TRINDADE, 1998, p. 7).

justiça distributiva sofrera outras críticas direcionadas por partidários das idéias do darwinismo social, pregando a luta no mundo pela sobrevivência, sem se dar atenção ao pobre, necessitado, postulando ser o mundo uma sociedade de constante luta pela sobrevivência, na qual não haveria espaço para considerações de justiça distributiva embasada em critérios de necessidade em relação aos indivíduos mais pobres.

3.5 O conceito de justiça distributiva no pensamento utilitarista

Teoria teleológica da obrigação, (FRANKENA, 1969), antes de mais nada é fundamental salientar existirem muitas formas de utilitarismo, tendo o desenvolvimento desta teoria continuado nos últimos anos. John Rawls afirma que a formulação mais clara e acessível está no pensamento de Henry Sidgwick,⁹³ sendo a idéia principal “a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”. (RAWLS, 2002, p. 25).

Pode-se buscar o embrião do pensamento utilitarista nos filósofos sofistas gregos, principalmente nos hedonistas, para os quais o prazer é o móvel de toda ação, sendo este prazer fonte da felicidade. Posteriormente, este pensamento foi retomado no século dezoito. Dentre os grandes marcos dessa retomada da filosofia utilitarista é de se salientar os nomes de Jeremy Bentham (1748-1832) e de John Stuart Mill (1806-1873).

Bentham conferiu ao utilitarismo um caráter de sistema filosófico, salientando que a felicidade consiste em se afastar da dor e obter o máximo de prazer em todas as ações, sendo plena a felicidade desde que, na ação de cada um, favoreça a

⁹³ Filósofo britânico. Adepto do utilitarismo de John Stuart Mill, destacou-se como autor de algumas das obras mais representativas dessa doutrina filosófica. Fundador da sociedade de pesquisas psíquicas. Métodos da ética (1874), Princípios de economia política (1883), O desenvolvimento da política européia (1903). (ENCICLOPÉDIA BRITANNICA, 2002).

todos os membros da sociedade e não somente um indivíduo em particular, o que Bentham considera egoísmo.

John Stuart Mill (1806-1873), este filósofo e economista, salientando de modo convicto que a doutrina que admite como fundamento da moralidade a utilidade ou o princípio da máxima felicidade sustenta que as ações humanas são justas na medida tendente a promover a felicidade, e injustas na medida em que tendem a promover o contrário dessa. (MILL, 2007). Mill continua e afirma, em relação ao padrão do utilitarismo, que:

[...] tal padrão não é a maior felicidade do próprio agente, mas a quantidade maior de felicidade conjunta; e se possivelmente houver dúvida que um caráter nobre é sempre mais feliz por sua nobreza, não poderá haver nenhuma dúvida de que ele faz outras pessoas mais felizes, e que o mundo em geral ganha imensamente com ele. O utilitarismo, portanto, poderia apenas obter sua finalidade através do cultivo universal da nobreza de caráter, mesmo se cada indivíduo apenas se beneficiasse pela nobreza de outros e a sua própria, no que diz respeito à felicidade, fosse uma mera consequência do benefício. Mas a simples declaração de tal absurdidade, como esta última, tornaria desnecessária toda refutação. (MILL, 2007, p. 27).

Entendendo a felicidade como prazer ou ausência de dor, e a infelicidade como dor ou a privação do prazer, o utilitarismo “se preocupa não com a utilidade do indivíduo isolado com respeito à dos outros indivíduos, mas com a utilidade social, não com a felicidade singular de quem age, mas com a felicidade de todos os interessados”. (BOBBIO, 2000, p. 64).

De acordo com Rawls, há, de fato, um modo de ver a sociedade que facilita a suposição de que o conceito mais racional de justiça é o conceito utilitarista. Pode-se impor um sacrifício agora por um bem maior depois. Assim:

Uma pessoa age de modo muito apropriado, pelo menos quando outros não são afetados, com o intuito de conseguir a maximização de seu bem-estar, ao promover seus objetivos racionais o máximo possível. Ora, por que não deveria uma sociedade agir baseada exatamente no mesmo princípio aplicado ao grupo e, portanto, considerar aquilo que é racional para um único homem como justo para uma associação de seres humanos? (RAWLS, 2002, p. 25).

Logo, de maneira racional, chega-se ao princípio da utilidade, a sociedade pode se considerar organizada, justa, quando conseguir maximizar o saldo líquido de realizações de modo integral.

Rawls traz um outro argumento para explicar a possibilidade de se seduzir por intermédio do utilitarismo:

Os dois conceitos principais de ética são os de justo e de bem; creio que deles deriva o conceito de uma pessoa moralmente digna. Então a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pelo modo como ela define e interliga essas duas noções básicas. Ora, parece que a maneira mais simples de relacioná-las é a praticada pelas teorias teleológicas: o bem se define independentemente do justo, e então o justo se define como aquilo que maximiza o bem. Mais precisamente, justas são aquelas instituições e ações que das alternativas possíveis retiram o bem maior, ou pelo menos tanto bem quanto quaisquer outras instituições e ações acessíveis como possibilidades reais (uma disposição adicional necessária quando há mais de uma possibilidade de otimização). (RAWLS, 2002, p. 26).

Deste modo, percebe-se que as teorias teleológicas têm um fundo intuitivo, a partir do fato de parecerem incorporar a idéia de racionalidade, partindo do pressuposto de que é intuitivo pensar que essa racionalidade consiste em maximizar algo e que este algo a ser maximizado, em relação às questões morais, há de ser o bem. (RAWLS, 2002, p. 26).

Mas a questão referente ao utilitarismo que incomoda o pensamento de John Rawls é a de que, surpreendentemente, não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos, assim como não importa o modo como um homem distribui suas satisfações ao longo do tempo.

Para o utilitarismo, a distribuição deve garantir a máxima realização, mesmo que alguns tenham que ficar de fora, interessa a mais satisfatória distribuição. Para Rawls o mais notável no princípio da utilidade é que não importa, salvo de maneira indireta, o modo como esta soma de satisfações entre os indivíduos é distribuída, do mesmo modo que assim como tampouco tem importância, salvo de maneira indireta, o modo como uma pessoa distribui suas próprias satisfações no tempo. Pois:

[...] certas formas de distribuir as coisas afetam a soma total de satisfações, há que ter em conta este fato quando se trata de ordenar instituições sociais; mas, de acordo com o mesmo princípio, a explicação dos preceitos de justiça baseados no senso comum, e a de sua natureza ao parecer estrita, reside em que se trata daquelas regras que por experiência se sabe que é preciso respeitar e abandoná-las somente em circunstâncias

excepcionais, se há de maximizar a soma das vantagens. (RAWLS, 1986, p. 54, tradução nossa).⁹⁴

Destarte, a distribuição de tais satisfações, sejam elas oportunidades, direitos, privilégios, devem satisfazer, ao máximo, os resultados, independentemente de quem quer que seja seu beneficiário. Rawls afirma: “o utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”, (RAWLS, 2002, p. 30), além de salientar a condição de o mesmo estender à sociedade, como um todo, a escolha feita por um único ser humano.

Como considerar tal possibilidade vivendo numa sociedade pluralista, onde concorrem diversas concepções de bem, todas essas concepções em condições de igualdade? Essa sociedade pluralista garante que todos os ideais de vida concorram em condições de igualdade, seja esse ideal de vida o defendido pela maioria como também pela minoria.

Paradoxalmente, não é totalmente verdadeiro supor ser o utilitarismo uma concepção de justiça individualista, uma pelo fato de os utilitaristas terem sido ardorosos defensores da liberdade, outra pelo fato de que, mesmo que seja considerada a questão de se utilizar da escolha de apenas um ser humano para embasar sua escolha, tal escolha tem por objetivo toda a coletividade.

A teoria de Rawls tem, por conseguinte, como um dos seus postulados o ataque ao utilitarismo, considerando-se o fato de ter sido o utilitarismo o conceito de justiça durante muito tempo existente no pensamento jurídico, o qual beneficia o maior número possível, como visto, todavia, sem se interessar pelo indivíduo isoladamente, dando-se prioridade à coletividade. Sendo uma teoria que tem como objetivo direto a possibilidade de ser uma alternativa às concepções utilitaristas e intuicionistas de justiça existentes no pensamento jurídico até o século vinte.

⁹⁴ [...] ciertas formas de distribuir las cosas afectan la suma total de satisfacciones, hay que tomar en cuenta este hecho cuando se trata de ordenar instituciones sociales; pero, de acuerdo con el mismo principio, la explicación de los preceptos de justicia basados en el sentido común, y la de su naturaleza al parecer estricta, reside en que se trata de aquellas reglas que por experiencia se sabe que es preciso respetar y abandonarlas sólo en circunstancias excepcionales, si se ha de maximizar la suma de ventajas.

3.6 O conceito de justiça distributiva no pensamento cristão no século vinte

A definição de justiça distributiva no pensamento aristotélico-tomista ganha ainda mais importância no século vinte com o advento das encíclicas sociais da Igreja Católica. Considera-se a Encíclica *Rerum Novarum*⁹⁵ do Papa Leão XIII como a primeira encíclica a tratar da questão da justiça distributiva. Inicialmente, a *Rerum Novarum* salienta a expressiva diferença entre os homens e os animais, afirmando que:

Estes não se governam a si mesmos; são dirigidos e governados pela natureza, mediante um duplo instinto, que, por um lado, conserva a sua atividade sempre viva e lhes desenvolve as forças; por outro, provoca e circunscreve ao mesmo tempo cada um dos seus movimentos. O primeiro instinto leva-os à conservação e à defesa da sua própria vida; o segundo, à propagação da espécie; e este duplo resultado obtêm-no facilmente pelo uso das coisas presentes e postas ao seu alcance. (LEÃO XIII, 1891).

De outro lado, seriam incapazes de transpor esses limites, porque apenas são movidos pelos sentidos e por cada objeto particular que os sentidos percebem, o que é muito diferente da natureza humana. Inicialmente, no homem reside, em sua perfeição, toda a virtude da natureza sensitiva, e desde logo lhe pertence, não menos que a esta, gozar dos objetos físicos e corpóreos. Todavia, a vida sensitiva mesmo que possuída em toda a sua plenitude, não só não abraça toda a natureza humana, mas é-lhe muito inferior e própria para lhe obedecer e ser-lhe sujeita. O que em nós se avantajava, o que nos faz homens, nos distingue essencialmente do animal, é a razão ou a inteligência, e em virtude desta prerrogativa deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de fazer uso das coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido. (LEÃO XIII, 1891). Uma consideração mais profunda se faz em relação ao fato de o homem poder usar e dominar os produtos da terra.

Atacando ferozmente o comunismo, salientando não haver lutas de classes, mas sim, concórdia de classes, abordando diversos temas relacionados ao

⁹⁵ Em latim *Rerum Novarum* significa "Das Coisas Novas".

trabalhador e à sua dignidade, como as obrigações dos operários e dos patrões, o Estado, as associações operárias, a *Rerum Novarum* traz, ao abordar a origem da prosperidade nacional, uma definição de justiça distributiva.

A definição é construída a partir da discussão sobre a prosperidade nacional, trazendo a encíclica que os costumes puros, as famílias fundadas sobre bases de ordem e moralidade, a prática e o respeito à justiça, uma imposição moderada e uma repartição equitativa dos encargos públicos, tornam uma nação próspera. Podendo, o Estado, por todos estes meios, tornar-se útil às outras classes, assim também podendo melhorar sobremaneira a sorte da classe operária, “e isto em todo o rigor do seu direito, e sem ter a temer a censura de ingerência; porque, em virtude mesmo do seu ofício, o Estado deve servir o interesse comum”. (LEÃO XIII, 1891). Quanto mais aumentarem as vantagens decorrentes desta ação, menos necessidade haverá de recorrer a outros expedientes para remediar a condição dos trabalhadores.

Portanto, sendo insensato prover a uma classe de cidadãos e negligenciar outra, torna-se evidente que a autoridade pública deve também tomar as medidas necessárias para salvaguardar a salvação e os interesses da classe operária. Caso não o faça, viola a estrita justiça que quer que a cada um seja dado o que lhe é devido. Assim, a *Rerum Novarum* traz que:

A esse respeito Santo Tomás diz muito sabiamente: «Assim como a parte e o todo são em certo modo uma mesma coisa, assim o que pertence ao todo pertence de alguma sorte a cada parte». E por isso que, entre os graves e numerosos deveres dos governantes que querem prover, como convém, ao público, o principal dever, que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça, chamada distributiva. (LEÃO XIII, 1891).

Todos os homens devem contribuir para a massa dos bens comuns, o que, por um giro natural, repartirá novamente entre os indivíduos, mas as constituições respectivas devem ser diferentes. Haverá sempre entre os cidadãos desigualdades de condições, sem as quais uma sociedade não pode existir nem conceber-se. A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores, e proceda de modo que, de todos os bens que eles proporcionam à sociedade, lhes seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações. De onde resulta que o Estado deve favorecer tudo o que pareça de natureza a melhorar-lhes a sorte. Esta solicitude, longe de prejudicar

alguém, tornar-se-á, ao contrário, em proveito de todos, pois importa soberanamente à nação que homens, que são para ela o princípio de bens tão indispensáveis, não se encontrem continuamente a braços com os horrores da miséria. (LEÃO XIII, 1891).

Posteriormente à *Rerum Novarum*, a Encíclica *Quadragesimo Anno*⁹⁶ de 1931 de Pio XI, a qual já no início ao se referir à Encíclica *Rerum Novarum*, traz em relação à questão da desigualdade na sociedade:

Com efeito ao fim do século XIX, em consequência de um novo gênero de economia, que se ia formando, e dos grandes progressos da indústria em muitas nações, aparecia a sociedade cada vez mais dividida em duas classes: da quais uma, pequena em número, gozava de quase todas as comodidades que as invenções modernas fornecem em abundância; ao passo que a outra, composta de uma multidão imensa de operário, a gemer na mais calamitosa miséria, debalde se esforçava por sair da penúria, em que se debatia. (PIO XI, 1931).

Analisando os resultados da Encíclica *Rerum Novarum*, denominada por *Magna Charta* dos Operários, a Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI, datada de 1931, em relação à ação da autoridade civil, salienta que aos governantes compete defender toda a nação e os membros dela constituintes, “tendo sempre cuidado especial dos fracos e deserdados da fortuna ao proteger os direitos dos particulares. Porquanto a classe abastada, munida dos seus próprios recursos, carece menos do auxílio público”, (PIO XI, 1931), por outro lado, a classe indigente, menos abastada, desprovida de meios pessoais, esteia-se sobre tudo na função protetiva do Estado. Deste modo, deve o Estado prover aos operários, visto serem os mesmos da classe pobre. (PIO XI, 1931). Assim, Pio XI salienta que:

Deste contínuo e indefeso trabalho nasceu aquela jurisprudência completamente desconhecida dos séculos passados, que se propõe a defender com ardor os sagrados direitos do operário, provenientes da sua dignidade de homem e de cristão: de fato estas leis protegem a alma, a saúde, as forças, a família, as casas; as oficinas, o salário, abrangem os acidentes de trabalho, numa palavra, tudo aquilo que interessa à classe trabalhadora, principalmente às mulheres e crianças. E se uma tal legislação não condiz de todo nem em toda a parte com as normas de Leão XIII, não se pode contudo negar haver nela muitas reminiscências da

⁹⁶ O nome se deve ao fato de essa encíclica abordar os quarenta anos da Encíclica *Rerum Novarum*, apresentada no ano de 1891 pelo Papa Leão XIII. A *Rerum Novarum* é considerada por Pio XI a *Magna Charta* dos operários, prevendo diversas alterações no campo social.

encíclica *Rerum Novarum* e que à mesma por conseguinte se deve atribuir em grande parte a melhorada condição dos operários. (PIO XI, 1931).

O ambiente social à época era de incrementação dos direitos sociais, tendo o capital por muito tempo se arrogado de direitos demasiados, reclamando para si todos os produtos e lucros de sua produção, deixando ao operário unicamente o bastante para restaurar e reproduzir as forças. Tal possibilidade de enriquecimento era falaciosamente defendida pelas leis da economia, leis essas que possibilitavam aos patrões a renda e que condenavam e acorrentavam os trabalhadores à pobreza.

O mundo passava por uma fase de incertezas, o fim da Primeira Grande Guerra demonstrou ao mundo o poderio sombrio de um capitalismo que sufocava a sociedade, um número considerável de pessoas passavam por sérias dificuldades financeiras, desigualdade social e a mais horrenda pobreza material. A *Rerum Novarum* constitui assim um marco na humanização de leis trabalhistas em todo o mundo, originando positivamente de direitos laborais de grande importância nos dias atuais, pois aos governantes compete defender toda a nação e os membros que vivem na mesma, tendo sempre cuidado com os fracos e deserdados da fortuna. (PIO XI, 1931).

Assim, ao prevenir os trabalhadores desses falsos princípios, as palavras de Leão XIII são recordadas por Pio XI: “de qualquer modo que seja distribuída entre os particulares, não cessa a terra de servir à utilidade pública.” (PIO XI, 1931). A própria natureza exige a repartição dos bens em domínios particulares, precisamente com o objetivo de poderem as coisas criadas servir ao bem comum de modo ordenado e constante. Mas também é salientado que “nem toda a distribuição dos bens ou riquezas entre os homens é apta para obter totalmente ou com a devida perfeição o fim estabelecido por Deus.” (PIO XI, 1931).

Não se conseguindo repartir de modo satisfatório as riquezas, então deve-se preservar a utilidade comum alegada por Leão XIII, não se prejudicando o bem geral da sociedade. Portanto, uma classe não pode ser excluída da participação dos lucros, não sendo justo que ricos embolsem tudo e os pobres nada, não podendo uma classe reclamar para si todos os direitos. Mesmo que alguém não trabalhe, deverá receber sua parte na distribuição, não se podendo considerar o trabalho como o único título para se receber o sustento ou perceber rendimentos.

Esforços devem ser envidados para que a riqueza seja acumulada em justa proporção nas mãos dos ricos, mas que também seja distribuída pelos operários,

“não para que estes se dêem ao ócio, - já que o homem nasceu para trabalhar como a ave para voar, - mas para que, vivendo com parcimônia, aumentem os seus haveres, aumentados e bem administrados provejam aos encargos da família”, (PIO XI, 1931), mas que deixem também alguma coisa, após a morte, aos que lhes sobreviverem. Tais postulados de distribuição são insinuados na *Rerum Novarum* e mantidos pela *Quadragesimo Anno*. Outro aspecto importante em relação à distribuição a ser ressaltado na *Quadragesimo Anno* refere-se ao fato de que:

Primeiro ao operário deve dar-se remuneração que baste para o sustento seu e da família. É justo que toda a mais família, na medida das suas forças, contribua para o seu mantimento, como vemos que fazem as famílias dos lavradores, e também muitas de artistas e pequenos negociantes. Mas é uma iniquidade abusar da idade infantil ou da fraqueza feminina. (PIO XI, 1931).

Deste modo, deve-se buscar que os pais de família recebam uma paga bastante a cobrir as despesas ordinárias da casa, servindo a grandeza do salário à economia pública, não devendo haver salários desproporcionais, sob pena de gerar desemprego, colocando em risco a estabilidade da ordem pública.

Após a Encíclica *Quadragesimo Anno*, Pio XI apresenta ao mundo outra encíclica, a *Divini Redemptoris*, de 1937, a qual aborda especificamente a situação do comunismo ateu no mundo. Nesta encíclica Pio XI salienta que a sociedade humana somente poderá ser salva daquilo que ele considera ruína funesta, o princípio do liberalismo, princípios esses alheios à moralidade, quando os preceitos da justiça social e da caridade cristã impregnarem e penetrarem na ordem econômica e organização civil. (PIO XI, 1937). Em relação à caridade cristã, Pio XI traz que:

[...] quando vemos de um lado uma multidão de indigentes que, por várias causas alheias à sua vontade, estão verdadeiramente oprimidos pela miséria, e do outro lado, junto deles, tantos que se divertem inconsideradamente e esbanjam enormes somas em futilidades, não podemos deixar de reconhecer com dor que não é bem observada a justiça, mas que nem sempre se aprofundou suficientemente o preceito da caridade cristã nem se vive conforme a ele na prática cotidiana. (PIO XI, 1937).

A verdadeira caridade deve observar a justiça, em relação à justiça social, Pio XI afirma que a mesma impõe deveres a que nem patrões nem operários podem

furtar, sendo próprio da justiça social exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum. Todavia:

[...] assim como no organismo vivo não se provê ao todo, se não se dá a cada parte e a cada membro tudo quanto necessitam para exercerem as suas funções; assim também se não pode prover ao organismo social e ao bem de toda a sociedade, se não se dá a cada parte e a cada membro, isto é, aos homens dotados da dignidade de pessoa, tudo quanto necessitam para desempenharem as suas funções sociais. O cumprimento dos deveres da justiça social terá como fruto uma intensa atividade de toda a vida econômica, desenvolvida na tranqüilidade e na ordem, e se mostrará assim a saúde do corpo social, do mesmo modo que a saúde do corpo humano se reconhece pela atividade inalterada, e ao mesmo tempo plena e frutuosa, de todo o organismo. (PIO XI, 1937).

Para a sustentação da justiça social, Pio XI afirma ser fundamental a garantia de um salário que mantenha ao mesmo e toda sua família, prevenindo a pobreza, garantindo o acesso a seguros públicos e privados, sob pena de não se concretizando tais condições não haver que se falar em realização da justiça.

Há que se destacar a Carta Encíclica *Mater et Magistra* de João XXIII, datada de 1961, a qual tratou da evolução da questão social à luz da doutrina cristã.

Dentre os diversos aspectos analisados pela *Mater et Magistra*, destaca-se a questão da remuneração do trabalho, a qual é presenciada em diversas nações e continentes inteiros, onde os trabalhadores “recebem um salário que os submete, a eles e às famílias, a condições de vida infra-humanas”. (JOÃO XXIII, 1961). Todavia, em alguns desses países, há o contraste entre a abundância e o luxo desenfreado de uns poucos privilegiados e as condições de mal-estar extremo da maioria, havendo também outras nações gastando somas consideráveis com armamentos, ou na tentativa de se reforçar ou manter um mal-entendido prestígio nacional. Além do fato de que:

[...] nos países economicamente desenvolvidos, não é raro que para ofícios pouco absorventes ou de valor discutível, se estabeleçam distribuições ingentes, enquanto que as correspondentes ao trabalho assíduo e profícuo de categorias inteiras de cidadãos honestos e operosos são demasiado reduzidas, insuficientes ou, pelo menos, desproporcionadas com a ajuda que eles prestam à comunidade, ou com o rendimento da respectiva empresa, ou com o rendimento total da economia da nação. (JOÃO XXIII, 1961).

Destarte, é imperiosa uma retribuição do trabalho de acordo com a justiça e a equidade, sendo necessário um salário que dê ao trabalhador um nível de vida

verdadeiramente humano e que lhes permita enfrentar com dignidade as responsabilidades familiares.

No ano de 1991, o Papa João Paulo II apresenta a Encíclica *Centesimus Annus*, na qual nos moldes da doutrina social da igreja, faz uma análise do centenário da *Rerum Novarum*, condenando todos os tipos de totalitarismos existentes no mundo de então. Salientando a situação do mundo às vésperas do século dezenove, época na qual foi escrita a *Rerum Novarum*, João Paulo II realçou o processo histórico pelo qual passava o mundo, um conjunto de mudanças radicais verificadas no campo político, econômico e social, resultando numa nova concepção de sociedade e de Estado, conseqüentemente, de autoridade, sendo dissolvida a sociedade tradicional, e iniciando outra, confiante nas novas liberdades. No século dezenove culminou uma nova forma de propriedade, o capital, e uma nova forma de trabalho, o assalariado, caracterizado por pesados ritmos de produção, sem horário nem qualquer atenção ao sexo, idade ou situação familiar, determinado pela eficiência e tendente ao lucro.

Deste modo, o trabalho tornou-se uma mercadoria que podia ser livremente comprada e vendida no mercado, tendo seu preço determinado pela lei da oferta e da procura, sem se ater ao mínimo necessário para o sustento vital da pessoa e de sua família. Tal transformação operou uma divisão da sociedade em duas classes, operadas por um abismo profundo. Neste ambiente, ressalta a *Centesimus Annus*, “quando aparecia já em plena luz a gravíssima injustiça da realidade social, presente em muitas situações [...], Leão XIII intervém com um Documento, que afrontava de maneira orgânica a questão operária”. (JOÃO PAULO II, 1991).

Analisando o mundo cem anos após a *Rerum Novarum*, são destacados na encíclica de João Paulo II os acontecimentos do século vinte que marcaram a história da humanidade, especificamente, a Segunda Guerra Mundial e o surgimento e declínio de regimes totalitários, principalmente na Europa. Tendo se difundido, após a Segunda Guerra, um sentimento mais vivo dos direitos humanos, que foi reconhecido em diversos documentos internacionais, originando um novo “direito dos povos” por intermédio da Organização das Nações Unidas.

Em relação à situação de desigualdade social da atual sociedade, João Paulo analisando os excluídos, salienta que:

Muitos outros, embora não estando totalmente marginalizados, vivem inseridos em ambientes onde a luta pelo necessário é absolutamente primária, e vigoram ainda as regras do capitalismo original, na «crueldade» de uma situação que nada fica a dever à dos momentos mais negros da primeira fase da industrialização. (JOÃO PAULO II, 1991).

Vivendo em tal situação a maioria dos habitantes do Terceiro Mundo, sendo estrito dever de justiça e verdade impedir que as necessidades humanas fundamentais permaneçam insatisfeitas e que pereçam os homens por ela oprimidos.

Além disso, é necessário que estes homens carenciados sejam ajudados a adquirir os conhecimentos, a entrar no círculo de relações, a desenvolver as suas aptidões, para melhor valorizar as suas capacidades e recursos. Ainda antes da lógica da comercialização dos valores equivalentes e das formas de justiça, que lhe são próprias, existe algo que é devido ao homem porque é homem, com base na sua eminente dignidade. Esse algo que é devido comporta inseparavelmente a possibilidade de sobreviver e de dar um contributo ativo para o bem comum da humanidade. (JOÃO PAULO II, 1991).

Em relação ao valor da democracia, somente é possível concretizá-la num Estado de direito e sobre a base de uma reta concepção da pessoa humana, devendo ser verificadas as condições necessárias à promoção, seja dos indivíduos através da educação e da formação nos verdadeiros ideais, seja da subjetividade da sociedade, mediante a criação de estruturas de participação e co-responsabilidade.

Com a queda do totalitarismo comunista de outros regimes totalitários e de segurança nacional, o mundo vive atualmente o ideal democrático concatenado com a preocupação com os direitos humanos. Assim sendo, “é necessário que os povos, que estão reformando os seus regimes, dêem à democracia um autêntico e sólido fundamento mediante o reconhecimento explícito dos referidos direitos”. (JOÃO PAULO II, 1991). Dentre tais direitos, salientem-se: o direito à vida, o direito a participar no trabalho para valorizar os bens da terra e a obter dele o sustento próprio e dos seus familiares.

Todavia, nos países onde vigoram formas de governo democrático, nem sempre estes direitos são totalmente respeitados. Tratando-se de diversos aspectos de uma crise dos sistemas democráticos, que às vezes parecem ter perdido a capacidade de decidir segundo o bem comum. As questões levantadas pela sociedade não são examinadas à luz dos critérios de justiça e moralidade, mas antes na base da força eleitoral ou financeira dos grupos que as apóiam.

Semelhantes desvios da prática política geram, com o tempo, desconfiança e apatia e conseqüentemente diminuição da participação política e do espírito cívico da população, que se sente prejudicada e desiludida.

Resultado disso é a crescente incapacidade de enquadrar os interesses particulares numa coerente visão do bem comum. Tal bem não é efetivamente a mera soma dos interesses particulares, mas implica a sua avaliação e composição feita com base numa equilibrada hierarquia de valores e, em última análise, numa correta compreensão da dignidade e dos direitos da pessoa. (JOÃO PAULO II, 1991).

Com um breve esboço acerca da noção de justiça distributiva no pensamento cristão contemporâneo, demonstra-se o importante papel das mesmas na construção do conceito moderno de justiça distributiva, principalmente no que se refere à inclusão dos necessitados como merecedores de prestações estatais, solidificando o aspecto necessidade como balizador da distribuição de bens por parte do Estado. Depreende-se da observação desses documentos a preocupação com o elemento humano na distribuição de bens e oportunidades por parte da sociedade como um todo, transferindo integralmente o foco da distribuição dos méritos para a necessidade humana.

3.7 O conceito de justiça distributiva no pensamento de John Rawls

John Rawls⁹⁷, expoente máximo das discussões contemporâneas acerca de justiça, apresentou à sociedade no ano de 1971 sua obra máxima, *A Theory of Justice*,⁹⁸ por intermédio da qual expõe sua concepção de justiça, à qual o mesmo

⁹⁷ “Não surgiu nenhuma obra dominante de teoria política no século XX.”, escrevia Isaiah Berlin em 1962 [...] A diferença notória é que agora, em 1978, a asserção de Berlin deixou de ser verdadeira. Deixou de sê-lo em 1971, quando *A Theory of Justice*, de John Rawls, de Harvard, foi publicada em Cambridge, Massachusetts. (FISHKIN; LASLET *apud* KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 13).

⁹⁸ No ano de 1971, John Rawls escreve sua obra *A Theory of Justice*, traduzida para o português como *Uma teoria da justiça*, a obra, em pouco tempo, causa furor e reacende os estudos sobre a justiça na sociedade ocidental. Este impacto é apresentado pelo filósofo Robert Nozick, em sua obra *Anarchy, state, and utopia*: “Os filósofos políticos precisam a partir de agora trabalhar no âmbito da teoria de Rawls ou explicar por que não o fazem.” (Nozick, 1974, p. 183, tradução nossa). Já no início

denomina *justice as fairness*, ou justiça como equidade, concepção essa apropriada para uma democracia constitucional, uma teoria que leva a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional do contrato social, (RAWLS, 2002, p. 3), na qual traz uma alternativa de superação das teorias utilitaristas e intuicionistas sobre a justiça, com base na tradição do liberalismo kantiano, funda um paradigma liberal de base deontológica, tendo como privilégios os direitos civis individuais, o direito à propriedade e à integridade pessoal.

Rawls conquista seus méritos por intermédio de sua teoria ao aproximar novamente as duas principais preocupações da teoria política: o estudo do desejável e o estudo do exequível, tendo em vista terem as duas proposições se afastado no início do século vinte. Por um lado, a filosofia demarcou a questão do desejável, por outro lado, a economia e a ciência política se encarregavam de fixar a questão do exequível.

Em relação a tal distanciamento, fruto da progressiva demarcação e profissionalização de disciplinas como a economia, filosofia, ciência política, Kukathas e Petit afirmam que:

Os economistas e os cientistas políticos orgulhavam-se do título de cientistas e, de acordo com os conceitos então vigentes, assumiam esse fato no sentido de não poderem envolver-se em questões sobre a desejabilidade (os fins); o seu domínio era o dos fatos, e não o dos valores. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 15).

Ou seja, a filosofia não tinha nada a dizer em relação à exequibilidade, mas somente em relação à desejabilidade dos fins, provocando, assim, um processo de enfraquecimento, desestruturação da teoria política, tendo sido a mesma por muito tempo objeto de estudo da história do pensamento político. Comparando os meados do século vinte com épocas passadas, é extraordinário o fato de não haver personalidade ou disciplina que pudesse reivindicar a qualidade de continuadores dos grandes teóricos do passado. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 17).

Um primeiro aspecto a ser salientado em relação aos méritos de *Uma Teoria da Justiça* refere-se ao fato de a mesma ter rompido com a tradição de se dar preferência à análise de ideais e princípios éticos em detrimento da exploração dos

da obra, ainda em seu prefácio, Rawls apresenta o objetivo de seu modelo de justiça: atacar os aspectos utilitarista e intuicionista existentes nos vigentes conceitos de justiça de até então.

ideais e princípios a defender, ou seja, a obra marca um retorno ao estudo da deseabilidade. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 19). Todavia, de acordo com Kukhatas e Petit:

Uma Teoria da Justiça não se limitou a fazer regressar a teoria política ao nível do estudo das questões básicas sobre a deseabilidade. Também foi altamente original, ao desprezar as fronteiras disciplinares estabelecidas e ao desenvolver uma argumentação a favor da exequibilidade das propostas específicas que avançava: mais propriamente, a exequibilidade dos dois princípios de justiça defendidos por Rawls. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 22).

Outro pilar de interesse à discussão rawlsiana refere-se ao individualismo moral, tendo o mesmo dois sentidos amplos: um metafísico e outro moral. O individualismo metafísico afirma que os agentes individuais são os primeiros impulsionadores da vida social, não estando sua ação sujeita a quaisquer regularidades ou forças sociais, ou seja, não são “marionetas do processo histórico ou de qualquer realidade social anônima desse tipo”. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 25). Um outro aspecto do individualismo metafísico refere-se ao fato de os atores individuais não dependerem das suas inter-relações para a consecução das suas características essenciais como agentes, o indivíduo solitário é um conceito, todavia um conceito coerente.

O individualismo moral, por sua vez, refere-se ao fato de só os atores individuais interessarem à concepção das instituições sócio-políticas, o conceito de Rawls defende que só o interesse dos indivíduos devem ser atendidos, não sendo de interesse as reivindicações feitas por grupos, culturas, ou seja, “Rawls é um exemplo notável de individualismo moral”. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 25).

Deste modo, o pacto social é substituído por uma situação inicial que incorpora algumas restrições de conduta baseada em razões destinadas a conduzir a um acordo inicial sobre os princípios da justiça. (RAWLS, 2002, p. 3). Já no prefácio de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls afirma que:

[...] minha intenção foi formular uma concepção da justiça que fornecesse uma alternativa razoavelmente sistemática ao utilitarismo, que, de uma forma ou de outra, dominou por um longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político. A razão principal para buscar essa alternativa é, no meu modo de pensar, a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional. (RAWLS, 2002, p. XIV).

Rawls não acredita que o utilitarismo possa explicar as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais, uma exigência fundamental para as instituições democráticas, afirmando que “muitas vezes parecemos forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo”, (RAWLS, 2002, p. XXII), apesar de afirmar parecer ser o utilitarismo o conceito mais racional de justiça, (RAWLS, 1986, p. 54, tradução nossa), destarte a teoria do contrato social é a alternativa mais natural ao princípio da utilidade, sendo o objeto da doutrina do contrato o de explicar a exatidão da justiça mediante a presunção de que seus princípios surgem de um acordo entre indivíduos, indivíduos esses livres e independentes numa situação original de igualdade e que, portanto, refletem a integridade e a igualdade soberana das pessoas racionais que são partes no contrato. (RAWLS, 1986, p. 55).

Para ele, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, portanto, instituições e leis, mesmo que sejam eficientes e bem organizadas, devem ser abolidas se não forem justas.

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. (RAWLS, 2002, p. 44).

A verdade e a justiça são indisponíveis, destarte, numa sociedade considerada justa, as liberdades de cidadania igual são consideradas invioláveis, são consideradas pressupostos, não estando sujeitos à negociação política ou a cálculos de interesses sociais os direitos assegurados pela justiça. A sociedade é um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, sendo marcada por um conflito de identidades de interesses, todavia:

[...] a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. (RAWLS, 2002, p. 4-5).

Assim, é necessário um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e celebrar um acordo sobre as partes distributivas adequadas, tais princípios são os princípios

da justiça social. A justiça social é o interesse da teoria rawlsiana, ou seja, o modo pelo qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a distribuição de vantagens provenientes da cooperação social. A estrutura básica da sociedade contém várias posições sociais, tendo assim, homens nascidos em condições diferentes, expectativas diferentes, levando-se em consideração aspectos sociais, econômicos, políticos, compreendendo a constituição política e as instituições econômicas e sociais mais importantes, as quais reunidas definem as liberdades e direitos de uma pessoa, afetando, assim, as expectativas de sua vida. É às “desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar”. (RAWLS, 2002, p. 8).

Devendo se questionar como as instituições básicas de uma democracia constitucional devem se estruturar para garantir o equilíbrio entre as duas posições adotadas dentro do pensamento democrático, uma associada a John Locke, que dá maior peso às chamadas “liberdades dos modernos” de Benjamin Constant, prestigiando a liberdade de pensamento e de consciência, certos direitos básicos da pessoa e de propriedade, e outra tradição, esta associada a Rousseau, prestigiando as “liberdades dos antigos”, ou seja, garantindo liberdades políticas iguais e os valores da vida pública. (RAWLS, 2000, p. 46-47). Para responder à questão, Rawls apresenta, então, os dois princípios da justiça, os quais trazem que:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 47-48).

Os dois princípios se dirigem fundamentalmente a afrontar as desigualdades da natureza da estrutura básica, as quais são inevitáveis em toda e qualquer sociedade. Partindo do ponto da abstração do contrato social, o que Rawls denomina de posição original, é nele que serão acordados os dois princípios da justiça que regerão a estrutura básica da sociedade, sendo tais princípios escolhidos sob um véu de ignorância, estando também as partes nessa situação inicial racional e mutuamente desinteressadas, não conhecendo, de antemão, seus objetivos

personais, sua condição sócio-econômica e as doutrinas abrangentes específicas das pessoas representadas, (RAWLS, 2003), precedendo o conceito de justo ao de bem, sendo a prioridade do justo em relação ao bem a característica central da concepção de justiça como equidade. (RAWLS, 2002). Assim:

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça. (RAWLS, 2002, p. 13).

Neste ponto há a elucubração de Rawls acerca da possibilidade de as partes deliberarem princípios utilitaristas, o que não é aceito pelo mesmo, tendo em vista estarem numa posição de igualdade, podendo fazer exigências mútuas. Assim, seria pouco provável que alguém aceitasse ter seus direitos reduzidos, expectativas de vida inferiores, para que pudessem gerar mais vantagens a serem desfrutadas por outros. Ou seja, cada indivíduo buscando o melhor para si, não aceitaria que houvesse perda de suas vantagens em benefícios maiores dos outros, o que não é racional na posição original. Ao contrário, Rawls sustenta que na posição original as pessoas sustentam dois princípios:

[...] o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2002, p. 16).

Para Rawls, uma sociedade humana pode ser pensada como uma associação mais ou menos auto-suficiente, regulada por um conceito comum de justiça e que tem por objetivo procurar o bem para seus membros. Assim, em sociedade há a possibilidade de existir para cada um uma vida melhor do que existiria se estivesse sozinho, mas há que se considerar não ser comum o modo de se distribuir os benefícios mais amplos que derivam do trabalho conjunto de seus membros, pois cada um tem o interesse numa parte maior do bem em detrimento à parte menor. (RAWLS, 1986, p. 54), chegando-se naturalmente ao princípio da utilidade, sendo ordenada uma instituição que realize a maior soma de satisfações, o que resulta problemático, pois indivíduos racionais não abririam mão da violação de sua liberdade para a aquisição de maiores benefícios de outros.

Sendo marcada por uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis, algumas consideradas razoáveis, o liberalismo rawlsiano o vê como resultado inevitável, ao longo prazo, do exercício das faculdades da razão humana em instituições básicas livres e duradouras. Destarte, quais são os fundamentos desta tolerância? (RAWLS, 2000, p. 45). Assim, Rawls analisa a possibilidade de existir, num mundo tão marcado por diversidades, concepções diversas de religião, visões filosóficas de mundo e visões diversas do bem, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres.

Rawls salienta que um modelo de mercado está abandonado, haja vista que o que é fundamental para a democracia⁹⁹ é um procedimento que assegure a todos os indivíduos plena voz em um sistema equânime de representação. Tal sistema é fundamental porque a proteção adequada de outros direitos fundamentais depende dele. A igualdade formal não é suficiente. (RAWLS, 2000).

Deste modo, o liberalismo político pretende apresentar uma concepção política e liberal de justiça, a fim de buscar resolver o que seria o grande tema da filosofia política atual: o de como ordenar a sociedade de modo a que seja justa, estável e democrática, dado o fato do pluralismo razoável de visões de mundo e modos de vida, tendo uma concepção liberal de justiça, para Rawls, como conteúdo o fato de “especificar certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, tendo tais direitos, liberdades e oportunidades prioridade especial diante de pretensões do bem geral, e estabelecendo meios que assegurem a todos os cidadãos as condições adequadas para o uso desses direitos, liberdade e igualdades. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 72).

Do outro, para o republicanismo a democracia só é possível em uma comunidade culturalmente homogênea, na qual através de uma formação moral cívica robusta pudessem os indivíduos realizar os valores consagrados e refletidos na Constituição. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 72).

Dentre as características das instituições, Rawls salienta a liberdade de consciência igual, sendo a democracia constitucional o modelo de Estado no qual a teoria da justiça como equidade se aplica perfeitamente. Dentre outros postulados das instituições, Rawls se referindo ao Estado de Direito, salienta a necessidade de

⁹⁹ Para uma abordagem conceitual detalhada acerca da democracia, ver DAHL, (2001); GOYARD-FABRE, (2003) e LIJPHART (1989).

legisladores e juizes, e outras autoridades do sistema acreditarem que as leis possam ser obedecidas e que todas as ordens podem ser executadas. Pois leis e ordens são aceitas como leis e ordens apenas se em geral se acredita que elas podem ser obedecidas e executadas. (RAWLS, 2002).

Em relação ao segundo princípio, Rawls afirma que:

[...] a desigualdade está permitida somente se si justifica pensar que a instituição que contiver a desigualdade – ou a permitir – traduzi-la em benefício de todos os que estão comprometidos com a mesma. No caso da estrutura básica, isto significa que todas as desigualdades que afetam as perspectivas de vida, digamos as desigualdades de ingresso e riqueza que existem entre classes sociais, devem redundar em benefício de todos. (RAWLS, 1986, p. 57, tradução nossa).¹⁰⁰

Devendo eventuais desigualdades beneficiar, como já afirmado, as expectativas de vida de cada uma das pessoas envolvidas.

Dentre os críticos da teoria rawlsiana, está o nome de Robert Nozick,¹⁰¹ pensador liberal clássico (libertário), o qual defende, destarte, um Estado mínimo,¹⁰² Estado este limitado à proteção de todos os cidadãos contra a violência, o furto, o roubo e a fraude, dentre outros.

Dentre os libertários que defendem o Estado mínimo situam-se os grupos dos pragmáticos e os que se baseiam em princípios. Os libertários pragmáticos defendem o Estado mínimo não por entender ser os direitos por eles defendidos revestidos de caráter sagrado, mas sim por entender se sua proteção de interesse

¹⁰⁰ [...] la desigualdad está permitida solamente si se justifica pensar que la institución que contiene la desigualdad – o la permite – va a traducirla en beneficio de todos los que están comprometidos en ella. En el caso de la estructura básica, esto significa que todas las desigualdades que afectan las perspectivas de vida, digamos las desigualdades de ingreso y riqueza que existen entre clases sociales, deben redundar en beneficio de todos.

¹⁰¹ Nascido no bairro novaiorquino do Brooklin em 1938, no seio de uma família de judeus russos emigrados, Robert Nozick, conforme gostava ele mesmo de relatar, chegou à filosofia por meio de cândidas perguntas sobre a existência de Deus ou a expansão do universo (Nozick, 1997: 235 e sg.). De algum modo ele conseguiu processar essas questões na problemática da justificação dos princípios em geral e dos princípios morais em particular, um tema que, de forma explícita ou implícita seguiu presente em cada uma de suas obras publicadas. Logo depois de estudar em uma escola pública Nozick ingressou na Universidade de Columbia, onde se destacou como um ativo militante de um pequeno partido político filo-socialista. De Columbia passou a Princeton, onde, orientado por Carl Hempel, obteve um mestrado e um doutorado com dissertações sobre o que anos mais tarde se converteria no non plus ultra da filosofia analítica e das ciências sociais: a teoria da escolha racional. Também foi em Princeton onde Nozick tomou contato com as idéias neoliberais em geral e as libertarianas em particular, absorvendo-as pouco a pouco, até o ponto de abandonar por completo sua relação com a esquerda. (MORRESI, 2002, p. 285).

¹⁰² Há alguns libertários que rejeitam qualquer concepção estatal.

para a promoção da utilidade máxima do mercado.¹⁰³ Dentre as críticas dirigidas a Rawls pelos libertários pragmáticos está a de ser sua teoria inexecutável, ineficaz.

Já os libertários que se baseiam em princípios defendem o Estado mínimo como garantidor de direitos naturais ou fundamentais, ou seja, os bens protegidos por esse Estado mínimo são revestidos de importância fundamental e natural.

Nestes termos, o pensamento de Robert Nozick se situa naquilo que pode-se chamar de libertarianismo principiológico, enxergando, Nozick, o Estado rawlseano como um Estado malévolo, o qual interferirá nos direitos de propriedade, permitindo infrações redistributivas.

Robert Nozick dirige suas críticas à teoria de Rawls através de sua obra *Anarchy, State and Utopia* de 1974,¹⁰⁴ na qual elabora uma concepção de justiça diametralmente oposta à de Rawls, expondo já no início da mesma que:

Indivíduos têm direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo podem fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos). Tão fortes e de tão alto alcance são esses direitos que colocam a questão do que o Estado e seus servidores podem, se é que podem fazer. Que espaço os direitos individuais deixam ao Estado? (NOZICK, 1991, p. 9).

Tais direitos são os direitos de liberdade pessoal e de propriedade privada, os quais, de acordo com Nozick devem ser, não somente, respeitados mas também devem ter o estatuto de restrições fundamentais, mais ou menos, absolutas. (KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 95). Por conseguinte, tais direitos não podem ser infringidos em nome de nenhum tipo de maximização de qualquer objetivo social que seja. Ademais, ninguém possui direito a quaisquer bens materiais além daqueles que adquiriu como propriedade privada (FLEISCHACKER, 2006, p. 174).

KUKATHAS e PETIT (2005) salientam o fato de um libertário que assuma uma concepção como a de Nozick enfrenta um problema ao ser indagado sobre qual seja o melhor sistema sócio-político. Pois, qualquer Estado, mesmo o Estado mínimo, irá ferir os direitos de liberdade ou propriedade das pessoas, seja ao lançar impostos, seja ao usar da coerção para coibir certas formas de agressão.¹⁰⁵

¹⁰³ É de citar o nome de F. A. Hayek.

¹⁰⁴ Publicado no Brasil como *Anarquia, Estado e Utopia*.

¹⁰⁵ Todavia, um dos problemas que Nozick analisa com originalidade se refere ao fato de que mesmo em uma sociedade anárquica haverá a passagem para o Estado, mesmo que mínimo, sob duas condições: pois as pessoas atuariam em seu próprio interesse e respeitaria os direitos dos outros.

Criticando a teoria de Rawls, Nozick identifica duas objeções à teoria: a objeção básica e a objeção prática. A objeção básica consiste no fato de que, enquanto a teoria libertária afirma serem as coisas sempre pertencentes a alguém, a teoria de Rawls trata os bens distribuídos como maná dos céus, bens a que ninguém do ponto de vista da posição original têm direito, como tendo vindo do nada e de parte nenhuma. (KUKATHAS; PETIT, 2005).

Tal crítica é dirigida de modo austero a Rawls por Nozick quando este afirma que se os bens caíssem do céu como o maná, e não tivessem as pessoas nenhum direito a qualquer parte delas, e que nenhum maná caísse do céu a não ser que todos estivessem de acordo com uma determinada distribuição, então seria plausível afirmar que as pessoas não pudessem reclamar deste tipo de distribuição. Qualquer plano distributivo será perturbado por doações e trocas livres. Todavia, isso não ocorre, como pensar que se obtêm os mesmos resultados tanto em situações em que existem diferentes direitos como em situações em que eles não existem? (NOZICK, 1991). Todavia, Rawls não está afirmando poderem ser as pessoas privadas de seus pertences, o que Rawls justifica é a distribuição dos bens ainda por adquirir ou produzir.

A outra objeção, a objeção prática, refere-se ao entendimento de Nozick de que a teoria como postulada por Rawls provocará a interferência estatal na vida das pessoas, pois nenhum ideal postulado como Rawls postulou, pode ser efetivado sem que haja interferência contínua na vida das pessoas. Pois, caso as pessoas ajam de modo diverso do estatuído na estrutura ideal, poderá fazer com que tal padrão seja alterado. Ou seja, para que o padrão seja mantido é necessária a interferência contínua com vista à fiel consecução desse padrão.

Todavia, o Estado defendido por Rawls não interferiria continuamente na vida das pessoas, o que acontecerá serão incursões fiscais previsíveis, de acordo com o império da lei. Deste modo, percebe-se claramente uma réplica de Rawls a essa objeção de Nozick, ao afirmar que:

Os impostos e as restrições são, em princípio, previsíveis e os bens são adquiridos sabendo-se que serão feitas certas correções. A objeção de que o princípio da diferença impõe uma interferência contínua e caprichosa nas transações privadas baseia-se num mal-entendido. (RAWLS *apud* KUKATHAS; PETIT, 2005, p. 108).

Logo, percebe-se a inconsistência das objeções apresentadas por Nozick a Rawls, argumentos os quais podemos afirmar como sendo de qualidade variável, todavia, tendo alguns fortes, como alguns dos elencados anteriormente. Nozick não fornece uma argumentação positiva a favor de sua noção de justiça, que atribui direitos a determinadas coisas com base naquilo que originalmente se adquire ou que se recebe por meio de troca legítima, doação.

Ademais, Nozick é acusado por alguns estudiosos de não ter fornecido uma argumentação razoavelmente boa para convencer alguma pessoa da posição libertária, a menos que tal pessoa já estivesse convencida por ela antes de ler sua obra. Mesmo não tendo oferecido boas razões para justificar a importância fundamental dos direitos de propriedade para a justiça e a liberdade, Nozick ainda não foi superado por nenhum outro autor libertário, ademais, é de se concordar com Bobbio quando este afirma que “a teoria de Nozick põe mais problemas do que é capaz de resolver.” (BOBBIO, 2000, p. 91).

3.8 A análise ética de Amartya Sen sobre a igualdade na atualidade

Amartya Sen¹⁰⁶ inicia seu posicionamento apresentando as duas questões centrais sobre a análise ética da igualdade: por que a igualdade e igualdade de quê? Perguntas distintas, todavia interdependentes. Não há como responder à primeira pergunta sem responder à segunda, assim como não há como resolver a segunda isoladamente sem se responder à primeira. (SEN, 2001, p. 43).

A despeito das várias teses sobre o igualitarismo, não há uma característica unificadora acerca do mesmo.

¹⁰⁶ Amartya Kumar Sen nasceu em Santiniketan, Índia, em 1933. Estudou na escola Visva-Bharati, fundada pelo poeta Rabindranath Tagore, por quem foi intelectualmente influenciado. Foi professor em importantes centros de ensino e pesquisa em economia, tais como a Delhi School of Economics e a London School of Economics. Em Harvard, lecionou Economia e Filosofia por uma década. Desde 1998 é *Master* do Trinity College (Cambridge University), onde, em 1959, recebeu seu Ph.D. Seus programas têm influenciado substantivamente análises e programas de organismos da ONU e do Banco Mundial. Colaborou na criação do *Índice de Desenvolvimento Humano*. Recebeu em 1998 o Prêmio Nobel de Economia, por suas contribuições à economia do bem-estar.

Querer a igualdade de alguma coisa – algo visto como importante – é, sem dúvida uma semelhança de algum tipo, mas esta semelhança não coloca os grupos combatentes do mesmo lado. Só mostra que a batalha não é, num sentido importante, sobre “por que a igualdade?”, mas sobre “igualdade de quê?”. (SEN, 2001, p. 47).

Assim, mesmo com tantas teorias substantivas diferentes, a ausência da igualdade de algo faria qualquer teoria ser arbitrariamente discriminatória e difícil de ser entendida. O raciocínio ético, especialmente sobre ordenamentos sociais, tem de ser plausível ao ponto de vista dos demais membros da comunidade.

Isso se deve pelo fato de os seres humanos serem diferentes uns dos outros de modos distintos, de modo externo e circunstancial, além das diferenças nos ambientes natural e social. Portanto, uma pessoa capacitada [*disabled*] não pode realizar funcionamentos [*function*] do modo que uma pessoa com “corpo hábil” [*able-bodied*] pode, ainda que ambas tenham exatamente a mesma renda. (SEN, 2001, p. 51). Destarte, “a aceitação da pluralidade de espaços em que a igualdade pode ser avaliada pode levantar algumas dúvidas sobre o conteúdo da idéia de igualdade.” (SEN, 2001, p. 54).

São também variáveis as relações entre *bens primários* e as *liberdades*. O exemplo apresentado por Sen para ilustrar a situação é a circunstância de uma mulher grávida, que possui menos liberdade para buscar suas metas do que um homem sem tal incumbência.

Assim, a posição de uma pessoa num determinado ordenamento social deve ser analisada à luz da realização de fato conseguida¹⁰⁷ e a liberdade para realizar. A realização refere-se àquilo que realmente conseguimos realizar e a liberdade para realizar a oportunidade real, efetiva para concretização daquilo que se valoriza.

Deste modo, há que se analisar o que deve ser distribuído, o que é de interesse da justiça distributiva. Entende-se que, entre outros elementos, considera-se como de interesse da justiça distributiva no Estado Democrático de Direito a “distribuição” do acesso à justiça. Rawls discorrendo sobre o princípio da igualdade salienta que: “As liberdades fundamentais, isto é, os direitos políticos principais, a liberdade de consciência e de pensamento, os direitos civis básicos e demais, todos eles devem ser iguais em virtude do primeiro princípio.” (RAWLS, 1986, p. 61).

¹⁰⁷ Muitos consideram a realização como os prazeres obtidos ou os desejos satisfeitos, outros como as rendas ganhas ou consumos usufruídos, ou por intermédio da medida da qualidade de vida.

Destarte, considerando o conceito de cidadania elaborado por T. H. Marshall, sendo esse dividido em três partes: civil, política e social, sendo o elemento civil composto pelos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento, fé, direito à justiça, há que se considerar o direito à justiça como um direito decorrente do princípio da igualdade e que é objeto de distribuição por parte do Estado; o que será analisado no próximo capítulo.

4 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESIGUALDADE SOCIAL

Transferindo os objetivos da discussão para a realidade de nosso país, considerando-se a distribuição da justiça no aspecto material como um dos itens da distribuição estatal, há de se salientar os aspectos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Entende-se como acesso material à justiça a efetividade de uma justiça democrática, justa, que represente não somente algumas classes, mas a todos indistintamente, ou seja, a justiça de uma sociedade inclusiva, que rompa com todos os postulados ideológicos de um direito utilitário, que tenha a democracia como sustentáculo, democracia essa ligada à idéia de liberdade. (BURDEAU, 1960).

Mantendo as marcas da sociedade colonial escravista, aquilo que alguns estudiosos denominam de “cultura senhorial”, a sociedade brasileira é marcada por uma estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos, ou seja, nela todas as relações sociais e intersubjetivas são realizadas como uma relação entre um superior que determina e um subalterno que obedece. Nestes termos, o outro nunca é reconhecido como um sujeito de direitos nem como sujeito, jamais sendo reconhecido como subjetividade ou alteridade. (CHAUI, 2004).

Assim, antes de se afirmar ser o problema da consolidação da democracia, da efetivação do acesso material à justiça como um direito universal, originado pela condição de participante do processo político, um problema somente de administração da justiça, há que se afirmar ser esse um problema jurídico e social, de interesse principalmente da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, a Sociologia do Direito só se constituiu em ciência social, de acordo com a acepção moderna do termo, ou seja, um ramo especializado da Sociologia Geral, após a Segunda Guerra Mundial. Após esse momento, por intermédio do uso de técnicas e métodos de investigação empírica e também por intermédio da teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a Sociologia do Direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objeto teórico específico, ou seja, autônomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à Filosofia do Direito. Todavia, antes deste momento, foi

grande e rica a produção científica tendo um viés sociológico. (SANTOS, 1999, p. 141). Ademais, SANTOS salienta que:

[...] a Sociologia do Direito é, sem dúvida, de todos os ramos da sociologia aquele em que o peso dos precursores, das suas orientações teóricas, das suas preferências de investigação, das suas criações conceptuais, mais fortemente se tem feito sentir. (SANTOS, 1999, p. 141).

Ou seja, isso não é de surpreender, tendo em vista, principalmente, o fato de, ao contrário de outros ramos da Sociologia, a Sociologia do Direito se ocupar do fenómeno social, o Direito, sobre o qual “incidem séculos de produção intelectual cristalizada na idade moderna em disciplinas como a Filosofia do Direito, a Dogmática jurídica e a História do Direito”. (SANTOS, 1999, p. 141).

Logo, compreender a realidade social e jurídica de um determinado povo é compreender e analisar sua história, a qual fornecerá elementos para um entendimento seguro e verídico acerca de uma realidade, visto ser a sociedade atual o reflexo de vários atos pretéritos. No Brasil, é cediço que a tradição jurídica constitucional durante muito tempo esteve alicerçada sob um acesso formal à justiça, por intermédio do acesso ao Poder Judiciário por si só, sem se considerar os resultados sociais e distributivos do acesso à justiça, desconsiderando a necessidade e a condição de ter o Poder Judiciário uma função social de relevância no Estado Democrático.

Sociedade de disparidades sociais, em que muitos vivem em palacetes e outros em barracos em favelas, cotidianamente sujeitos a diversas mazelas, percebendo o Estado como um meio de exploração, como um instituto omisso. Esses excluídos, *párias sociais*, não conhecendo a atuação estatal, a não ser quando a polícia sobe os morros, presenciando tiroteios, mortes, e o próprio medo da população, medo do crime e medo do Estado, em algumas situações, tendo que se render aos favores dos mantenedores do crime, os quais cumprem, muitas vezes, a função estatal, fornecendo remédios aos necessitados, víveres para aqueles que não conseguem se manter de modo digno, não concretizando a efetivação dos direitos fundamentais, em que pese a sua positivação constitucional, além do fato de o acesso aos bens distribuídos pelo Estado ter sido, em geral, associado a um forte componente patrimonialista e corporativista, estando a classe dominante, por intermédio da influência de seu poder, impune perante a lei. (SORJ, 2004).

Estruturadas através de relações privadas, tendo como fundamento o mando e a obediência, “disso decorre a recusa tácita (e às vezes explícita) de operar com os direitos civis e a dificuldade para lutar por direitos substantivos e, portanto, contra formas de opressão social e econômica”. (CHAUI, 2004, p. 90). Nestes moldes, ainda de acordo com CHAUI:

[...] para os grandes, a lei é privilégio; para as camadas populares, repressão. Por esse motivo, as leis são necessariamente abstratas e aparecem como inócuas, inúteis ou incompreensíveis, feitas para ser transgredidas e não para ser cumpridas nem, muito menos, transformadas. (CHAUI, 2004, p. 90).

Destarte, percebe-se na história brasileira a indistinção entre o público e o privado,¹⁰⁸ ou seja, o Estado é um bem de poucos, estando a grande maioria dos cidadãos alijada do processo político. Trazendo a teoria de Rawls para o debate, afirma-se que essa maioria não participa do processo deliberativo da posição original, assistindo a tudo passivamente, enxergando as ações estatais como favores prestados aos mesmos, nunca compreendendo o Estado como um todo do qual esses indivíduos são partes fundantes. A justiça concretizada não é uma realidade, o Judiciário desperta medo, tendo em vista ser a seara exclusiva dos letrados ou doutores, secreto e incompreensível. (CHAUI, 2004, p. 94).¹⁰⁹

Mas para que democracia e direito se materializem, ou seja, para que o direito possa ser exercido democraticamente deve estar assentado numa cultura democrática, sendo tais condições, nos dizeres de Santos (2007), muito difíceis em

¹⁰⁸ Determinada pela doação, pelo arrendamento ou pela compra de terras da Coroa, que, não dispondo de recursos para enfrentar sozinha a tarefa colonizadora, deixou-a nas mãos dos particulares, que, embora sob o comando legal do monarca e sob o monopólio econômico da metrópole, dirigiam senhorialmente seus domínios e dividiam a autoridade administrativa com o estamento burocrático. Essa partilha do poder torna-se, no Brasil, não uma ausência do Estado (ou uma falta de Estado), nem, como imaginou a ideologia da “identidade nacional”, um excesso de Estado para preencher o vazio deixado por uma classe dominante inepta e classes populares atrasadas ou alienadas, mas é a forma mesma de realização da política e de organização do aparelho do Estado em que os governantes e parlamentares “reinam” ou, para usar a expressão de Faoro, são “donos do poder”, mantendo com os cidadãos relações pessoais de favor, clientela e tutela, e praticam a corrupção sobre os fundos públicos. (CHAUI, 2000, p. 91).

¹⁰⁹ Interessante frisar o fato de haver no Brasil um direito paralelo ao Estado, enquanto que, por outro lado, há a construção de um direito paralelo ao Estado, Boaventura de Sousa Santos na obra *O discurso e o poder*, a qual resultou de seus estudos e pesquisa em uma favela carioca, à qual ele denominou ficticiamente de Pasárgada, afirma a existência de um direito paralelo ao estatal ali presente, denominando-o, assim, de Direito de Pasárgada (direito retórico, o qual faz grande uso de *topoi*, mediador). (SANTOS, 1988).

decorrência de duas razões: uma em relação à distância que separa os direitos formalmente concedidos das práticas sociais que impunemente os violam; de outro lado, devido ao fato de as vítimas de tais práticas, longe de se limitarem a chorar na exclusão, reclamam serem, individualmente e coletivamente, ouvidos. “A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia”. (SANTOS, 2007, p. 10).

Sendo frustradas as expectativas, resta ao cidadão a busca pela concretização do seu direito no Poder Judiciário, o qual tem um papel no Estado Democrático de Direito muito além de mero aplicador da “lei seca”,¹¹⁰ de mero intérprete, um papel de garantidor, de distribuidor dos direitos, direitos da maioria, da minoria, mas além disso, dos direitos individuais, sem os quais não há que se falar em cidadania, em dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente em Estado Democrático de Direito, além de ser esse Poder um meio importante como parte das estratégias de superação do subdesenvolvimento.

Por conseguinte, uma das parcelas distributivas estatais é o acesso à justiça, o qual deve ser democrático; tal distribuição se faz ainda mais relevante levando-se em consideração a realidade brasileira e as particularidades de cada pessoa que busca amparo no Poder Judiciário.

A participação do Judiciário se faz ainda mais importante na realidade brasileira, haja vista a necessidade de se garantir direitos sociais que não são distribuídos satisfatoriamente pelo Estado, o qual não cumpre efetivamente prestações distributivas como acesso à educação, saúde, segurança, mínimos necessários para que se possa falar em princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, tendo em vista a consecução do primeiro e segundo princípios rawlsianos, há que se analisar a realidade da ação distributiva estatal brasileira por parte do acesso à justiça.

¹¹⁰ Em relação à atuação contemporânea do Poder Judiciário, SANTOS (2007) referindo-se à corte norte-americana cita o chamado *Warren Court* (o Tribunal Supremo que de 1953 a 1969 foi presidido pelo *Chief Justice*, Earl Warren) que, nos anos de 1960, foi um baluarte da luta contra o racismo ao atender as reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos civis. Era uma luta de muitas décadas e até de séculos, e o sistema judicial de então deu uma mensagem extremamente progressista a toda a sociedade.

4.1 Esboço histórico do acesso à justiça e do constitucionalismo brasileiro: o caminho do Estado Democrático de Direito

Mesmo que de forma restrita, limitados à garantia de defensor dos pobres, os temas relacionados ao acesso à Justiça estão presentes desde a Antiguidade Clássica. Em Atenas, dez advogados eram nomeados anualmente para fazerem a defesa dos despossuídos. Em Roma, primeiramente por obra do Imperador Constantino¹¹¹ (288-337) e depois inserida na legislação de Justiniano¹¹² (483-565), o Estado era incumbido de dar advogado a quem não possuísse meios para constituir patrono. (CESAR, 2002).

Na Idade Média, imbuídos do espírito de caridade pregado pela doutrina católica, diversos países mantiveram programas de assistência legal aos pobres, através do qual era imposto ao advogado o dever de defesa, sem que recebessem honorários, como também aos juízes cabia o dever de julgar, também sem a cobrança de custas. Na França, durante o reinado de Luiz IX (1214-1270), mais tarde canonizado pela Igreja Católica como São Luiz, foi determinado o patrocínio gratuito aos pobres, desafortunados. Carlos IV (1316-1378) ordenou que “todos os advogados e procuradores, na sede dos tribunais, ajudassem, gratuitamente, com seus ministérios, os pobres que tivessem, aí, qualquer processo.” (MORAES; SILVA, 1984, p. 65).

Naquele mesmo século, os Estados Sardos (Sardenha, Piemonte, Sabóia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova) instituíram uma organização oficial para que fosse prestada assistência judiciária, regulamentada por Amadeu VIII em 1477, para “instituir-se, junto a cada jurisdição, um advogado e um solicitador dos pobres, incumbido de defendê-los e fiscalizar as prisões, sendo pagos pelo Estado e considerados funcionários públicos”. (CESAR, 2002, p. 53).

¹¹¹ O primeiro imperador cristão de Roma, Constantino, passou à história por ter adotado o cristianismo como religião oficial do império e por ter transferido a capital para Constantinopla (Bizâncio), cidade a cuja construção deu início. Flávio Valério Aurélio Cláudio Constantino nasceu em Naísso, mais tarde Nis, em 27 de fevereiro, provavelmente após o ano. (ENCICLOPÉDIA BRITANNICA, 2002).

¹¹² O governo de Justiniano I caracterizou-se pelo florescimento cultural e, sobretudo, pela codificação do direito romano. Flávio Pedro Sabácio Justiniano nasceu em Tauresium, Dardânia, perto da atual cidade macedônia de Skopje, no ano 483. Sobrinho de Justino I, recebeu educação esmerada. Em 527 recebeu o título de augusto e, com a morte do tio, no mesmo ano, foi coroado imperador. (ENCICLOPÉDIA BRITANNICA, 2002).

Na Espanha, os reis católicos Isabel e Fernando, ordenaram que todos os prisioneiros pobres fossem assistidos por advogados que recebiam honorários dos cofres públicos. Em Portugal, com a separação do antigo Condado Portucalense da Espanha, ocorrida no ano de 1440, continuou a vigorar o direito castelhano, sendo adotadas as *Siete Partidas*,¹¹³ as quais foram traduzidas para o português por ordem de D. Diniz e serviram de base para as Ordenações do Reino (Afonsinas – 1446, Manuelinas – 1521 e Filipinas – 1603), trazendo a Lei I do Título III da terceira Partida que respondia perante o próprio rei “o pleito em que demandasse órfão ou alguém muito pobre, contra algum poderoso, de que não pudesse também alcançar direito pelo foro da terra”. (MORAES; SILVA, 1984, p. 66).¹¹⁴

Do mesmo modo, as *Ordenações Filipinas*, as quais vigoraram no Brasil até o ano de 1916, quando entrou em vigor o *Código Civil*, estabeleciam mecanismos de acesso aos Tribunais àquelas pessoas pobres, conforme se depreende do parágrafo dez do Título 84 do Livro III desse código, o qual traz que:

Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pagar (indenizar) o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster¹¹⁵ pela alma do Rei Dom Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo. (MORAES, 1988, p. 233).¹¹⁶

Tendo como fundamento a caridade cristã, foram estabelecidas na Inglaterra durante o reinado de Henrique VII (1457-1509), as *acciones in forma pauperis*, por intermédio das quais:

[...] toda pessoa que tiver motivo de ação judicial poderá, de acordo com a natureza de seu caso, gozar do favor de não pagar o selo e escrita da mesma; e aos juízes cumpre então nomear o advogado e o procurador que,

¹¹³ As *Siete Partidas* (Sete Partidas) ou simplesmente Partidas, era um código jurídico castelhano primeiramente compilado durante o reinado de Afonso X de Castela (1252-1284), com o objetivo de estabelecer um corpo uniforme de normas jurídicas para o reino. O texto codificado e compilado foi chamado originalmente de *Libro de las Leyes* (Livro das Leis), o que permaneceu até o século quatorze, quando então foi dada a presente denominação ao mesmo, *Siete Partidas*, em decorrência do número de seções nas quais o mesmo se divide.

¹¹⁴ “o pleyto que demandasse huerfano, o one muy cuytado, contra algud poderoso, de que no podiesse también alcançar derecho por el fuero de tierra.”

¹¹⁵ Referência ao “Pai Nosso”, oração católica.

¹¹⁶ “Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde paga o agravo, e dizendo na audiência uma vez o *Pater Noster* pela alma de del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo.”

conjuntamente com os demais oficiais do Juízo, funcionarão gratuitamente. (MORAES; SILVA, 1984, p. 68).

Como também nos primórdios dos Estados Unidos da América, o *Livro das Leis e Liberdades Gerais* do Estado de Massachussets, publicado no ano de 1648, estabeleceu um plano de assistência judiciária aos pobres, nos mesmos moldes do sistema inglês vigente à época. Todavia, foi por intermédio das revoluções burguesas do século dezoito, que se positivou, através da *Declaração de Direitos do Estado de Virgínia* (EUA), em 1776, e da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* da Revolução Francesa de 1789, o princípio de Direito Natural de que todas as pessoas são iguais perante a lei, fundamento de assistência judiciária pública, alçada a dever do Estado, e que levou diversos países como Holanda, Áustria e Bélgica, nos anos de 1814, 1815 e 1824, respectivamente, a editarem normas processuais de assistência judiciária aos pobres, sistema denominado *Pro Deo*. Tendo a França, em 1851, ao editar o *Code de L'Assistance Judiciaire*, legando o termo a outros ordenamentos jurídicos. (CESAR, 2002, p. 54).

Todavia, apesar de estar positivado, é importante salientar que esses institutos além de insuficientes, eram ineficientes, já que os serviços eram prestados na maioria das vezes por advogados particulares, sem qualquer remuneração, de forma caritativa (*munus honorificum*), o que gerava desinteresse do mesmo em relação à causa, visto não terem nenhuma perspectiva de receberem valor algum pelo serviço. Além do que, com a ideologia liberal da época, havia apenas um acesso formal àqueles que tivessem condições de arcar com as despesas processuais, tendo em vista que o sistema *laissez faire, laissez-passez* garantia a possibilidade e não a efetividade de acesso, ou seja, há a possibilidade, mas o indivíduo terá que arcar com essa.

No início do século vinte, foram frequentes na Áustria e na Alemanha as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da justiça, tendo sido várias as tentativas para a minimizar, tanto por parte do Estado, como por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis. (SANTOS, 1994). Nestes moldes, Boaventura de Sousa Santos salienta que:

Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria

a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. (SANTOS, 1994, p. 146).

No Brasil, historicamente, a prestação judicial, representada pelo Poder Judiciário, está presente na vida nacional desde a primeira constituição, outorgada por D. Pedro I em 1824,¹¹⁷ a *Constituição Política do Império do Brasil* de 25.3.1824, a qual trazia no seu título sexto, capítulo único, a estrutura do Poder Judicial,¹¹⁸ demonstrando ser o Poder Judicial independente e composto de juízes e jurados¹¹⁹, cíveis e criminais, sendo os juízes perpétuos e passíveis de remoção dentro dos critérios legais.¹²⁰

Art. 151. O Poder Judicial independente será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.

[...]

Art. 153. Os juízes de direito serão perpétuos, o que, todavia, não se entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo, e maneira, que a lei determinar.

Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis que lhes são concernentes serão remetidos à Relação do respectivo Distrito para proceder na forma da lei. (BRASIL, 1824, versão nossa).¹²¹

Todavia, o Imperador, o qual também estava investido do Poder Moderador (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 96), conforme formulação quadripartita de Benjamin Constant, poderia suspender os juízes caso houvesse queixas contra os mesmos, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado, conforme se depreende da leitura do artigo 154 da Constituição de 1824. O que demonstra não ter o Poder Judiciário escapado da

¹¹⁷ Apesar das críticas contundentes recebidas, acabou por ser assimilada por imposição.

¹¹⁸ Expressão utilizada pela Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.

¹¹⁹ A figura do Tribunal do Júri teve sua origem na Lei de 18 de junho de 1822, sobre os crimes de imprensa, tendo sido estendido para os demais crimes com o Código Criminal. (CASTRO, 2007, p. 363).

¹²⁰ Conforme artigos 151 e 153 da Constituição do Império.

¹²¹ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar. Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórmula da Lei.

profunda interferência do Poder Executivo/Moderador nos outros poderes, Legislativo e Executivo,¹²² e sendo esse Poder Judiciário garantidor dos interesses das elites imperiais.

Para que se possa considerar o Poder Judiciário como poder independente, há que se conferir ao mesmo garantias constitucionais, como a independência orçamentária, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, o que não estava garantido pela Carta de 1824.

Com a queda da Monarquia em 1889, fruto da pressão internacional pelo abolicionismo consequentemente gerando o descontentamento da elite brasileira, e o surgimento da República, idéia esta que não era objetivo da maioria da população brasileira, do contrário, seu estabelecimento surpreendeu toda a população,¹²³ houve a necessidade de se instituir uma outra constituição, o que efetivamente ocorre no ano de 1891 com promulgação da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 24.2.1891.

Positivada a clássica estrutura tripartida de repartição de poderes com Legislativo, Executivo e Judiciário, o Judiciário é estabelecido baseado no sistema dualista, trazendo a estrutura federal baseada no artigo 55 que estabelecia que “O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.” (BRASIL, 1891), sendo os juízes federais vitalícios, perdendo “o cargo unicamente por sentença judicial” (BRASIL, 1891) por força do artigo 57, e a estrutura estadual, com atribuições próprias. De acordo com o artigo 61:

¹²² Há de se salientar a criação do Código Criminal de 1830 por influência da ênfase dada pelo Imperador em 1827 para que se elaborasse com urgência um Código Criminal para o Império, sendo, já no ano seguinte, composta uma Comissão Bicameral com o objetivo da feitura do Código. Concluído, o Código composto por 313 artigos, foi dividido em parte geral e parte especial, sendo nele prevista a pena de morte, a qual se daria na forca. (art. 38), sendo a pena, depois de se tornar irrevogável a sentença, executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se faria na véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional. (art. 39). De acordo com o ritual, o réu vestido ordinário, conduzido pelas ruas mais públicas até a forca, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu escrivão, e da força militar que se requisitar. Ao acompanhamento precederá o porteiro, lendo em voz alta a sentença que se for executar. (art. 40). Após a morte, os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes ou amigos, se os pedirem aos juízes que presidirem à execução; mas não poderão enterrá-los com pompa, sob pena de prisão de um mês a um ano. (art. 42). (CASTRO, 2007, p. 373).

¹²³ [...] o povo, que pelo ideário republicano deveria ter sido protagonista dos acontecimentos, assistira a tudo bestializado, sem compreender o que se passava, julgando ver talvez uma parada militar. (CARVALHO, 2004, p. 9).

Art 61 - As decisões dos Juizes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a: 1^o) *habeas corpus*, ou

2^o) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Art 62 - As Justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição. (BRASIL, 1891).

Constituída pelo texto da constituição norte-americana completado com algumas disposições das constituições suíça e argentina, faltando-lhe vinculação com a realidade do país, a Constituição de 1891, não tendo eficácia social, não fora cumprida. Conflitos de poderes surgiram, o sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central, fortalecendo os poderes regionais, não podendo se manter o governo federal sem que se rendesse aos interesses dos grupos de interesses regionais. (SILVA, 2003).

Tal situação refletiu na doutrina política de Campos Sales, o qual formulou a doutrina de que política e ação devem ser privilégios de uma minoria. Assim, com o fortalecimento o poder dos governadores foi fortalecido, salientando que tal poder, por sua vez, sustentava-se no coronelismo, fenômeno o qual de acordo com CARONE (1969), tem leis próprias e “[...] funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações. Esta interdependência é fundamental: o coronel é aquele que protege, socorre, homizia e sustenta materialmente os seus agregados; [...]”. (CARONE, 1969, p. 103).

Nestes moldes, após o início do século vinte, a situação brasileira era a do poder dos grandes latifundiários, com os Estados de Minas Gerais e São Paulo dominando o cenário político com a chamada “política do café com leite”, com alternância no poder de paulistas (café) e mineiros (leite). A Primeira Guerra Mundial desestabilizou o Estado brasileiro, visto que a economia do Estado à época ser totalmente dependente do mercado externo.¹²⁴

¹²⁴ Um exemplo do poder dos latifundiários na sociedade de então foi o chamado Convênio de Taubaté (1906), através do qual o governo compraria toda a produção excedente de café que não

Todavia, com o descumprimento do pacto por parte do Estado paulista, visto o presidente Washington Luís (paulista), o qual deveria indicar e apoiar um mineiro, ter indicado outro paulista, Júlio Prestes, ensejando, destarte, uma revolução contra o Estado de São Paulo, tendo como opositores a aliança formada por Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba. Vencendo as forças aliadas, subiu ao poder o gaúcho Getúlio Vargas.¹²⁵ Após o governo provisório (1930 a 1934), Vargas promulga em 1934 uma nova constituição, a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1934, a qual trazia uma estrutura diferente em relação ao Poder Judiciário, desta vez com algumas novidades, principalmente com a constitucionalização de juízes e tribunais militares e eleitorais:

Art. 63 - São órgãos do Poder Judiciário:

- a) a Corte Suprema;
- b) os Juízes e Tribunais federais;
- c) os Juízes e Tribunais militares;
- d) os Juízes e Tribunais eleitorais. (BRASIL, 1934).

Não sendo tão bem estruturada como a constituição anterior, a constituição de 1934, todavia, trouxera conteúdo novo, sendo um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo. Da constituição anterior manteve os princípios formais fundamentais, como a república, a federação, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo. Inovando, a Constituição de 1934 ampliou os poderes da União, admitiu o voto feminino, apesar de ainda nada trazer em relação aos objetivos de se construir uma sociedade justa, equânime, a qual tenha por objetivo a persecução de uma realidade social mais justa, ou seja, não se preocupando com a distribuição justa da justiça, o que também não estava presente nas constituições anteriores (1824 e 1891), imbuídas que estavam dos postulados do liberalismo, mesmo estando positivada na mesma uma seção intitulada *Declaração de Direitos*, a qual trazia entre outros:

fosse vendida, podendo inclusive, queimá-la, para que o preço do mesmo se mantivesse num patamar favorável aos interesses da elite.

¹²⁵ Assumiu, após o assassinato do líder dos aliados, o paraibano João Pessoa. Assim, Getúlio ostentou a chefia do Governo Provisório e pelo decreto n.º 19.398 do mês de novembro, ficaram definidas as atribuições do novo governo – poderes discricionários. (CASTRO, 2007, p. 442-443).

SEÇÃO II

Declaração de Direitos

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. (BRASIL, 1934).

As ideologias que se difundiram no mundo no pós-guerra de 1918 já estavam adentrando no Brasil, estando os partidos políticos assumindo posição em face da problemática ideológica vigente. Com a proximidade do término do mandato de Vargas, após a arquitetura do seu golpe para a instituição do Estado Novo, Vargas dá ciência à sociedade do Plano Cohen.¹²⁶ Assim, no dia 10 de novembro, com o alibi de se acabar com as agitações, Vargas fecha o Congresso e apresenta uma nova constituição,¹²⁷ a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* de 10.11.1937.

A Constituição de 1937, garantidora de poderes absolutos nas mãos do Chefe do Executivo, além de também não inovar em relação à efetividade da justiça, praticamente impossibilitou ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei que a juízo do Presidente da República, fosse benéfica aos interesses nacionais. “Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis [...]”, sendo emendada vinte uma vezes. (SILVA,

¹²⁶ Plano supostamente comunista, que tinha por objetivo o assassinato de personalidades a fim de tomar o poder. Parte deste documento forjado chegou a ser divulgado na imprensa para que ficasse claro que o país estaria em perigo e que Vargas e somente ele, seria capaz de salvar o país de ameaça tão nefasta. O Plano Cohen foi forjado nas dependências do Estado-Maior e sua redação demonstra um cuidado muito especial em causar o maior pavor possível na população. Trazendo em alguns trechos que “[...] A violência deve ser planejada, deixando de lado qualquer sentimentalismo não só favorável, aparentemente, ao ideal revolucionário, como também à piedade comum; isso significa que certos indivíduos, por exemplo, devem ser eliminados só pelo fato de serem contrários à nossa revolução [...]”. (CASTRO, 2007, p. 469-470).

¹²⁷ A Constituição de 1937 já estava pronta, tendo sido elaborada pelo futuro Ministro da Justiça no Estado Novo, Francisco Campos. Essa constituição recebeu o epíteto de “Polaca” devido às suas semelhanças com a Carta Polonesa fascista de 1935, recebendo também influência da Constituição Portuguesa de 1933, da italiana fascista *Carta Del Lavoro* e da Castilhistista de 1891.

2003). Dentre um dos institutos constitucionais que explicitam uma ditadura pura, está o artigo 96, o qual traz que:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937).

Como verdadeira afronta aos direitos humanos, a Constituição de 1937, além de extinguir o Senado Federal, trouxe um rol de casos de decretação da pena de morte, ironicamente dentro da seção de *direitos e garantias individuais*:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
 - b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
 - c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
 - d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
 - e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
 - f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade; [...]
- (BRASIL, 1937).

Com a reviravolta ideológica interna ocorrida no início da década de 40, principalmente após a oficialização do apoio brasileiro às potências liberais na Segunda Guerra Mundial, o Estado Novo de características fascistas, os

movimentos no sentido da redemocratização,¹²⁸ a promessa varguista de redemocratização após o término da Guerra, Getúlio Vargas é deposto pelos militares. Caindo, o poder é transferido provisoriamente ao Judiciário. Estava-se na era do incremento dos direitos humanos, haja vista a criação da *Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas* de 1948, fruto dos ideais vencedores na Segunda Guerra Mundial, e da derrota do campo de concentração, do desrespeito aos direitos humanos perpetrados principalmente pela Alemanha nazista e pela Itália fascista, onde milhões de vítimas foram feitas em prol de uma política desumana e irracional operadas pelo *Führer* e pelo *Dulce*.¹²⁹

Deste modo, em 1946 é promulgada uma nova constituição,¹³⁰ a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 18.9.1946, a qual restaurou a autonomia do Poder Judiciário, garantindo a independência e as garantias clássicas dos magistrados. Sendo assegurado a todos o amplo acesso ao Judiciário como um direito individual, salientando a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. (BRASIL, 1946, grifo nosso).

Foi também estabelecido pela Constituição de 1946 o instituto do controle de constitucionalidade, a qual trazia em seu artigo 200 que “só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”. (BRASIL, 1946), incumbindo ao Senado Federal

¹²⁸ Dentre esses, cite-se o *Manifesto dos Mineiros*, divulgado em outubro de 1943 por membros da elite liberal de Minas Gerais, defendendo o fim da ditadura do Estado Novo e a redemocratização do país. Entre seus 92 signatários incluíam-se Virgílio de Melo Franco, Pedro Aleixo, Milton Campos, Artur Bernardes, Afonso Arinos de Melo Franco, Adauto Lúcio Cardoso, Adolfo Bergamini, Afonso Pena Jr., Alair Prata, Bilac Pinto, Daniel de Carvalho, José de Magalhães Pinto, Mário Brant e Odilon Braga. (FGV, 2008).

¹²⁹ Referências aos ditadores alemão Adolf Hitler e ao italiano Benito Mussolini.

¹³⁰ Restabeleceu o Senado Federal; possibilitou a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito no âmbito do Poder Legislativo.

“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, (BRASIL, 1964) conforme previsto no artigo 64.

Todavia, a ordem democrática trazia em si a chama do regime de exceção, sendo o período denominado por alguns historiadores como “experiência democrática” uma “fornalha prestes a explodir”. A ditadura varguista desarticulou o movimento operário, o qual havia ganhado visibilidade desde o início do século. Com o início do governo Dutra, esses operários viram a possibilidade de solucionarem seus problemas de sobrevivência e salarial, o qual estava congelado desde o ano de 1943, desrespeitando a legislação trabalhista, incluindo a própria CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*. Ademais, a Assembléia Constituinte serviu-se para sua formação das constituições de 1891 e 1934, voltando, assim, às fontes formais do passado, as quais nem sempre estiveram conformes à história real, nascendo, conforme José Afonso da Silva, “de costas para o futuro”. (SILVA, 2003, p. 85). Nos primeiros anos do governo de Dutra várias greves¹³¹ ocorreram e a resposta do governo foi violenta, sendo fechados 143 sindicatos. Assim, havia à época:

De um lado o operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros e periferias das cidades; de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma um barril social de pólvora. (CASTRO, 2007, p. 525).

A Guerra Fria iniciada após o término da Segunda Guerra polarizou o mundo entre o capitalismo, liderado pelos Estados Unidos da América (EUA), e o socialismo, tendo como representante a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (ex-URSS). Por conseguinte, EUA e URSS tentavam trazer às suas zonas de influência o maior número possível de países. Neste clima, um período de frágil democracia permaneceu até o ano de 1964, quando então os militares tomam o poder, governando por intermédio de um regime de exceção que durou até o ano de 1985, por intermédio do qual todos os direitos foram sufocados, o Poder

¹³¹ O direito de greve, previsto no artigo 158 da Constituição de 1946 foi restringido pelo Decreto 9.070.

Judiciário e sua estrutura tornou-se uma instituição simplesmente formal e incapaz de lutar pela liberdade.

De acordo com Carvalho (2007) os governos militares podem ser divididos em três fases: a primeira de 1964 a 1968, período que corresponde aos governos de Castelo Branco e Costa e Silva, a qual se caracteriza por sinais de repressão seguida por uma fase de abrandamento. A segunda fase inicia-se em 1968 e termina em 1974, período mais sombrio para a história do país no que tange aos direitos civis e políticos, com o governo dos militares mais atroz, sendo, entretanto, um período de considerável crescimento econômico. A terceira fase começa em 1974 e termina em 1985 com a eleição indireta de Tancredo Neves, nessa fase os direitos são gradualmente devolvidos à sociedade.

Inicialmente há que salientar como afronta aos direitos humanos durante o Regime Militar os chamados Inquéritos Policiais Militares (IPMs),¹³² comissões presididas por coronéis do Exército que tinham por objetivo prender e condenar opositores, perseguindo-os implacavelmente, tendo a ameaça comunista como álibi para a repressão, suspeitas de envolvimento em atividade subversiva poderia custar os direitos políticos ou até mesmo a liberdade do acusado.

Dentre outras medidas tomadas inicialmente pelos militares está a reformulação do Poder Judiciário, com o aumento do número de juizes para que assim pudessem ser nomeados partidários do governo. Todavia, as mais radicais de todas se consubstanciam nos Atos Institucionais (AIs), sendo o Ato Institucional n.º 5 (AI-5) de 1968¹³³ o mais radical de todos, atingindo direitos políticos e civis, fechando o Congresso, sendo suspenso o *habeas corpus* para crimes políticos, passando Costa e Silva a governar ditatorialmente. (CARVALHO, 2007).

Assim, a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 incorporou em seu texto todos os AIs. Para criar um falso imaginário de democracia, os militares admitiram ao lado da Aliança Renovadora Nacional (Arena), partido de situação, o partido de oposição, Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o qual não detinha poder efetivo perante a realidade política brasileira, sendo apenas instrumento para se manter a falsa

¹³² Sobre os IPMs durante o Regime Militar no Brasil ver BRASIL: nunca mais, (1985), p. 173-176.

¹³³ Há que salientar o clima de contestação social que emergiu mundialmente no ano de 1968, sendo esse um ano de mobilizações no Brasil, tendo diversos estudantes saído às ruas para protestarem contra o governo. Numa manifestação pelo retorno da democracia, foi morto o estudante Edson Luís, tornando-se, assim, símbolo da luta pela liberdade.

imagem de legitimidade democrática do regime, não restando aos seus membros outra realidade que não fosse promover uma tentativa de oposição, obviamente que em vão, tendo em vista o fato de serem as eleições totalmente camufladas e fraudadas, apesar de que à época houve um aumento considerável de eleitores. Conforme cita José Murilo de Carvalho:

A tendência iniciada em 1945 não foi interrompida, foi acelerada. Em 1960, nas eleições presidenciais, votaram 12,5 milhões de eleitores; nas eleições senatoriais de 1970 votaram 22,4 milhões; nas de 1982, 48,7 milhões; nas de 1986, 65,6 milhões. Em 1960, a parcela da população que votava era de 18%; em 1986, era de 47%, um crescimento impressionante de 161%. (CARVALHO, 2007, p. 167).

Infelizmente, enquanto havia crescimento nos índices de eleitores, a desigualdade social aumentava consideravelmente, Carvalho (2007) mostra que em 1960 os 10% mais ricos detinham 39,6% da renda, ao passo que em 1980 sua participação subira para 50,9%, todavia esse aumento da desigualdade não era evidente à sociedade da época. Estrategicamente, os militares investiram na expansão dos direitos sociais¹³⁴ e promoveram o enxugamento dos direitos civis e políticos, ou seja, dar-se-ia vantagens típicas de um Estado Social¹³⁵ (*Welfare State*), em compensação, não haveria direitos políticos e civis que pudessem obstruir ou desestruturar a severa ditadura implantada no país.

Em 1978 o AI-5 é revogado, a posse de Ernesto Geisel na presidência da República demonstrou que o processo de redemocratização estava se iniciando. O *habeas corpus* foi restabelecido, e abolido em 1979 o bipartidarismo forçado, desaparecendo Arena e MDB e surgindo outros partidos. O Regime Militar já estava em decadência, decadência essa iniciada com a crise do petróleo, os processos de manifestação contrários ao regime, além da própria pretensão de Geisel em redemocratizar o país, tendo sido o mesmo ligado ao grupo do general Castelo Branco, o qual, de acordo com Carvalho (2007) nunca tivera a intenção de prolongar um controle militar do governo.

Assim, em 1985, já no governo de João Batista de Figueiredo, o qual já anistiara exilados políticos, demonstrando ainda mais veementemente a intenção de

¹³⁴ Dentre os institutos típicos do Estado Social é de se salientar a criação do INPS em 1966 e do FGTS em 1966.

¹³⁵ Sobre as características do Estado Social ver ABENDROTH; FORSTHOFF; DOEHRING (1986).

redemocratização, são lançadas eleições, vencendo o candidato oposicionista Tancredo Neves, chegando-se ao fim o período dos governos militares.

Chegando ao fim, ao se questionar ter sido o Regime Militar um avanço ou um regresso no que tange ao acesso à justiça no Brasil, a questão se apresenta óbvia, o período do terror foi marcado por torturas, privilégios dentro do Poder Judiciário, censura, endividamento externo, crescimento acentuado da desigualdade social, tendo sido o Poder Judiciário humilhado, tendo havido expansão do tráfico de drogas e o surgimento do crime organizado com o direcionamento da polícia para a máquina administrativa.

Obviamente que direitos sociais foram implementados, todavia com o intuito de se manter uma sociedade omissa e conformada com a situação, “Brasil, ame-o ou deixe-o”, este era o jargão de uma política contrária aos postulados democráticos e aos direitos humanos fundamentais, principalmente, o acesso à justiça, a distribuição, promoção da justiça no Brasil. De acordo com a máxima supra, há que se considerá-la um instrumento ideológico com vistas ao silêncio dos indivíduos em troca de prestações positivas do Estado, e de outro lado, sufocando a participação política na sociedade. “Ou seja, a precariedade dos direitos civis lançava sombras ameaçadoras sobre o futuro da cidadania, que, de outro modo, parecia risonho ao final dos governos militares”. (CARVALHO, 2007, p. 195).

Assim, na realidade o que se assistiu em nossa história, desde nosso “descobrimento” ou “achamento” foi o descaso do Estado em relação aos direitos individuais, não sendo a sociedade o objeto de distribuição de justiça por parte do Estado, nessa sociedade uma minoria escreveu seus objetivos e uma maioria serviu de “meio” concretizador dos interesses da elite. Nela, o cidadão,¹³⁶ elemento formador e razão de ser do Estado, individualmente, presenciou uma história de limitação, de sufocamento de seus direitos, mas também, essencialmente, uma história que trazia em si a esperança da construção de um Estado democrático, Estado que, por intermédio da tensão entre a faticidade e a validade de suas normas, pudesse efetivar as mesmas por intermédio de um processo democrático,

¹³⁶ Salienta-se que está-se usando o termo cidadão em referência a todos os indivíduos componentes do Estado e não em relação ao critério adotado pela Ciência Política como aqueles indivíduos que participam ativamente do processo político por intermédio do voto. (capacidade ativa = votar e capacidade passiva = ser votado).

processo que respeitasse os postulados da dignidade humana, e que tivesse como destinatário todos os cidadãos indistintamente.

Além do que, o que se depreende do histórico do acesso à justiça, de acordo com a *Teoria das Ondas de Acesso*¹³⁷ de Cappelletti e Garth é o fato de o mesmo abranger apenas a primeira “onda” do acesso, a qual prevê a efetividade do acesso à assistência judiciária, sem ainda se preocupar em garantir a garantia de acesso de direitos difusos e coletivos e principalmente a concretização de um acesso justo, um acesso democrático, que não exclua, mas sim inclua.

4.2 A Constituição de 1988 e a efetivação do Estado Democrático de Direito

Após vinte e um anos (1964-1985) sufocada por um regime militar antidemocrático, no qual ocorreram torturas, mortes, desrespeito aos direitos humanos e ineficaz acesso à justiça; práticas essas autorizadas pelo Estado brasileiro de então; a ordem jurídica é constitucionalmente alterada e humanizada no ano de 1988. O esforço de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após 1985, sendo a construção efetiva da cidadania um dos aspectos desse esforço. A cidadania elevou-se a um dos esforços para a conquista da felicidade da sociedade. (CARVALHO, 2007, p. 7). Todavia, nos dizeres de José Murilo de Carvalho:

Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. De liberdade, ele foi. A manifestação do pensamento é livre, a ação política e sindical é livre. De participação também. O direito do voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas. Pelo contrário. Já 15 anos passados desde o fim da ditadura, problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos

¹³⁷ Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de *“enfoque de acesso à justiça”* porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p. 31).

serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. (CARVALHO, 2007, p. 7-8).

A consequência dessa situação é que os mecanismos efetivadores e agentes do sistema democrático, como por exemplo, as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, o Poder Judiciário, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos, trazendo problemas para a concretização do ideal proposto pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

Durante os anos 70 viu-se a emergência de movimentos de defesa dos direitos humanos, especialmente dos relativos à vida e à integridade física daqueles que lutavam contra o regime autoritário; a primeira metade dos anos 80 assistiu à reconquista dos direitos de participação política, além das constantes denúncias de violações de direitos fundamentais das camadas populares a partir dos anos 90. (CITTADINO, 2000).

Paulo Bonavides e Paes de Andrade, abordando o aspecto histórico da Constituinte de 1987,¹³⁸ salientam que:

Com efeito, foi ela a primeira Constituinte brasileira que se não originou de uma ruptura anterior das instituições; esta, portanto, a primeira constatação que a mais superficial análise histórica de nosso passado prontamente descobre. Mas é constatação, sem dúvida, apenas aparente, porquanto, se a Carta Magna não foi precedida de um ato da independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligárquica – a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 – como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha

¹³⁸ “A Assembléia Nacional Constituinte começou a se reunir a 1º de fevereiro de 1987. As atenções e as esperanças do país voltaram-se para a elaboração da nova Constituição. Havia um anseio de que ela não só fixasse os direitos dos cidadãos e as instituições básicas do país como resolvesse muitos problemas fora de seu alcance. Os trabalhos da Constituinte foram longos, tendo-se encerrado formalmente a 5 de outubro de 1998 quando foi promulgada a nova Constituição. A inexistência de um projeto inicial que servisse de base às discussões contribuiu para alongar os trabalhos. Embora dessem muitas vezes a impressão de ser caóticos, o fato é que foram debatidas, além de coisas menores, questões centrais da organização do Estado e dos direitos dos cidadãos.” (FAUSTO, 2006, p. 524).

a fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 451).

Assim, alicerçada sob o manto da ideologia liberal e inspirada nos valores democráticos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³⁹ (CRFB/88) é promulgada, trazendo ao país a esperança de que o autoritarismo fosse execrado da vida nacional. A nova Constituição já em seu preâmbulo apresenta a nova roupagem da sociedade brasileira, ao instituir:

[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]. (BRASIL, 2008, p. xvii).

Essa *Constituição Cidadã*¹⁴⁰ traz também em seu artigo primeiro, de maneira inovadora, que: “[...] a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 2008, p. 1),¹⁴¹ tendo o paradigma do Estado Democrático de Direito como objetivo “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social.” (SILVA, 2000).

Além de ter como objetivos fundamentais¹⁴² a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, (BRASIL, 2008, p. 2). Tendo a concepção do Estado

¹³⁹ Constituição que converteu todos os direitos da Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948 em direitos legais no Brasil.

¹⁴⁰ Às 15 horas e 30 minutos do dia 5 de outubro de 1988, foi declarada aberta a sessão solene de promulgação da Constituição. Assim, durante discurso proferido no Congresso Nacional, o deputado Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, qualificou com essa expressão a nova Constituição.

¹⁴¹ Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, cfr. parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição brasileira de 1988. (DIAS, 2003, p. 12).

¹⁴² Pela primeira vez na história constitucional brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado.

Democrático de Direito como fundamentos a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, ou seja, uma sociedade liberal e comprometida com os postulados do liberalismo.

Todavia, embora tão citado nos discursos jurídicos atuais, o liberalismo traz em si um significado ambivalente, sendo um dos lugares-comuns relativos à prática jurídico-política moderna mais conhecidos e poderosos, abarcando em si a potencialidade de sedução dos cidadãos como formalmente iguais, levando-os a acreditar na possibilidade de uma ordem legal equilibrada e harmoniosa, na qual os problemas jurídico, políticos e sociais são resolvidos pela força retórica das normas que regulam e decidem tais conflitos. (FARIA, 1989).

Nestes moldes, a palavra liberalismo, no plano da teoria jurídico-política e do direito constitucional traz em si a possibilidade de enganar, a partir do momento em que seu uso se faz de modo a justificar, contestar situações específicas, ainda que inconscientemente. Assim como o liberalismo, a democracia é também um *topos*, ou seja, fórmula aberta e indeterminada, sendo difícil analisar o que realmente há de democrático e o que há de liberal nos regimes que se denominam de democracias liberais.

Prestigiando a noção de liberdade formal por intermédio de um sistema de regras impessoais e genéricas regulando as formas de convivência, influenciando princípios jurídicos fundamentais tendentes ao desenvolvimento capitalista, o liberalismo, por intermédio de suas regras impessoais e genéricas, cumpre as funções de limitar juridicamente a intervenção estatal no domínio privado e garantir ao cidadão o pleno exercício de seus direitos de propriedade e opinião, permitindo assim que, a partir do próprio jogo de mercado, a sociedade possa gerir e dar andamento ao seu próprio desenvolvimento. Destarte:

Ao mesmo tempo, como a efetividade das instituições de direito depende da internalização dos valores de obediência, as leis são revestidas da aparente neutralidade – o que é possível graças à perversão ideológica que dissimula as funções diretivas, operativas e fabuladoras das normas, sob a máscara de suas funções informativas. (FARIA, 1989, p. 28).

A idéia da sociedade liberal, baseada nos princípios da igualdade formal e na livre concorrência transforma-se em ficção com a crescente desigualdade entre os mais pobres e os mais ricos e a paulatina intervenção estatal na esfera privada. O Estado pretende, nos dizeres de Ruivo (1989), socializar-se, havendo, assim, o

desmoronamento das fronteiras entre Estado e sociedade civil. Tudo se confunde, inclusive a separação de poderes, havendo a partir de então a interpenetração dos poderes uns nos outros.

Assim, a produção jurídica ultrapassa os limites do Parlamento, passando sobremaneira para o Judiciário, o qual “vai saltar em defesa da soberania popular (até aí consumada no Parlamento), incorporando-a e, desse modo, prefigurando as condições para se assumir como verdadeiro poder” ao assegurar a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, além de ser legislador efetivador de mudanças sociais através de seus julgamentos.

Nestes moldes, a Constituição de 1988 traz de maneira inovadora o Estado Democrático de Direito, haja vista a tendência positivista voltada para a garantia da autonomia privada dos cidadãos, característica do pensamento jurídico brasileiro, o que é corrente na produção teórica de muitos publicistas nacionais. Todos defendendo um sistema de direitos que se associa prioritariamente dos direitos civis e políticos e menos à efetivação dos direitos econômicos e sociais. “Em outras palavras, a cultura brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*”. (CITTADINO, 2000, p. 14).

Com o neoconstitucionalismo há a ruptura dessa visão, que privilegia a *constituição-garantia*, para uma visão societária e comunitária, conferindo prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana, efetivando uma *constituição-dirigente*. Essa é a concepção defendida pelos representantes do constitucionalismo “comunitário”, contrapondo-se à concepção de constituição como defesa da autonomia dos indivíduos e da sociedade contra um poder público inimigo. Nestes termos, o papel do constitucionalismo brasileiro deve ser o de efetivador (via positiva) dos direitos sociais e econômicos, ao contrário do “não fazer” liberal.

Gisele Cittadino salienta que “parece não haver dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro”. (CITTADINO, 2000, p. 12). Tendo o princípio da dignidade da pessoa humana o privilégio de princípio basilar, como sendo o mandamento nuclear maior de todo o sistema. Nestes termos, José Afonso da Silva afirma que:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa constitucional humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-

constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". (SILVA, 2008, p. 13);

Além do que, uma das características da sociedade atual é o pluralismo (GALUPPO, 2002), sendo o mesmo uma realidade, visto essa sociedade compor-se de vários grupos sociais, culturais, ideológicos diferentes, não se podendo recorrer à legitimidade do direito atual à base de conceitos como Deus ou natureza, pois o homem é destinatário e criador das normas jurídicas, a legislação é originária da obra humana. Neste Estado Democrático de Direito pluralista todos os objetivos de vida concorrem em igualdade de oportunidades, sendo um de seus problemas mais importantes, se não o mais importante de sua teoria jurídico-política, a conciliação dos direitos dos particulares com a soberania popular. (LUÑO, 1998).

O Estado Democrático de Direito,¹⁴³ de acordo com Habermas (1998) constituído pela conexão interna entre direito e política, formado por normas garantidoras de liberdades, e dotadas de legitimidade, normas que garantam, a cada pessoa, direitos iguais, se alicerça sobre dois aspectos fundamentais: "o Estado limitado pelo Direito e o poder legitimado pelo povo", assumindo a tensão entre faticidade e validade do direito contemporâneo.¹⁴⁴ Assim, para Habermas:

O direito moderno bem formado por um sistema de normas coercitivas, positivas, e – esta é ao menos sua pretensão – garantidoras da liberdade. As propriedades formais que representam a coerção e a positividade se unem com a pretensão de legitimidade: a circunstância de que as normas providas de ameaças de sanção estatal provenham das resoluções cambiais de um legislador político, fica vinculada com a expectativa de que

¹⁴³ De acordo com GALUPPO (2002), pode-se falar também em Estado de Direito Democrático, tendo em vista que em alemão é a palavra "democrático" que adjetiva o substantivo, sendo o direito pressuposta da própria democracia. Seguente o mesmo raciocínio, Lima Vaz afirma que "o Estado de Direito não se confunde com o Estado Democrático. Todo Estado Democrático é um Estado de Direito, mas a recíproca não é verdadeira, como mostra a formação do poder real nos Estados de Direito do Ocidente europeu a partir dos fins da Idade Média" (LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Escritos de filosofia II: ética e cultura**, p. 269).

¹⁴⁴ "Ao se referir à facticidade e à validade, Habermas tem em mente compreender a dualidade do direito moderno. Por um lado, o direito é facticidade, na medida em que se instrumentaliza aos desígnios de um legislador dotado de poder político e é cumprido e executado socialmente sob ameaça de sanções baseadas no monopólio estatal da violência. Por outro lado, o direito é validade, na medida em que suas normas estão calcadas em razões e argumentos tidos por razoáveis ou aceitáveis por parte dos destinatários das mesmas normas." (GODÓI *apud* GALUPPO, 2002, p. 19).

garantam a autonomia a todas as pessoas por igual.(HABERMAS, 1998, p. 645, tradução nossa).¹⁴⁵

Além de plural, Canotilho (1999) afirma ser o Estado Democrático de Direito inclusivo, composto de pessoas com o mesmo valor, nele todos os projetos de vida concorrem em igualdade para sua concretização, o ser humano no Estado Democrático de Direito não é um mero destinatário de normas, mas é também seu próprio autor. Nestes moldes, Marcelo Galuppo afirma que:

Outra maneira de se analisar as questões atinentes à caracterização do Estado Democrático de Direito é ter em mente que este se distingue dos demais modos de organização estatal moderno por ser uma forma de vida adequada à sobrevivência de uma sociedade pluralista *como sociedade pluralista*. Com o advento da Modernidade, a sociedade torna-se uma sociedade *complexa*, na qual, ao contrário das sociedades antigas e medievais, convivem projetos de vida e valores culturais não raro antagônicos. Enquanto o Estado Liberal procurava eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores “dominantes” e o Estado Social procurava impor um “projeto alternativo” e arbitrário ao poder econômico, *integrando*, mais que *incluindo*, aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário, o Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo. (GALUPPO, 2002, p. 20-21).

Assim, de acordo com Galuppo (2002) somente na democracia o direito pode se desenvolver de forma a cumprir sua tarefa de possibilitar a coexistência de diversos projetos de vida sem que sejam feridas as exigências de justiça e de segurança, necessárias à integração social, devendo ser entendida a democracia como uma comunidade real de comunicação em que se realiza, na maior medida possível, a situação ideal de fala, não podendo os envolvidos sofrerem limitações na competência comunicativa, sejam elas externas ou internas. Nestes termos, pode-se afirmar que:

A realização/pressuposição dessa situação ideal de fala é imprescindível porque “um consenso racional só pode distinguir-se, em última instância, do consenso enganoso, por referência a uma situação ideal de fala (Habermas,

¹⁴⁵ El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y – ésta es al menos su pretensión – garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiales de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídica por igual.

1994c: 154). Daí que a democracia assuma uma função normativa no pensamento habermasiano. (GALUPPO, 2002, p. 153).

Embasado por um conceito de direito deliberativo, no qual sua própria legitimidade deve também ser legítima, sendo essa legitimidade possível na base da legalidade tendo em vista que os procedimentos para produção e aplicação de normas legais são conduzidos racionalmente no sentido moral-prático da racionalidade procedimental, o Estado Democrático de Direito é produto da evolução do Estado Moderno.

Tendo como primeiro estágio o Estado Absolutista e posteriormente os modelos liberal e social, o Estado Democrático de Direito, fruto da tensão entre faticidade e validade, no qual todos os ideais de vida concorrem em igualdade de condições, proporcionando a igualdade de objetivos, respeitando-se a diferença, não excluindo grupos ou ideologias, o paradigma evolui após o horrendo século XX.

De acordo com SOARES (2001), esse paradigma não constitui uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direito, para institucionalizá-lo mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente, estando essa estrutura inserida numa sociedade altamente mutável e em constante mutação, que distribui igualitariamente o poder e o racionaliza, domesticando a violência, transformando-se em império das leis. Pablo Lucas Verdú, afirmando ser o Estado Democrático de Direito uma espécie do gênero Estado de Direito, acrescenta que:

O Estado de Direito, em qualquer de suas espécies – Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito -, é uma *conquista*. Quero dizer que cada uma dessas espécies foi estabelecida ou foi objeto de tentativas de estabelecimento por meio da luta contra estruturas de poder contrárias; o Estado Liberal de Direito em relação ao Antigo Regime; o Estado Social de Direito contra o individualismo e abstenteísmo do Estado Liberal; o Estado Democrático de Direito, que forceja com as estruturas sociopolíticas do modelo anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado. (VERDÚ, 2007, p. 137).

O Estado Democrático de Direito¹⁴⁶ fundamenta-se, dentre outros, no princípio da soberania popular (SILVA, 2000), que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas no seu completo desenvolvimento. (CROSA *apud* SILVA, 2002),¹⁴⁷ conciliando Estado Democrático e Estado de Direito, não como mera união formal, mas os superando, tendo em si um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Destarte, o Estado Democrático de Direito tem como princípios¹⁴⁸ concretizadores, de acordo com Soares (2000): o *princípio da constitucionalidade*; *sistema dos direitos fundamentais*; *princípio da legalidade da administração*; *princípio da segurança jurídica*; *princípio da proteção jurídica e das garantias processuais*; *garantias de processo*; *independência dos tribunais*; *princípio de garantia de acesso aos tribunais*; *princípio da divisão de poderes*.

Dentre esses princípios, destaca-se o da garantia de acesso aos tribunais conjugado com o sistema de direitos fundamentais, obviamente tendo como sustentáculo basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, por intermédio do qual extrai-se que essa garantia de acesso aos tribunais, antes de ter como sustentáculo apenas o caráter formal, deve produzir resultados justos para todos os incluídos do Estado Democrático de Direito, ou seja, para toda a sociedade.

Destarte, há que se afirmar ser o Estado Democrático de Direito um modelo de estado garantidor de direitos de modo ativo, não podendo concordar com Robert Nozick ao afirmar a exigência de um Estado mínimo para a garantia da justiça distributiva. Principalmente em se tratando de uma sociedade desigual e cujo povo

¹⁴⁶ Gilmar Ferreira Mendes (2008) salientando as pequenas diferenças semânticas acerca do termo Estado Democrático de Direito discorre que “[...] entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira”.

¹⁴⁷ Extraído de **Lo stato democratico**, Turim, UTET, 1946, p.25.

¹⁴⁸ De acordo com Robert Alexy (1993), princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de possibilidades reais e jurídicas existentes, sendo deste modo, mandados de otimização, os quais estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas. De outro lado, se uma regra é válida, então deve-se cumpri-la na exata medida de seu enunciado, nem mais nem menos. Deste modo, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

necessita de prestações positivas por parte do Estado para manter uma vida razoavelmente digna, afinal o Estado somente existir pelo povo e para o povo, se o elemento povo fosse ausente, não haveria que se falar no fenômeno Estado, por consequência.

4.3 O acesso material à justiça como uma prestação fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro

Grynszpan (1999) salienta que a temática do acesso à justiça constitui-se em objeto privilegiado de reflexão do direito em especial, mas igualmente das ciências sociais. O forte interesse que o tema suscita guarda relação, em grande parte, com a sua importância ao mesmo tempo sociológica e social. De fato, o que se discute por seu intermédio é também a própria questão da cidadania – e da democracia, em última instância –, que mais do que direitos fundamentais, legalmente instituídos, requer a disponibilização e a generalização de recursos necessários ao seu exercício e garantia. Em outros termos, é a democratização do Judiciário que se põe em questão.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido, ao longo de sua história, transformações importantes. Durante os séculos dezoito e dezenove, auge dos estados liberais burgueses, a resolução de conflitos demonstrava o caráter individualista, acesso à justiça significava o direito formal de o indivíduo propor ou contestar uma ação, desde que o indivíduo pudesse suportar seus custos pecuniários, quem não pudesse fazê-lo era o responsável pela sua própria sorte. A partir do momento em que o conceito de direitos humanos sofreu uma transformação radical, essa sociedade individualista deixou para trás a visão individualista dos direitos, o que interferiu, sobremaneira, na positivação de direitos sociais nas constituições emergentes, essa posição positiva por parte do Estado é fator fundamental à concretização de tais direitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Esse caráter deficiente do acesso à justiça no Brasil está inserido num espectro maior do que o simples fato de se ter um sistema jurídico excludente, mas sim na própria exclusão social como um todo, um tema da atualidade que, apesar de ser dúbio do ponto de vista ideológico, permitindo usos retóricos de diferentes

qualidades, permite também ser colocado no gênero no qual está inserida a injustiça, a exploração social, a desigualdade social e também o tratamento diferenciado recebido por alguns, no caso brasileiro, pela elite, e de outro, pelo descaso para com os pobres, a maioria absoluta do Estado brasileiro.

Abordar a questão do acesso à justiça não significa somente perquirir sobre o âmbito formal, mas sim sobre o efetivo acesso à justiça que produz justiça, que concretiza a necessidade e o desejo daquele que busca na mesma a realização de um desejo ou de um meio necessário à sua dignidade humana.

De acordo com CATTONI DE OLIVEIRA (2000) atualmente a bandeira do garantismo tremula sobre nossas cabeças, pairando não somente como um manto protetor, mas também como uma espada, cobrando não só do doutrinador, mas de todos os operadores do direito uma responsabilidade ética em relação ao tema. Acrescenta Cattoni de Oliveira que “ao ideal do “garantismo” correlaciona-se à problemática acerca do acesso à justiça, considerado contemporaneamente como “acesso à ordem jurídica justa [...]”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 102). Na mesma esteira, Grynszpan afirma que:

Ainda que preocupados com as demandas ou com as carências da população, é sobre a justiça como instituição, e sobre a oferta de serviços judiciários de maneira geral, que os estudos do acesso fazem recair sua ênfase. E falar em acesso à justiça implica fazer referência a uma série de outras temáticas relacionadas, como a da resolução de conflitos e a da informalização dos procedimentos judiciários, para citar apenas duas. (GRYNSZPAN, 1999, p. 99).

Tendo sido a CRFB/88 responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, mas também políticos, econômicos, sociais, culturais, e também dos chamados direitos de terceira geração,¹⁴⁹ meio ambiente, qualidade de vida, direitos do

¹⁴⁹ No ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, o jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão "gerações de direitos do homem", buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*). O professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel Vasak por que ele teria desenvolvido aquela

consumidor, distribuindo, destarte, diversos direitos fundamentais à população, faz-se necessária a atuação efetiva e forte do Poder Judiciário para a eficaz e efetiva concretização de tais direitos. Tendo que se observar o fato de que “muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.)”. (SANTOS, 2007, p. 17).

Abordando a temática dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles direitos imprescindíveis à efetivação e manutenção de um padrão de vida digna a qualquer indivíduo, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

[...] os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições. Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera da sua posituação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema das diversas dimensões (ou gerações) de direitos, que atua como indicativo seguro de sua mutabilidade histórica, percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita. (SARLET, 2003, p. 23).

Hodiernamente, a justiça distributiva evoca o Estado para que o mesmo garanta a que a propriedade seja distribuída¹⁵⁰ de tal modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais, além do próprio acesso à justiça, a distribuição da justiça, não a justiça processual, mas sim a justiça que concretize uma vida digna, justiça para o homem em comunidade, e para o homem em si individualmente, pois para Rawls:¹⁵¹

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a

teoria. A resposta do jurista tcheco foi bastante curiosa: "Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa". Portanto, segundo Trindade, nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese. (LIMA, 2003). Assim, há que ressaltar o fato de tal caracterização ser altamente criticável atualmente, principalmente, considerando-se a indivisibilidade dos direitos fundamentais.

¹⁵⁰ Salientando que a propriedade é um complemento essencial da personalidade humana. (LEGAZ Y LACAMBRA, 1947, p. 172).

¹⁵¹ Mostrando, claramente, a matriz liberal de seu pensamento.

justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. (RAWLS, 2002, p. 4).

Essa distribuição, o acesso à justiça, apesar de estar numa fase de desenvolvimento,¹⁵² publicização no Brasil, ainda é deficiente. A justiça, considerada um direito universal de todos, na realidade se transforma num privilégio de poucos, um direito dispendioso para o Estado, que muitas vezes somente sai de sua inércia e age quando há interesses, seja da elite econômica ou política. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem tal aplicação.

O acesso à justiça deve ser conferido a todas as pessoas individualmente e também produzir resultados socialmente justos, tornando, destarte, efetivo o primado da dignidade da pessoa humana.¹⁵³ Todavia, de acordo com Cappelletti e Garth:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

O Brasil, por intermédio da Constituição de 1988, tem efetivado institutos¹⁵⁴ e criado leis que têm aproximado a população do processo de justiça democrática, conforme defendem Cappelletti e Garth (1998) no primeiro postulado, fazendo com que as classes populares, as quais durante muito tempo tiveram contato com o Poder Judiciário apenas pela via repressiva, raramente de forma ativa, tenham, nos dias atuais, a possibilidade de buscarem uma solução para seus interesses. De acordo com Karl Loewenstein:

¹⁵² De acordo com SANTOS (2007), o Programa Bolsa-Família é um exemplo de programa social com um nível de execução bastante elevado. Esse programa foi criado pela Lei n.º 10.836/2004, sendo um programa de transferência de renda direta através do qual o Governo Federal brasileiro concede benefícios mensais em dinheiro a famílias em situação de extrema pobreza.

¹⁵³ Princípio máximo da República Federativa do Brasil, inserido no inciso III do artigo 1º, que trata dos fundamentos do Estado brasileiro.

¹⁵⁴ Dentre essas mudanças institucionais está a Emenda Constitucional n.º 45, a Reforma do Judiciário, que trouxe mudanças significativas no sistema judiciário brasileiro, e diversas leis que visam à proteção dos direitos e garantias difusos e coletivos, direitos de terceira geração, como o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública.

A classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou carência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre os detentores do poder, e por meio das quais os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 149, tradução nossa).¹⁵⁵

Destarte, é fundamental a participação de todos no processo de democratização do acesso à justiça, tendo a sociedade que se abrir à interpretação das leis, haja vista o fato de que a “teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’”, (HÄBERLE, 2002, p. 12) realizando apenas uma interpretação da constituição formal, desconsiderando a constituição material. Tal interpretação se faz essencial em uma sociedade democrática, “pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese”. (COELHO, 2003, p. 114).

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. Sendo, por via da participação político-jurídica que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa, um dos pontos principais da concretização da justiça no Estado Democrático de Direito. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Nesses moldes, a *constituição folha de papel*, aqui buscando as palavras de Lassalle¹⁵⁶, deve ser reflexo da *Constituição real*, tendo suas raízes nos *fatores reais de poder*, sob pena de se não o sendo não ser reflexo da sociedade, positivando utopias, ilegalidades:

Onde a Constituição escrita não corresponde à real, estoura inevitavelmente um conflito que não há maneira de evitar e no qual, passado algum tempo, mais cedo ou mais tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, terá necessariamente de sucumbir perante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país. (LASSALLE, 2001, p. 63).

¹⁵⁵ La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.

¹⁵⁶ Concepção apresentada por Ferdinand Lassalle em conferência pronunciada diante de um agrupamento de cidadãos de Berlim em abril de 1862.

Concretizar o sistema de direitos constitucionais pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. Pelo fato de não se prescrever o regime da aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da constituição. (CITTADINO, 2000).

Assim, o caminho ainda é longo, a democracia ainda é uma experiência recente no País. O Estado Democrático de Direito, paradigma adotado em nossa sociedade, deve prever e efetivar a mais ampla participação popular nas decisões, incluindo todos, aceitando as nossas diferenças, todavia proporcionando a igualdade, igualdade na diferença, nos dizeres de Galuppo:

O Princípio Jurídico da Igualdade pode ser entendido nesse contexto como um princípio que permite a maior inclusão possível dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas. (GALUPPO, 2002, p. 22).

Sendo, como visto, o Estado Democrático de Direito inclusivo, composto de pessoas com o mesmo valor, nele todos os projetos de vida concorrem em igualdade para sua concretização, não sendo o homem nesse modelo um mero destinatário de normas, mas também seu próprio autor. E o fim do mesmo é a concretização da dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e da ampla participação democrática, participação essa radical.

Também não sendo destinatários da justiça em todos os seus aspectos, acesso à mesma é apenas uma utopia a ser sonhada. Sendo os direitos fundamentais da pessoa humana apenas uma expressão vazia de concretude, a despeito de se reconhecer que houve uma evolução significativa (no que diz respeito ao acesso aos direitos) no país ao longo de nossa história, mesmo que ainda não seja o esperado. Todavia, o sistema judicial não pode substituir-se ao sistema da administração pública, o qual deveria proporcionar ao cidadão a posituação dos direitos positivos previstos na Constituição de 1988.

Apenas com uma sociedade aberta ao diálogo, ciente das diferenças e tolerante às mesmas, que possa fazer prevalecer o princípio da igualdade e o primado do Estado Democrático de Direito, conseguir-se-á alcançá-lo e proporcionar

“justiça social”, justiça distributiva a todos, conferindo efetividade ao segundo postulado defendido por Cappelletti e Garth (1998): a concretização de resultados individual e socialmente justos, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana como resultado da longa batalha histórica do acesso à justiça social e a efetividade do direito como a ordem normativa de um sistema social global (VERNENGO, 1995), capaz de ser fator de emancipação do homem.

Há de se considerar o acesso democrático à justiça como um direito humano por excelência, haja vista ser por intermédio dele que o ser humano busca a realização de suas expectativas, como o respeito, a felicidade, o pleno desenvolvimento social, educacional, a justiça, os quais são elementos estruturantes do primado da dignidade da pessoa humana; princípio norteador de toda a sociedade brasileira, o qual se descortina como uma das maiores conquistas sociais da sociedade brasileira no século vinte.

Garantir a distribuição de justiça não é somente garantir o acesso ao Judiciário, tal acesso se deve fazer efetivo e com resultados práticos e sociais, sob pena de se elitizar e se criar discursos demagógicos de um Poder Judiciário democrático que se faz presente e auxilia na construção de uma sociedade mais justa para todos. Kazuo Watanabe salienta que:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1988, p. 128).

Um Poder Judiciário fortalecido e eficiente, que tenha como base o desenvolvimento e disseminação da justiça, é uma das necessidades prementes da sociedade brasileira. Essa questão deve, antes de tudo, fazer parte das preocupações de um governo eleito democraticamente, pois somente se conseguirá resultados justos e razoáveis a partir do momento em que houver um Poder Judiciário moderno, coerente com a realidade social do país, que respeite as necessidades prementes e o princípio da dignidade da pessoa humana. Poder esse que seja acessível ao rico e ao pobre, ao excluído e ao incluído, efetuando resultados que sejam individual e socialmente justos.

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme estampado em seu artigo terceiro, a erradicação da pobreza e da marginalização,

com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais. A partir do momento em que o Poder Constituinte Originário, por intermédios de seus representantes, acrescentou tal objetivo, já havia a ciência de haver desarmonia, desigualdade social, o que faz com que o combate a tal situação seja, além de um dos mais importantes objetivos de uma justiça democrática, um valor supremo a afirmar um Estado Democrático de Direito.

Todavia, antes de se recorrer ao Poder Judiciário, o indivíduo tem que ter respeitados todos os seus direitos fundamentais, sendo o mesmo investido, por intermédio do Estado, no gozo de seus direitos, ficando, destarte, a proteção judiciária como instrumento sancionatório de segundo plano.

A ineficiência da máquina pública colocada a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que têm acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos. O ineficiente acesso à justiça, além de ferir direito fundamental do ser humano, interessa aos que se valem de sua ineficiência para não pagar, para não cumprir obrigação, para protelar, para ganhar tempo, mas não interessa à população, principalmente àquela parte que busca o pálio do Judiciário como sua última fonte de esperança para a materialização de seus direitos.

Não há outro caminho: “a revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução democrática mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”. (SANTOS, 2007, p. 9). O direito para ser exercido de modo democrático, tem que estar assentado numa cultura democrática.

Uma sociedade cuja estrutura viole a democracia, conseqüentemente violará o direito, sendo fato perigoso para a consolidação do Estado Democrático de Direito, visto provocar nos indivíduos descrença no papel desse direito na construção da democracia. Nestes termos, não é suficiente uma democracia formal, mas sim uma democracia material e radical, onde todos, pobres e ricos, alfabetizados e analfabetos, negros e brancos, heterossexuais e homossexuais, possam livremente apresentar seus propósitos de vida e tais propósitos concorrerem em condições paritárias.

Além do que, antes de direitos garantidos pelo Estado, conforme visto, são direitos humanos, direitos existentes pelo simples fato de se ser humano. Assim, as

questões acerca de quais direitos têm um indivíduo como pessoa e como cidadão de uma comunidade, a quais princípios está sujeita a legislação estatal para que se exija a realização da dignidade humana, a liberdade e a igualdade, constituem grandes temas da filosofia prática e também pontos polêmicos centrais das lutas políticas passadas e presentes. (ALEXY, 1993). Esses são temas centrais da ciência jurídica, sem os quais não há como garantir o primado do Estado Democrático de Direito, a dignidade e a solidariedade humana.

Esses postulados, dignidade humana, liberdade e igualdade, se apresentam enfraquecidos, ou até mesmo ausentes atualmente, no Estado brasileiro. O Brasil infelizmente confirma nas últimas décadas uma tendência de enorme desigualdade social, seja na distribuição de bens, na distribuição de justiça, seja nos elevados níveis de pobreza. Um país desigual com o desafio de enfrentar uma herança de injustiça social que exclui parte expressiva de sua população do acesso a condições mínimas de dignidade e cidadania.

Todavia, paradoxalmente, não se pode classificar o Brasil como um país pobre, mas sim um país com muitas pessoas pobres. (BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2000). Nestes termos:

O diagnóstico básico referente à estrutura da pobreza entende que o Brasil, no limiar do século XXI, não é um país pobre, mas um país extremamente injusto e desigual, com muitos pobres. A desigualdade encontra-se na origem da pobreza e combatê-la torna-se um imperativo. Imperativo de um projeto de sociedade que deve enfrentar o desafio de combinar democracia com eficiência econômica e justiça social. Desafio clássico da era moderna, mas que toma contornos de urgência no Brasil contemporâneo. (BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2000, p. 46).

Muitos aspectos devem ser observados para a concretização do paradigma do Estado Democrático de Direito, a desigualdade social é, sem dúvida, um dos principais pontos a serem trabalhados no Brasil para que o referido Estado possa produzir resultados satisfatórios. Dentre os princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito, está o de garantia de acesso aos tribunais¹⁵⁷, objetivando

¹⁵⁷ É importante focar a importância das ONG's no processo de participação popular e acesso à justiça no Estado Democrático de Direito, o que se demonstra através do crescente aumento das mesmas na sociedade brasileira, e em todo o mundo. Jagdish Bhagwati referindo-se às ONG's no mundo, afirma existir ainda no ano de 1999 a incrível marca de dois milhões em todo o mundo. (BHAGWATI, 2004, p. 40).

uma concreta revolução democrática da justiça através do acesso efetivo de todos ao Judiciário, um dos alicerces da concretização do sistema de direitos fundamentais. Assim, o Judiciário, o qual tem como característica basilar a independência,¹⁵⁸ tem papel fundamental nessa efetivação do acesso à justiça.

Para se perceber a estruturação do Poder Judiciário como órgão de um Estado Democrático, há de se considerar um regime político fundado na soberania popular e que cujo objetivo último consista no respeito integral dos direitos humanos. A soberania do povo, não direcionada à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável, quando o poder político supremo não pertence ao povo. (COMPARATO, 2004). Logo:

O Poder Judiciário, enquanto órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. [...] Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*. Ora, esta, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto e os agentes públicos individualmente considerados exercem as funções políticas que a Constituição, enquanto manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui. (COMPARATO, 2004).

O processo de consolidação do Estado Democrático de Direito vem ocorrendo juntamente com um panorama social marcado por iniquidades sociais profundas. No mesmo momento em que a Constituição Federal estabelece diversos direitos individuais e coletivos, os mecanismos garantidores são ineficientes para o seu exercício em uma grande parcela da população brasileira.

¹⁵⁸ Para verificar quão democrático é o Poder Judiciário no Brasil, deve-se analisar sua organização e seu funcionamento, segundo os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade. Em relação à independência, é de se esclarecer, desde logo, o sentido técnico do termo. Diz-se que o Poder Judiciário em seu conjunto é independente, quando não está submetido aos demais Poderes do Estado. Por sua vez, diz-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição. Com efeito, ao contrário da forma como é estruturada a administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens, uns em relação aos outros.

A independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do regime democrático. O conceito de garantia institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as formas de organização dos poderes públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição¹.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário se torna inócua em diversas situações. A falta de condições materiais de boa parte dos cidadãos impede o exercício do direito de ação e do direito de defesa. Isso se deve, em muitos casos, à impossibilidade de obtenção, por esta parcela da população, de serviços de orientação jurídica e de defesa processual, por profissional habilitado.

Em um país com expressivos níveis de desigualdade, no qual aproximadamente cinquenta e quatro por cento da população vive com dois salários mínimos ou menos,¹⁵⁹ revolucionar a estrutura de direitos fundamentais é obviamente alterar estruturas solidificadas de desigualdade e domínio sobre as classes menos favorecidas, as quais não participam efetivamente do processo democrático, visto não estarem realmente inseridas na condição ideal de fala. Ademais, é inadmissível considerar o fato de um país cuja constituição traz o paradigma do Estado Democrático de Direito estampado já no seu artigo primeiro, que tem por base a igualdade e a justiça social, não garantir um efetivo acesso democrático à justiça.

Para Santos (2007), dois motivos são dificultadores em sua concretização: a distância que separa os direitos formalmente concedidos das práticas sociais que impunemente os violam e o fato de as vítimas não mais quedarem-se silentes, mas sim se manifestando publicamente contra a impunidade, concorrendo a realidade de pobreza e marginalização do país com essa dificuldade de acesso à justiça. Além de que:

Esta probabilidade tende a aumentar com o crescimento das desigualdades sociais e com a consciência social da sua injustiça. E a verdade é que as sociedades contemporâneas são cada vez mais desiguais e, em cada ano, as desigualdades assumem novas facetas e dimensões. Basta analisar os relatórios do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o último dedicado à água. É, igualmente, chocante que os quinhentos indivíduos mais ricos do mundo tenham tanto rendimento quanto o dos 40 países mais pobres com 416 milhões de habitantes [...]. (SANTOS, 2007, p. 10).

¹⁵⁹ Em 1999, cerca de 14% da população brasileira vivem em famílias com renda inferior à linha de indigência e 34% em famílias com renda inferior à linha de pobreza. Destarte, cerca de 22 milhões de brasileiros podem ser classificados como indigentes e 53 milhões como pobres. (BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2000, p. 21).

Assim, com o aumento das exigências judiciais por concretização de direitos sociais positivados na Constituição, há o aumento considerável de busca pela justiça estatal, havendo, notoriamente, falha, omissão por parte do Legislativo e do Executivo, fazendo com que o Poder Judiciário seja o meio competente para se efetivar um dever que, via de regra, deveria ter sido cumprido pelo Poder Executivo. Para que a prestação jurisdicional seja prestada a contento, é necessário vitalizar o Judiciário,¹⁶⁰ apesar de esse Judiciário ser incapaz de resolver todos os problemas gerados pela injustiça social, a qual se origina em fatores os mais diversos, muitas das vezes uma lide chegando ao manto do Judiciário após uma série de omissões do poder público:

É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas, tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidades na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema. Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota-parte de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder. Verdadeiramente, ao sistema judicial não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua quota-parte de responsabilidade. (SANTOS, 2007, p. 34).

Assumindo sua quota-parte de maneira responsável e democrática, o Poder Judiciário traz às camadas carentes a esperança de poderem viver e conquistar seu espaço dentro da legalidade, e não na ilegalidade, como muitas vezes supunham. Já que a lei era, e ainda o é muitas vezes, instituto de dominação de poder nas mãos das elites sociais. E esse acesso ao Poder Judiciário está em crise, crise essa fruto de uma democracia formal institucionalizada no País, e não uma democracia material. Destarte, apesar de se ter instrumentos democráticos, a democracia efetivamente não se concretiza, dentre muitos dos fatores perceptíveis de nossa realidade, está o restrito acesso à educação, o difícil acesso à justiça, a dilapidada

¹⁶⁰ Durante nossa história, o Judiciário apresenta-se no passado como o Poder com menor competência dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Num primeiro momento, caracterizado como um Poder que prestaria favores à elite dominante do País, não podendo ferir os interesses do Executivo e do Legislativo; noutro momento, durante o Período Militar (1964-1985), o Judiciário precisou ser neutralizado para que se mantivesse o governo nas mãos dos militares.

estrutura do sistema de saúde pública, o precário e excludente sistema punitivo e penitenciário brasileiro,¹⁶¹ além da situação de pobreza existente nos países subdesenvolvidos, inclusive no Brasil, a qual comporta mais de uma definição, conforme salienta Milton Santos:

Os países subdesenvolvidos conheceram pelo menos três formas de pobreza e, paralelamente, três formas de dívida social, no último meio século. A primeira seria o que ousadamente chamaremos de *pobreza incluída*, uma pobreza acidental, às vezes residual ou sazonal, produzida em certos momentos do ano, uma pobreza intersticial e, sobretudo, sem vasos comunicantes. Depois chega uma outra, reconhecida e estudada como uma doença da civilização. Então chamada de *marginalidade*, tal pobreza era produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna. Admitia-se que poderia ser corrigida, o que era buscado pelas mãos dos governos. E agora chegamos ao terceiro tipo, a *pobreza estrutural*, que de um ponto de vista moral e político equivale a uma dívida social. Ela é estrutural e não mais local, nem mesmo nacional; torna-se globalizada, presente em toda parte no mundo. Há uma disseminação planetária e uma produção globalizada da pobreza, ainda que esteja mais presente nos países já pobres. Mas é também uma produção científica, portanto voluntária da dívida social, para a qual, na maior parte do planeta, não se buscam remédios. (SANTOS, 2003, p. 69).

Assim, de acordo com a realidade brasileira, desigualdade social, corrupção, ineficácia da justiça distributiva por parte do Estado, vendo-se atualmente um incremento da importância do Poder Judiciário na sociedade, há que se perguntar se há na realidade uma crise do Estado. Todavia, a resposta é negativa, principalmente levando-se em consideração o fato de o Judiciário ter alçado a condição de garantidor de direitos fundamentais justamente para garantir os postulados peculiares ao Estado Democrático de Direito. Assim, instituições jurídicas fortalecidas se fazem necessárias a tal desiderato, pois é por intermédio das mesmas que há a substancialização da garantia de direitos fundamentais distributivos a todos.

¹⁶¹ Entre os problemas mais graves do sistema penitenciário no Brasil, destacam-se a superlotação, execução sumária de presos, condições horríveis de detenção. Com o fim do regime militar ditatorial, esperava-se que o país saísse da fase de desrespeito aos direitos humanos, principalmente em relação aos presos e condenados, mas o que tem sido percebido é uma violência institucionalizada no Brasil, sem-terra, negros, pobres, todos são vítimas de um sistema prisional excludente e elitista. Em relação à relação do Estado brasileiro com a questão prisional, Loïc Wacquant afirma “a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo”. (WACQUANT, 2001, p.4).

Além de que o Brasil passou pela situação caracterizada por Boaventura de Sousa Santos como “curto-circuito histórico”, ou seja, a consagração no mesmo ato constitucional de direitos que nos países desenvolvidos foram conquistados num longo processo histórico. Deste modo, por intermédio da transição de um regime autoritário para um regime democrático há também a constitucionalização de uma série de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, tornando difícil sua efetivação, dando azo a uma maior intervenção judicial através do controle de constitucionalidade do direito ordinário.

4.4 O Estado brasileiro e o sistema judicial: um diagnóstico das instituições

Assim, após a análise acerca do Estado Democrático de Direito, suas peculiaridades, importância e sua relação com a distribuição do acesso à justiça na história jurídica brasileira, há que se apresentar os dados acerca da atividade dos órgãos componentes da estrutura judiciária nacional.

De acordo com Santos (2007) nos anos 70 e 80 os regimes autoritários não se preocuparam e também não estavam preocupados em fortalecer a instituição judicial, sob pena de o fazendo haver intervenções nas práticas repressivas efetuadas pelo Estado. Todavia, a partir dos finais dos anos de 1980, o sistema judicial adquiriu proeminência em vários países latino-americanos, inclusive o Brasil, sendo esse sistema efetivador de direitos.¹⁶²

Nestes moldes, há íntima relação entre Estado Democrático e suas instituições componentes do aparelho judicial. Portanto, analisar o acesso à justiça como concretização do paradigma do Estado Democrático de Direito é analisar tais instituições basilares da estrutura judicial de acesso à concretização de direitos, sob pena de não o fazendo não se conseguir descrever uma realidade, sendo a

¹⁶² SANTOS (2007) salienta o fato de até muito recentemente, poucas pessoas sabiam os nomes dos juízes, mesmos dos juízes dos tribunais superiores de justiça ou constitucionais. Sendo os tribunais, nos dizeres do professor Alexander Bickel, o órgão de soberania menos perigoso e mais fraco por não ter condições de aplicar suas próprias sentenças.

aplicação da lei a distribuição do produto jurídico e o acesso das populações à justiça o seu consumo. (RUIVO, 1989).

Caracterizando-se o Estado como sendo composto pelos elementos *povo*, *território* e *poder* (soberania) (STEIN, 1973), sendo esse poder, apesar de uno, dividido em três funções clássicas (legislativa, executiva e judiciária), estampada como se conhece atualmente por Charles de Secondat (Barão de Montesquieu),¹⁶³ por intermédio da doutrina do *Espírito das Leis*,¹⁶⁴ analisar-se-á os órgãos estruturantes do sistema judiciário, quais sejam: Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário.

Deste modo, a apresentação de dados concretos acerca da situação das instituições componentes do sistema judiciário brasileiro fará com que a realidade da distribuição do acesso à justiça no Brasil possa ser visualizada e, assim analisada e criticada.

4.4.1 O diagnóstico da Defensoria Pública brasileira

Sendo o preceito basilar do conceito moderno de justiça distributiva o de prestação estatal de acordo com a necessidade, há que salientar ser a Defensoria Pública um dos órgãos mais importantes para a persecução da justiça aos mais necessitados.

Trazendo para os dias atuais a velha observação de Ovídio: “O tribunal está fechado para os pobres,”¹⁶⁵ (SILVA, 2003, p. 587), há que realçar o fato de os pobres

¹⁶³ Sem se olvidar de citar os conceitos de John Locke, Lord Bolingbroke, tendo tais conceitos tomado forma científica concreta nos séculos XVII e XVIII, apesar de já poderem ser conhecidos na limitação do poder do Rei inglês, em função da Carta Magna, no século XIII, especificamente 1215. (DOEHRING, 2008).

¹⁶⁴ Por intermédio da doutrina do *Espírito das Leis*, obra que, de acordo com Mario de la Cueva “[...] se elevou na Assembléia Nacional Constituinte de 1789 à categoria de um dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, segundo se depreende do artigo dezesseis da Declaração: ‘A sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem a separação dos poderes, não tem constituição.’” (CUEVA, 1996, p. 95, tradução nossa). <[...] se elevó en la Asamblea Nacional Constituyente de 1789 a la categoría de uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, según se desprende del artículo dieciséis de la Declaración: “La sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene constitución.”>

¹⁶⁵ Do original latino: “*Cura pauperibus clausa est*”.

terem acesso precário à justiça, carecendo de recursos financeiros para contratar advogado.

De acordo com os índices apresentados pelo Ministério da Justiça brasileiro em relação à Defensoria Pública, cuja institucionalização da prestação de serviço de orientação e assistência jurídica torna-se requisito fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito há que salientar que:

O serviço prestado pela instituição não atingiu o grau de universalidade desejável em relação aos destinatários de suas atribuições. Considerando somente os Estados que instalaram a Defensoria Pública, o grau de cobertura do serviço é de apenas 42,3% das comarcas existentes, enquanto 57,7% das comarcas não contam com atendimento pela Defensoria Pública. (BRASIL, 2004a, p. 17).

Além do serviço prestado pela Defensoria Pública não atingir de maneira satisfatória a camada social que realmente precisa do mesmo, é de se considerar o fato de estar o maior percentual das comarcas não atendidas localizado exatamente nos Estados com os piores indicadores sociais.¹⁶⁶ (BRASIL, 2004a). Outro problema a se considerar é a disparidade existente entre o número de defensores públicos e juízes, na proporção de 1,86 defensores para cada 100.000 habitantes, enquanto dispõe de 7,7 juízes para cada 100.000 habitantes. (BRASIL, 2004a).

Em relação às despesas com o sistema de justiça, as unidades da Federação gastam, em média, R\$ 71,67 (setenta e um reais e sessenta e sete centavos) por habitante com o sistema, desse valor apenas R\$ 3,91 (três reais e noventa e um centavos) é destinado à Defensoria Pública, representando apenas 6,15% desses gastos. (BRASIL, 2004a). Além de que, no que se refere ao seu papel central, a inclusão daqueles que não podem pagar um advogado, o que garante a construção de um sistema de justiça republicano e democrático, é de salientar que até o ano de 2004,¹⁶⁷ 16 anos após a aprovação da Constituição Federal de 1988, os Estados de Goiás, Santa Catarina e São Paulo ainda não haviam instalado as Defensorias. Além de que:

¹⁶⁶ Como, por exemplo, o Piauí com apenas 3,1% das Comarcas atendidas; o Maranhão com 4,1% das comarcas, e o Amazonas com o menor índice, 1,7%. Além de se considerar o fato de que, no ano de 2003, somente 25% dos processos ajuizados no Estado foram julgados. (BRASIL, 2004b, p. 34).

¹⁶⁷ Ano do estudo realizado pelo Ministério da Justiça.

Este quadro é ainda agravado pelo fato de que nos Estados em que é mais aguda a necessidade de presença da Defensoria – porque abrigam uma população com menor qualidade de vida – são relativamente menores os recursos financeiros à sua disposição. As médias de recursos encontradas apresentam correlação direta com o IDH:¹⁶⁸ quanto pior o IDH, menor o volume de recursos destinados para o atendimento do cidadão. Ou seja, o aporte orçamentário não é proporcional nem ao tamanho da população total, nem à população que sobrevive com até dois salários mínimos ou menos. Ao contrário, o montante orçamentário é maior nos Estados incluídos nos melhores índices de IDH. (BRASIL, 2004a, p. 74).

Além do que, há que ser salientada a timidez da atuação das Defensorias Públicas no sentido de desenvolver um trabalho sistemático de informação sobre direitos, sobre cidadania e sobre o próprio papel da Defensoria Pública. Esta atuação certamente significaria a abertura da instituição para novas frentes de trabalho, aumentaria a procura e possibilitaria uma diversificação da diversificação dos destinatários dos serviços. Isto é, seria possível o desenvolvimento, ao lado da atuação mais tradicional, de atividades voltadas para a conscientização de direitos e deveres e para causas de natureza coletiva. (BRASIL, 2004a). Deste modo:

A soma e a combinação dessa série de dados apontam a presença de um círculo vicioso: quanto maior o número de cidadãos carentes, menos Defensorias, menores recursos, menor procura pelos serviços e maiores custos. Esse círculo vicioso, certamente, atua no sentido de contaminar e dificultar o pleno desenvolvimento daquilo que Cappelletti e Garth denominaram de “primeira onda de acesso à Justiça” – a universalização do acesso à Justiça, graças à assistência judiciária gratuita. Ora, o princípio da igualdade e a efetivação de direitos tornam-se inoperantes na ausência ou na deficiência de serviços de assistência jurídica integral e gratuita à população desprovida de meios econômicos para pagar advogado ou as custas de um processo judicial. (BRASIL, 2004a, p. 74).

¹⁶⁸ Índice de Desenvolvimento Humano. O objetivo da elaboração do Índice de Desenvolvimento Humano é oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da "felicidade" das pessoas, nem indica "o melhor lugar no mundo para se viver". Além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um. (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

Assim, o fortalecimento da Defensoria Pública é condição indispensável para que se efetive igualdade legal e a realização de direitos, sendo uma imposição da própria democracia, uma vez que se trata de uma instituição com a atribuição de garantir a defesa dos direitos daqueles que por si só não têm acesso aos tribunais. Conseqüentemente, a existência e o vigor da Defensoria Pública são exigências para o rompimento de importantes barreiras no acesso à Justiça e para a realização da isonomia democrática.

Tais exigências são tanto mais acentuadas quanto maiores forem as dificuldades. No caso brasileiro, há uma perversa confluência de fatores operando no sentido de dificultar o acesso à Justiça e à realização de direitos. Os obstáculos são de natureza econômica, educacional e cultural. Ademais, diferentemente do que se passou nos países de mais longa experiência democrática, para os quais a questão do acesso à Justiça dizia respeito, sobretudo, às minorias, entre nós, é fundamentalmente um problema de garantia de acesso ao sistema de Justiça para a maioria da população.

A inclusão dessa maioria não significa apenas poder contar com um profissional apto a postular em juízo, significa, antes de mais nada, conhecer e reclamar direitos e assim poder participar como sujeito na arena pública, ou seja, a efetivação de uma democracia radical. E estes são os papéis, por excelência, de uma Defensoria Pública com papel de liderança no processo de construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

4.4.2 O diagnóstico do Ministério Público brasileiro

Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos da Constituição da República. Assim, a CRFB/88 consagrou o Ministério Público (MP) como uma das instituições mais importantes para manutenção do Estado de Direito, competindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O exercício de tais atribuições tem conferido a essa entidade um

importante destaque na construção da cidadania brasileira, baseada em princípios republicanos, participativos e democráticos. (BRASIL, 2006).

Historicamente, o Ministério Público teve sua influência no Brasil, ainda durante o período colonial, por intermédio do velho direito português. Antes da Independência, e durante muito tempo, mesmo depois dela, o desenvolvimento da instituição do Ministério Público brasileiro esteve indissociavelmente ligado ao velho direito português, tendo sido criada no ano de 1609 a Relação da Bahia, tendo o procurador da Coroa e da Fazenda a função de promotor de justiça.

Apesar de ter sido constitucionalmente institucionalizado no Brasil por intermédio da Constituição de 1934, as funções desempenhadas pelo MP já estavam positivadas nas constituições anteriores, todavia, não havendo ainda oficialmente o MP. Mesmo com o retrocesso do MP decorrente da Carta ditatorial de 1937, o MP se manteve em todas as constituições seguintes, permanecendo como órgão de importância para a efetivação do acesso à justiça.

Primeiramente, há que se destacar a quantidade de integrantes da instituição, tendo o MP no ano de 2003 uma média de 4,8 integrantes para cada cem mil habitantes, média essa que evoluiu para 4,86 integrantes no ano de 2004, representando um aumento de 1,25% no número de membros ativos no Ministério Público no período analisado. (BRASIL, 2006).

Dentre as unidades da federação com as médias mais altas, destaca-se o Amapá que apresentou a média de 10,84 e 10,78 integrantes para cada cem mil habitantes, nos anos de 2003 e de 2004, respectivamente. Já os Estados da Bahia, Pernambuco e Pará apresentaram as menores médias, ficando abaixo de 3,8 integrantes para cada cem mil habitantes no ano de 2003. (BRASIL, 2006).

Em relação à análise por região, em 2003, o Centro-Oeste apresentou a média mais alta com 5,77 integrantes para cada 100 mil habitantes, índice que diminuiu para 5,66 em 2004, ano em que a região Sul atingiu a média mais alta, com 5,74 integrantes para cada cem mil habitantes. É de se salientar que as médias regionais mais baixas foram identificadas nas regiões com maior densidade demográfica, com 4,4 integrantes para cada cem mil habitantes no Nordeste em 2003 e 4,52 no Sudeste em 2004. (BRASIL, 2006).

Na análise comparativa com o IDH, verificou-se que os Estados com índices altos ou médio-altos apresentaram a maior média de membros do MP para cada cem mil habitantes, tendo os Estados com IDH baixo e médio-baixo a quantidade,

respectiva, de 4,80 e 4,62 membros para cada cem mil habitantes. (BRASIL, 2006). É de se salientar que o Brasil possui média de 4,27 promotores de justiça para cada cem mil habitantes, sendo tal média inferior a de países latino-americanos como o Panamá, Guatemala, Colômbia, Chile, Venezuela.

Em relação às despesas executadas pelo MP, é de se destacar que:

Em 2003, a despesa executada pelo Ministério Público correspondeu a 1,6% da despesa executada pelos Estados brasileiros, passando para 1,5% em 2004, o que representa uma redução equivalente a 6,3% em relação ao ano anterior, o que pode ser atribuído ao crescimento das despesas executadas pelos Estados, o que não foi acompanhado pela despesa executada pela maioria das instituições. (BRASIL, 2006, p. 51).

Os Estados de Rondônia, Amapá, Rio Grande do Sul, Paraíba e Espírito Santo, apresentaram as maiores participações do Ministério Público nas despesas, cujo percentual ultrapassou 2,4%, em 2003, percentual que, em 2004, somente foi ultrapassado por Rondônia, Amapá e Maranhão, destacando-se este último a evolução apresentada em 2004, com crescimento de 70,6% em relação à participação na despesa do Estado, o que se deve à redução verificada nesta última, superior a 30%. As participações mais baixas no ano de 2003 foram verificadas na Bahia, Ceará, São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro e Alagoas, Estados esses nos quais a despesa executada pelo Ministério Público foi inferior a 1,5% da despesa total executada pelo Estado. No ano de 2004, os Estados de Pernambuco, Tocantins, São Paulo, Bahia, Ceará e Rio de Janeiro ficaram abaixo desse índice. (BRASIL, 2006, p. 51-52).

Os melhores índices em relação à participação na despesa estadual, através da análise regional, são do Ministério Público da região Sul, com 2,2% e 2,1%, em 2003 e 2004, respectivamente. De modo satisfatório, os Estados com IDH baixo apresentaram a melhor média de crescimento na participação da despesa estadual, enquanto as maiores participações foram identificadas nos Estados com IDH médio-alto. (BRASIL, 2006).

De acordo com os dados, percebe-se uma carência de membros no Ministério Público, emperrando, deste modo, a atuação da engrenagem do sistema judicial, o que é visível em diversas comarcas do país, onde há juiz, todavia não há promotor, (e vice-versa), fazendo que decisões fiquem à espera da visita de um promotor auxiliar, que tem que vir de comarcas próximas, além de que os Estados-membros

mais pobres são os mais carentes em relação à presença do MP, ou seja, o MP, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve ter sua estrutura revista e ampliada para que a cidadania e seus postulados sejam concretizados de modo razoável, sob pena de não o fazendo, jogar por terra vários anos de construção democrática em nosso país.

4.4.3 O diagnóstico do Poder Judiciário brasileiro

Uma das mais importantes instituições na concretização do acesso à justiça é, sem dúvida, o Poder Judiciário, sendo no caso brasileiro exigido um Judiciário fortalecido para que a democracia possa se concretizar satisfatoriamente. Por concretização satisfatória da democracia por intermédio do Judiciário, entende-se o acesso efetivo por parte também das minorias e dos pobres, a celeridade das decisões, a dialética na materialização da sentença.

De acordo com a distribuição do acesso à justiça, percebe-se o congestionamento das instâncias inferiores do Judiciário, justamente onde os mais pobres têm o contato efetivo com esse órgão. Por conseguinte, mudanças são necessárias para aproximar esse Judiciário da população, principalmente da mais carente.

Dentro da estrutura do Poder Judiciário há que ressaltar a criação dos Juizados Especiais, os quais se originaram dos Juizados de Pequenas Causas, estes criados pela Lei n. 7.244 de 1984. A iniciativa dos Juizados foi a idéia de facilitação do acesso à justiça para as camadas mais humildes da população para o exercício do mínimo de cidadania, sendo tal acesso pautado pela abreviação, simplificação, participação popular (por meio das figuras do conciliador/mediador e árbitro) e informalidade, tendo em vista a descrença da sociedade em relação ao Poder Judiciário.

Os Juizados Especiais possuem como objetivo principal a resolução de conflitos por intermédio de solução amigável, fazendo com que o seu acesso seja, como visto, rápido, eficaz, democrático. Todavia, o que na realidade os resultados

apresentam são deficiências e resultados aquém dos esperados. A despeito das inúmeras dificuldades e deficiências apresentadas por este instrumento de efetivação da cidadania, os Juizados Especiais Cíveis ainda constituem o meio mais importante para o acesso dos cidadãos comuns, principalmente, os mais humildes à justiça.

De acordo com o estudo realizado pelo MJ intitulado *Juizados Especiais Cíveis – estudo*, de 2006, constatou-se, dentre outras singularidades, que há deficiências nas infra-estruturas material e pessoal, inclusive nas instalações, estando os mesmos sobrecarregados de serviços, tendo em vista o alargamento de sua competência.

Um aspecto preocupante é o fato de a expressiva maioria dos reclamantes, 60,2%, comparecerem aos Juizados Especiais Cíveis desacompanhada de advogado, o que dificulta uma decisão jurídica, tendo em vista que o advogado é o profissional habilitado para postular e apresentar a solução mais interessante para o cidadão. Além do fato de que “não são desprezíveis as proporções de situações em que se registrou ausência da reclamante”. Sendo esse percentual de aproximadamente 11%, (BRASIL, 2006a), o que demonstra o fato de o cidadão postular seu interesse juridicamente protegido e posteriormente desistir do mesmo.

Em relação à presença de advogado junto ao reclamado, a proporção média também é pequena, tendo sido os reclamados acompanhados de advogados apenas em 34,7% dos casos, o que também é fator desestruturador para a resolução de um conflito de maneira satisfatória.

Em relação aos acordos, a essência da filosofia inspiradora dos Juizados, há que salientar o fato de que “o percentual de acordo na audiência de conciliação é de apenas 34,5%” (BRASIL, 2006a), além de que:

Os dados indicam que a presença do juiz não tem se demonstrado um fator decisivo para a celebração de acordos. Na audiência de instrução e julgamento, o índice de acordos é de 20,9% - muito abaixo do que faria supor a filosofia que rege os juizados especiais. (BRASIL, 2006a).

Sendo também a presença de advogado um fator que interfere significativamente na realização de acordos, estando os percentuais de acordo mais baixos entre os reclamantes que compareceram acompanhados por advogados,

para os servidores dos Juizados, “os advogados atrapalham o bom andamento dos JECs”. (BRASIL, 2006a, p. 94).

Outro aspecto que demonstra a ineficácia dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista o critério da celeridade, é o fato de que os processos de conhecimento que percorreram todas as etapas (distribuição, audiência de conciliação, audiência de instrução, proferimento de sentença de mérito e julgamento de recurso) duraram, em média, 349 dias. Havendo execução de sentença, o que ocorre em 15,3% do total de casos, e de 45,7% das sentenças, a média de duração desta fase atinge 300 dias, o que somado à fase de conhecimento perfazerá um lapso de 649 dias.

Assim, percebe-se uma situação de carência do Poder Judiciário em relação aos seus objetivos e funções, principalmente em relação ao Juizado, o órgão do Poder Judiciário que tem como prerrogativa a aproximação entre o cidadão e o Estado, fazendo com que a *procura suprimida* torne-se cada vez menor, diminuindo nos cidadãos o sentimento de desalento ao entrar no sistema judicial, sempre que se contactam com as autoridades, “que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias”. (SANTOS, 2007, p. 31).

Estruturalmente, uma das tentativas de se aprimorar o Poder Judiciário brasileiro, se deu com a Reforma do Judiciário, positivada no ordenamento jurídico nacional por intermédio da Emenda Constitucional n.º 45.¹⁶⁹ No ano de 2004, a PEC 29/00 foi aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal,¹⁷⁰ tendo entrado em vigor no ano de 2004, alterando e incluindo diversos dispositivos constitucionais.

A Reforma do Judiciário foi acompanhada, e ainda o é, por parte significativa da comunidade jurídica brasileira, tendo participado de sua elaboração o Poder Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados, Advocacia Pública, entidades de classe e outros setores da sociedade civil. A Reforma é de grande importância

¹⁶⁹ Emenda essa fruto da PEC – Proposta de Emenda Constitucional n.º 92/96, de autoria do então deputado federal Hélio Bicudo do Partido dos Trabalhadores de São Paulo. A proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados no ano 2000, tendo como base o relatório elaborado pela deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro do PSDB de São Paulo, sendo encaminhado para o Senado Federal, sob o número 29/00.

¹⁷⁰ Na forma do relatório do Senador José Jorge do PFL de Pernambuco.

por tratar de diversos assuntos de inegável valia para a sociedade brasileira, na tentativa de se tornar a estrutura judiciária brasileira mais transparente e democrática.¹⁷¹

Dentre outros fatores a ser considerados em relação à mudança de paradigma do Poder Judiciário, trazendo-o à realidade de nossa sociedade pluralista, é a aproximação do mesmo com os movimentos sociais, reconhecendo também os grupos sociais, inclusive os minoritários, como construtores e partícipes do direito democrático, libertando-se das amarras proporcionadas pela concepção técnico-burocrática do Direito e adotando-se uma postura técnico-democrática do Direito, uma postura comprometida com os direitos fundamentais, o pluralismo e uma visão interdisciplinar do Direito, e não um Direito restrito ao paradigma normativista.

Destarte, conclui-se por intermédio dos dados, a realidade do acesso à justiça no Brasil como um elemento garantidor dos princípios basilares do Estado Democrático: o republicanismo, a construção de uma sociedade justa e solidária, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade humana, tendo como fim a concretização de um dos aspectos do conceito atual de justiça distributiva, o acesso ao Poder Judiciário, a busca pelos direitos.

Essas exigências são tanto mais acentuadas quanto maiores forem as dificuldades. Na realidade brasileira, há uma perversa confluência de fatores operando para dificultar o acesso à Justiça e à realização de direitos. Esses entraves são de natureza econômica, educacional e cultural. Ademais, diferentemente do que se passou nos países de longa experiência democrática, para os quais a questão do acesso à Justiça dizia respeito, sobretudo às minorais, no Brasil, é fundamentalmente um problema de garantia de acesso ao sistema de Justiça para a maioria da população. (BRASIL, 2004a). Wacquant (2001) salientou, certa vez, em sua obra *As prisões da miséria* que há um paradoxo na penalidade neoliberal, a qual pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado”

¹⁷¹ Dentre as inovações, há de se considerar a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão que tem como objetivo zelar pela autonomia do Poder Judiciário, fiscalizando seus atos administrativos e o cumprimento das normas disciplinares no âmbito da gestão judicial, planejando políticas públicas relacionadas ao acesso à justiça e ao aprimoramento da prestação jurisdicional, e a chamada “quarentena”, vedando aos magistrado o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.

Logo, trazendo o enunciado de Wacquant (feito em relação à questão da criminalidade) para a questão do acesso à justiça no Brasil, é possível perceber também esse descaso do Poder Público brasileiro com nossa questão social. Por conseguinte, o Estado omissivo, que não cumpre seus deveres de prestação positiva elencados na Constituição Federal, não garantindo direitos sociais à população, principalmente à população carente, a qual se acha desprovida de reforma agrária, saúde e educação de qualidade, previdência e assistência social satisfatórias, não “poderia” garantir um efetivo acesso à justiça, sob pena de se ver coagido em todos os momentos pelos resultados de suas próprias omissões.¹⁷² A elite política e social brasileira não tem interesse em garantir acesso material à justiça! Pois se assim o fizer, a mesma terá que responder por todos os descabimentos resultantes de uma omissão que ceifa a dignidade e impossibilita o exercício da cidadania. De acordo com Boaventura de Sousa Santos:

Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc). A Suécia, que tem talvez ainda hoje o melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial. (SANTOS, 2007, p. 17).

Deste modo, Santos (2007) afirma que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, como também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação. Em relação ao caso brasileiro, o sociólogo português salienta que tal situação também se verifica no Brasil, o qual sem ter um Estado-providência denso, tem consolidado políticas sociais, algumas fortes, outras débeis,¹⁷³ além do fato de a Constituição de 1988 ter ampliado, sobremaneira, o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além dos direitos de terceira geração, fazendo com que a população aumentasse a expectativa de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, situação que na prática não acontece,

¹⁷² Boaventura de Sousa Santos, afirma que um magistrado brasileiro afirmou ao mesmo que “boa parte do seu trabalho é dar medicamento”. (SANTOS, 2007, p. 19).

¹⁷³ Neste exemplo está o Programa Bolsa-Família, o qual possui um nível de execução bastante elevado.

provocando uma onda significativa de recursos aos tribunais, informação essa corroborada pelas publicadas vitórias de cidadãos que, conseguem por intermédio do Poder Judiciário, obter acesso a tratamentos específicos e a exames médicos gratuitos.

4.5 Ações afirmativas no Estado Democrático brasileiro

Outro tópico atual de relevância na discussão sobre o acesso à justiça distributiva no Brasil refere-se às *ações afirmativas*, também denominadas *equal opportunity policies*, *ações positivas*, *discriminação positiva*, ou *política compensatória*, aplicadas desde a década de 1960 nos Estados Unidos,¹⁷⁴ (MUNANGA, 2001), tendo sido também, ultimamente, adotadas em nosso país.

Sendo a questão da ação afirmativa um tema pertinente à teoria da justiça, tendo como os dois principais postulados filosóficos das ações afirmativas a tese da justiça compensatória e a tese da justiça distributiva, utilizando critérios de raça, gênero e origem nacional, para corrigir os efeitos presentes da discriminação passada – justiça comutativa ou compensatória – e para distribuir bens fundamentais como a educação e emprego – justiça distributiva, (BARZOTTO, 2003), pode-se definir as ações afirmativas como políticas públicas que visam oferecer aos grupos excluídos ou marginalizados tratamento diferenciado para compensar as desvantagens vividas por estes grupos, oferecendo a esses grupos a possibilidade de participarem da dinâmica da mobilidade social crescente, (MUNANGA, 2001), efetivando, assim, o princípio constitucional da igualdade material (substancial), ou, nos dizeres de Norberto Bobbio, igualdade de oportunidades ou de chances (igualdade social), a qual tem como desiderato “colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela

¹⁷⁴ É de se salientar o fato de as propostas não receberem apoio unânime, haja vista o fato de ser a sociedade, no geral, racista e preconceituosa. MUNANGA afirma que “foi graças a ela que se deve o crescimento da classe média afro-americana, que hoje atinge cerca de 3% da população; sua representação no Congresso Nacional e nas Assembléias Estaduais; mais estudantes nos liceus e nas universidades; mais advogados e professores nas universidades, até nas mais conceituadas; mais médicos nos grandes hospitais e profissionais em todos os setores da sociedade americana. (2001).

conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais”.¹⁷⁵ (BOBBIO, 1997, p. 31).

O conceito de igualdade provocou ao longo da história posicionamentos extremados. De acordo com alguns teóricos, a desigualdade é a característica do universo, destarte, ao contrário do que traz o artigo 1º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, os homens nascem e permanecem desiguais, os defensores deste grupo, denominados *nominalistas*, afirma não passar a igualdade de um mero nome.

De outro lado, há os que defendem o igualitarismo absoluto entre os homens, estes denominados *idealistas*, pregando uma “igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”. (SILVA, 2003, p. 211). Já outra posição, denominada de *realista*, reconhece que os homens são desiguais sob vários aspectos, todavia entende também ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. (SILVA, 2003, p. 211).

Durante muito tempo acreditou-se ser o princípio da igualdade perante da lei suficiente para garantir a concretização da liberdade. “Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional”. (GOMES, 2002).

José Afonso da Silva afirma que o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade, sendo a igualdade o signo principal da democracia, não admitindo os privilégios e distinções que um regime simplesmente fundado na liberdade (liberal) consagra. (SILVA, 2003). Ainda de acordo com Silva:

[...] a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido

¹⁷⁵ Concepção que se aproximaria do conceito de equidade, com origem no direito consuetudinário inglês. De acordo com BOBBIO, “não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente não privilegiados”. (2004, p. 604).

material que não se harmoniza como o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa. (SILVA, 2003, p. 210).

Em relação ao ideário da sociedade liberal-capitalista, Gomes afirma que:

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII. (GOMES, 2002).

Todavia, esse postulado oitocentista¹⁷⁶ foi ao longo da história sendo derrubado, sendo o mesmo questionado pelo fato de não ser suficiente para garantir a igualdade, uma igualdade formal, todavia a igualdade material não se concretizaria. Neste sentido, Joaquim B. Barbosa Gomes¹⁷⁷ afirma que:

Da transição da ultrapassada noção de igualdade «estática» ou «formal» ao novo conceito de igualdade «substancial» surge a idéia de «igualdade de oportunidades», noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social. (GOMES, 2002).

Com o rompimento da igualdade formal para a igualdade material, houve o início de diversas políticas sociais de apoio a grupos socialmente marginalizados, considerando o indivíduo, deste modo, não mais como um ente abstrato, genérico, mas sim como um ente singular, historicamente situado, tendo suas especificidades e particularidades que o distingue de seu próximo, respeitadas.

¹⁷⁶ Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inúmeras disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou. (GOMES, 2002).

¹⁷⁷ Joaquim B. Barbosa Gomes é, atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Esse rompimento é um dos aspectos mais importantes da evolução do Estado Moderno, passando o Estado da condição de mero expectador para a posição de ator e responsável pela concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais, ou seja, a igualdade a ser um objetivo constitucional a ser alcançado, e não somente um princípio jurídico.

Tal mudança de postura não se faz apenas na esfera dos ordenamentos jurídicos internos, mas também em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, de acordo com a *Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* de 1966 da Organização das Nações Unidas - ONU:

Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças. Para esse fim, cada Estado Parte compromete-se a não efetuar ato ou prática de discriminação racial praticada por uma pessoa ou organização qualquer, a tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, ab-rogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la onde já existir; a adotar as medidas legislativas, proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por pessoas, por grupos ou organizações; favorecer, quando for o caso, as organizações e movimentos multirraciais e outros meios próprios e eliminar as barreiras entre as raças e desencorajar o que tende a fortalecer a divisão racial. Os Estados Parte comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica [...]. (UNESCO, 1998).

Portanto, justifica-se a adoção das ações afirmativas com o argumento de que tais políticas públicas seriam aptas a alcançar objetivos normalmente inalcançáveis caso as medidas de combate à discriminação se limitassem à adoção de regras meramente proibitivas de discriminação. De acordo com GOMES:

[...] não basta proibir, é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história. (GOMES, 2002).

Ou seja, as ações afirmativas não somente visam proporcionar igualdade de oportunidades, mas também têm como objetivo promover a transformação da mentalidade social, a mentalidade da supremacia de um raça em relação a outra, a

subordinação do negro em relação ao branco,¹⁷⁸ a disparidade entre o homem e a mulher.

Para que se possa analisar a questão à luz da realidade brasileira, alguns dados se fazem importantes: primeiramente há que salientar que do total de universitários brasileiros, 97% são brancos, 2% negros e 1% descendentes de orientais; sobre 22 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza, 70% deles são negros; dos 53 milhões de brasileiros que vivem na pobreza, 63 % deles são negros. (HENRIQUES *apud* MUNANGA, 2001).

Essa desigualdade estrutural, espelhada nas abismais desigualdades sociais existentes entre grupos dominantes e grupos marginalizados, a qual provoca efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) visa a ser diminuída por intermédio das ações afirmativas, proporcionando o pluralismo justo. Tendo também as ações afirmativas o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas, as quais são definidas por GOMES como:

[...] representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. (GOMES, 2002).

Em relação ao debate da problemática constitucional gerado pelas ações afirmativas refere-se à transferência de recursos públicos aos membros da sociedade. O Estado Moderno, fruto do ideário iluminista de que os recursos da nação devem ser convertidos em favor de todos os cidadãos, tem como corolário a distribuição de bens a todos de acordo com as necessidades. Todavia, uma das prestações mais importantes prestadas pelo Estado ao indivíduo, a Educação (bem escasso), não é oferecida a todos de forma universal e gratuita.

Em vista disso, de acordo com Gomes (2002) há o benefício apenas das camadas mais ricas da sociedade, as quais possuem condições de ter uma formação fundamental e média de qualidade, em instituições privadas, e posteriormente, após uma formação razoável, conseguem ser aprovadas nos

¹⁷⁸ Um dos pontos mais visíveis na história social brasileira, o imaginário da subordinação do negro em relação ao branco, imaginário que é demonstrado em vários aspectos, seja na literatura, seja na música, seja nas novelas e filmes de TV. Além de se salientar episódios históricos que comprovam tal assertiva, como por exemplo, a escravidão.

exames vestibulares das instituições públicas (salientando o paradoxo brasileiro: as instituições públicas de ensino fundamental e médio possuem menos recursos que as instituições superiores). O segundo aspecto se dá em relação ao ensino superior, onde os papéis se invertem, ou seja, o ensino superior de qualidade no Brasil está quase que inteiramente nas mãos do Estado. Assim, o Estado:

Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de «excluir». Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos. (GOMES, 2002).

A questão da (in) constitucionalidade das ações afirmativas no direito comparado é discutida no emblemático caso *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978),¹⁷⁹ no qual a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia (EUA) estabeleceu um programa de ação afirmativa com o intuito de assegurar a admissão de um número específico de estudantes de determinados grupos minoritários, dentre eles, negros, índios americanos, asiáticos. Allan Bakke, estudante branco, teve sua candidatura à Faculdade de Medicina negada, mesmo tendo notas maiores que os membros de minorias aprovados. Deste modo, Bakke ingressou com uma ação, tendo como principal argumento o fato de o programa de ação afirmativa da Faculdade violar a décima quarta emenda da Constituição americana,¹⁸⁰ tendo ele perdido a vaga em decorrência da discriminação operada pela Faculdade, de ele ser branco. (BARZOTTO, 2003).

Após o trâmite do processo, tendo o julgamento passado nas instâncias inferiores, a Suprema Corte decidiu pela inclusão de Allan Bakke no rol dos

¹⁷⁹ Para uma análise detalhada do caso *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978), ver DWORKIN, 2001, parte V (A discriminação inversa).

¹⁸⁰ Emenda XIV – Seção 1 – Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

aprovados da Faculdade de medicina, e declarou a inconstitucionalidade do programa rígido de cotas da Faculdade de Medicina, tendo também afirmado a constitucionalidade de programas de admissão que utilizem o fator racial entre os critérios de seleção, desde que seja feito de modo flexível, não sendo a raça o único critério de seleção. (BARZOTTO, 2003). Em relação ao direito pátrio, a CRFB/88 efetivou dispositivos tendentes a garantir a igualdade material entre os indivíduos, entre esses se destaca o artigo 3º, especificamente nos seus incisos I e III, os quais trazem que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 [...]
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 [...].
 (BRASIL, 2008, p. 2).

Esses dispositivos demonstram as promessas de efetivação da igualdade material, tendo em vista a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sociedade essa que tenha por objetivos erradicar a pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Com tais objetivos fundamentais, nota-se que o Estado Democrático brasileiro, por intermédio do Poder Constituinte, reconhece que a sociedade brasileira é uma sociedade onde os níveis de pobreza, desigualdade, marginalidade, liberdade são díspares e preocupantes, necessitando, assim, de uma ação governamental ativa para se alcançar a modificação de tal realidade. A ação afirmativa mais importante refere-se ao sistema de cotas para negros, o qual tem por objetivo facilitar a entrada dos negros nas faculdades públicas, tendo em vista o fato de os mesmos estarem desde o início de nossa colonização, em situação de desvantagem em relação à distribuição da educação.

4.5.1 O sistema de cotas para negros

Percebendo-se o fato de existirem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior demanda, um professor

da UNB afirmou que: [...] dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP,¹⁸¹ para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!” (AZEVEDO, 1996).

Dentre os grupos marginalizados na sociedade brasileira está o dos negros,¹⁸² os quais vivem há vários anos uma realidade de desigualdade racista desencadeada por uma sociedade elitista racista que ainda não conseguiu incluí-lo de modo concreto.

Historicamente o Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão, o que ocorreu somente no ano de 1888 por intermédio da Lei Áurea, tendo sido traficados para o Brasil, entre os séculos XVI e XIX, aproximadamente 3,6 milhões de escravos, os quais serviram de mão-de-obra na exploração dos produtos produzidos na colônia, bem como para servir às atividades domésticas braçais.¹⁸³

Anos após a abolição, o governo brasileiro também adotou medidas de branqueamento de sua população, com tais medidas os negros que haviam sido, há pouco tempo, libertos, se viram alijados e excluídos do mercado formal, sendo oferecidos aos mesmos, oportunidades inferiores se comparadas aos brancos, fazendo com que o caráter desigual nas relações brancos/negros fosse acentuado ainda mais. Ou seja, através dos indicadores constata-se a desigualdade sistêmica entre brancos e negros, impedindo, portanto, que haja efetivamente equilíbrio na distribuição de oportunidades entre os mesmos.

Sendo a ação afirmativa uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias, (GOMES, 2002), e sendo os negros excluídos do processo educacional brasileiro, necessário se faz o sistema de

¹⁸¹ USP – Universidade de São Paulo.

¹⁸² O desenvolvimento de ações afirmativas no Brasil não pode, porém, reproduzir automaticamente as experiências bem sucedidas dos EUA, uma vez que somos um país de mestiços (42,1% dos brasileiros se declaram “pardos”; 51,4%, “brancos”, e 5,9% “pretos”) e, portanto, a oposição entre brancos e negros não é tão nítida como na sociedade americana. As relações sociais no Brasil são organizadas a partir do cruzamento dinâmico de princípios diferenciadores múltiplos. Como observa o antropólogo Roberto DaMatta, “num sistema com esse tipo de dinamismo, não há dúvida de que existem obstáculos muito grandes na individualização das classes sociais, entrecortadas pelas suas possibilidades de múltipla interação e classificação social em eixos variados, já que ninguém se fecha em torno de uma só dimensão classificatória”. Em outras palavras, a ambiguidade estrutural das identidades coletivas e individuais dos brasileiros impede a reprodução automática dos modelos americanos de ações afirmativas, fundados em padrões identitários mais homogêneos. (SUIAMA).

¹⁸³ A escravidão no Brasil foi tão extensa que, em meados do XIX, o Rio de Janeiro possuía a maior concentração urbana de escravos do mundo ocidental desde o fim do Império Romano: 110 mil, de um total de 226 mil habitantes. Em 1890, ano seguinte à proclamação da República, a população negra no Brasil superava a formada por brancos (respectivamente 56% e 44%). (SUIAMA).

cotas, o qual foi instituído primeiramente na Universidade de Brasília – UNB, no ano de 2004 em seu vestibular, sendo resultado de esforços históricos dos Movimentos Negros.

Uma crítica lançada ao sistema de cotas refere-se aos critérios objetivos¹⁸⁴ adotados por algumas instituições, considerando as “raças” objetivamente, sem se respeitar a subjetividade de cada indivíduo, transferindo para a seara da biologia o que na verdade é da alçada da política dos homens.

Lilia Moritz Schwarcz tratando dos critérios objetivos adotados para a distribuição das cotas faz um paralelo com as teses defendidas por Nina Rodrigues¹⁸⁵ em seu livro *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, publicado em 1894, obra na qual Nina Rodrigues, na seara do Direito Penal, sublinhara a impossibilidade de se punir do mesmo modo raças com diversos níveis de evolução, sendo os traços fisionômicos critérios suficientes de definição e hierarquização das raças. (SCHWARZ, 2005, p. 247).

À época de Nina Rodrigues e sua escola, o problema da criminalidade e do criminoso era visto mais como um problema antropológico do que jurídico, ou seja, os desvios criminosos eram encarados como desequilíbrios próprios de raças miscigenadas, defendendo a escola de Nina Rodrigues a elaboração do Código Penal por médicos especialistas na criminalidade e não por juristas. (SCHWARZ, 2005).

Esse é o ponto central de uma das críticas mais contundentes lançadas ao sistema de cotas: a delimitação de características fisiológicas e externas para a delimitação de tais cotas, buscando nos traços fisionômicos os elementos objetivos deterministas para se definir a “identidade” do indivíduo, sua raça. Nestes moldes, Maio e Santos (2005) abordando o procedimento do vestibular da Universidade de

¹⁸⁴ De acordo com Lilia Moritz Schwarcz: “É sob suspeita que afirmam ser ‘constrangedor’ ter que tirar uma foto, ou ficar em filas separadas, ou ser submetido a entrevistas especiais. Por sinal, todos esses constrangimentos resultam dessa nova investida em desclassificar, ou tornar pouco eficiente, o único critério possível de seleção, que é o da autodefinição.” (SCHWARZ, 2005, p. 249).

¹⁸⁵ Raimundo Nina Rodrigues, médico maranhense, tentou uma classificação racial da população maranhense, usando as expressões “etnologia” e “economia étnica”.

Brasília (UNB),¹⁸⁶ o qual estabeleceu uma comissão para homologar a identidade racial dos candidatos a partir da análise de fotografias, trazem que:

Os pormenores do trabalho da comissão não chegaram a ser divulgados. Soube-se que era composta de cinco integrantes e que a tarefa era analisar mais de 4 mil fotografias. Não havia muito tempo, pois o trabalho precisava ser concluído em poucas semanas. Os nomes dos componentes foram mantidos em sigilo. Havia dentre eles um antropólogo. As especificações a serem seguidas não eram muito claras, mas os indivíduos fotografados deveriam ser confirmados ou não como “negros” a partir de características físicas como cor da pele, textura do cabelo e formato do nariz. (MAIO; SANTOS, 2005, p. 182-183).

Para determinarem quais candidatos eram elegíveis, ou seja, “negros”, foi instituída uma comissão composta por membros da instância superior da UNB da qual participaram também professores da mesma instituição, lembrando desse modo as práticas corriqueiras do século XIX e os postulados da escola de Nina Rodrigues, o que fere toda a sistemática do sistema de cotas, o qual deve incluir os efetivamente excluídos, levando-se em conta aspectos históricos e sociais, e não critérios fisiológicos.

Assim, há que se questionar ser o sistema de cotas um direito ou um privilégio para os beneficiários? Dentre os argumentos relacionados ao sistema de cotas está o da sua constitucionalidade e o da possibilidade de tais ações gerar privilégios sociais. De acordo com os argumentos contrários, o sistema de cotas fere o princípio da igualdade positivado no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, ao estatuir que todos são iguais perante a lei, sendo uma discriminação ao avesso em relação aos brancos, gerando nos negros o agravamento de seu sentimento de inferioridade, ao promover uma ação que poderá fazer com que os mesmos entendam não terem capacidade suficiente para que possam conseguir por si só aquilo que almejam.

Santos (2007) abordando a questão salienta uma informação prestada pelo Ministério da Educação brasileiro de que as médias mantidas nos exames pelos estudantes que entram no ensino superior por intermédio de programas de ações afirmativas são superiores à média nacional. Isso demonstra que estes estudantes estão na universidade por méritos próprios, e apenas não estavam porque o mérito

¹⁸⁶ A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso através do vestibular, a partir do segundo semestre de 2004. (MAIO; SANTOS, 2005, p. 181).

não funcionava, porque funciona apenas para as classes privilegiadas e não para os desfavorecidos.

Nestes termos, há que se considerar juridicamente razoável o sistema de cotas, não em relação a um aspecto fisiológico (a questão de ser negro), mas sim em relação a um aspecto histórico e social: a constatação de que há classes menos favorecidas nessa estrutura básica da sociedade.

Todavia, é importante salientar que essa ação não pode perdurar indefinidamente, ela deve continuar até o momento em que as desigualdades históricas forem superadas, quando então as classes menos favorecidas conseguirem alcançar um nivelamento com as classes mais prestigiadas, sob pena de uma vez mais, promover uma desigualdade institucional no Estado brasileiro, fato cediço em nossa realidade. A ação afirmativa não tem por objeto cor de pele, origem, nacionalidade, mas sim fatores históricos condicionantes à notável desigualdade social existente em nossa sociedade.

4.6 Obstáculos à concretização do princípio da dignidade humana em relação ao aspecto distributivo do acesso à justiça no Brasil

Em relação aos entraves a ser superados, há que salientar aspectos sociais, econômicos, culturais, psicológicos, jurídicos e procedimentais, os quais fazem com que o acesso à justiça, seja material ou formal, torne-se inadequado e ineficiente. Dentre os aspectos, alguns se destacam, como por exemplo, “a deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização”. (CALMON DE PASSOS, 1985, p. 84). Além de que, em relação ao acesso formal, os instrumentos à disposição daqueles que se dispõem a iniciar uma ação são inadequados, muitas vezes fazendo com que o procedimento seja dispendioso e lento.

Boaventura de Sousa Santos, analisando os obstáculos ao acesso efetivo por parte das classes analisados pela sociologia jurídica, afirma que:

Muito em geral pode dizer-se que os resultados desta investigação permitiram concluir que eram de três tipos esses obstáculos: econômicos,

sociais e culturais. Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa. (SANTOS, 1994, p. 147).

Em relação às restrições econômicas, há de salientar que o Brasil ocupa uma das piores posições mundiais em relação ao desemprego, o segundo lugar mundial nos índices de concentração de renda e de má distribuição de riqueza, todavia ocupando posição privilegiada em relação ao Produto Interno Bruto (PIB). “A desigualdade na distribuição da renda – 2% possuem 98% da renda nacional, enquanto 98% possuem 2% dessa renda [...]” (CHAUI, 2004, p. 93), o que, ainda de acordo com CHAUI:

[...] não é percebida como forma dissimulada de *apartheid* social ou como socialmente inaceitável, mas é considerada natural e normal, ao mesmo tempo que explica por que o “povo ordeiro e pacífico” dispense anualmente fortunas em segurança, isto é, em instrumentos de proteção contra os excluídos da riqueza social. Em outras palavras, a sociedade brasileira está polarizada entre a carência absoluta das camadas populares e o privilégio absoluto das camadas dominantes e dirigentes. (CHAUI, 2004, p. 93).

Principalmente, em se tratando de um país com custas judiciais elevadas, além de que há a necessidade de se pagar honorários advocatícios, haja vista existir Defensorias Públicas, todavia as mesmas não conseguem atender à demanda de maneira satisfatória. Questão essa já abordada por T. H. Marshall no final da Segunda Guerra Mundial, que via nos altos valores das custas judiciais um dos entraves à consolidação do exercício pleno dos chamados direitos civis.

Além de que há de se afirmar que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas é mais cara aos cidadãos economicamente mais frágeis, “o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”. (SANTOS, 1994, p. 147). Boaventura de Sousa Santos continua afirmando que:

De fato, verificou-se que essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos. (SANTOS, 1994, p. 147).

Além das custas judiciais, honorários advocatícios, há que considerar os ônus da sucumbência, que, de acordo com Marshall, faz com que:

Um indivíduo de recursos limitados sabedor de que, no caso de perder a ação, terá de pagar as custas de seu oponente bem como as suas, pode, facilmente, ser levado a aceitar um acordo não satisfatório, principalmente se seu oponente é suficientemente rico para não se preocupar com esses aspectos. E mesmo no caso de ter ganho a causa, aquilo que recebe, deduzidos os impostos, será, em geral, inferior ao seu gasto real. Assim sendo, se foi induzido a levar seu caso adiante com gastos consideráveis, isto poderá representar uma vitória de Pirro. (MARSHALL, 1967, p. 82).

É bastante comum os custos com as ações serem superiores ao bem da vida objetivado, salientando que, quanto menor o valor da ação, proporcionalmente, maiores são os custos. Além de que o longo período de tramitação das ações também trazem outros problemas sérios em relação ao acesso à justiça, muitas vezes quando há uma sentença de mérito, seu objeto já se encontra obsoleto, perdendo o valor do interesse, sendo, destarte, a demora nos processos uma fonte de injustiça social, fazendo com que muitas vezes, um litigante abandone a causa antes de seu término real, tendo em vista ter perdido a esperança e a confiança em um julgamento equânime e razoável, fazendo com que muitas vezes acordos desfavoráveis sejam aceitos pela parte hipossuficiente.

Em relação aos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte das camadas populares, um dos campos de estudos mais inovadores da sociologia da administração da justiça, Boaventura de Sousa Santos salienta que esses:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (SANTOS, 1994, p. 148).

Num primeiro aspecto, cidadãos com menores recursos têm mais dificuldades, não só de reconhecerem seus direitos, como também de perceberem num problema que os afligem um problema jurídico, podendo ignorar os direitos em jogo ou as possibilidades de reparação jurídica. Além do que, esses cidadãos com menores recursos ao perceberem o seu problema como um problema legal, hesitam

em recorrer ao Poder Judiciário. Em relação ao tema, dois fatores são apresentados como possíveis causas da desconfiança:

[...] por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos); por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais. (SANTOS, 1994, p. 149).

Reconhecido o problema e havendo o desejo de se recorrer aos tribunais, não está garantido o acesso à justiça, uma outra barreira é apresentada, não sendo fatores suficientes para que a iniciativa de fato seja tomada:

Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais. (SANTOS, 1994, p. 149).

Outro problema em relação ao acesso é a quantidade de ações impetradas anualmente no país, em referência a tal questão, há que observar que:

Deram entrada ou foram distribuídos, em 2003, 17,3 milhões de processos e julgados 12,5 milhões, com um índice de julgamento de 72% e uma elevação nos estoques de processos de 4,7 milhões. A relação entre o número de processos julgados e entrados dá uma indicação da capacidade de cada tribunal em absorver a demanda da Justiça. Este índice não mede, no entanto, o tempo que cada processo leva em média, desde seu início até sua conclusão. (BRASIL, 2004b, p. 27).

No caso do Supremo Tribunal Federal – STF, o mesmo julgou um quarto a mais do que lhe foi distribuído (BRASIL, 2004b), tendo o Supremo Tribunal Militar – STM e as duas instâncias da Justiça do Trabalho também julgado praticamente o mesmo número de ações ajuizadas (BRASIL, 2004b), ou seja, “isto reforça o diagnóstico de que o gargalo do sistema se situa mais fortemente na 1ª instância de julgamento”, ou seja, naquela instância onde a maioria da população, principalmente aquela carente, busca a resolução de seu litígio e/ou interesse, haja vista a porcentagem elevada de ações distribuídas nessa instância, sessenta e nove por cento de todas as entradas/distribuídas (BRASIL, 2004b), havendo índices preocupantes, como por exemplo, o do Estado do Amazonas, o qual julgou apenas

vinte e cinco por cento de processos julgados, seguido também por Estados como Alagoas, Rio de Janeiro e Mato Grosso, com índices inferiores a cinquenta por cento. (BRASIL, 2004b).

A alta taxa de processos distribuídos revela a tradição brasileira de se buscar a resolução de conflitos no Judiciário, preterindo a resolução alternativa de litígios, muitas vezes possível, havendo uma média de 10,20 processos por habitante.

Em 2003, o Brasil tinha 7,7 juízes de direito por 100.000 habitantes, um pouco acima da média internacional (7,3), mas com índice inferior ao de países como Argentina, Costa Rica e Colômbia, e muito inferior ao índice da Alemanha, com 28 juízes por 100.000 habitantes. (BRASIL, 2004b).

Em relação aos vencimentos, os salários dos juízes no Brasil, “na esfera federal, quando comparados com os de outros países, em 2000, se situaram no topo do *ranking*, conforme dados do Banco Mundial, considerando a paridade do poder de compra (PPP)”. (BRASIL, 2004b).

Os juízes federais brasileiros de 1ª instância tiveram salários superiores aos de todos os países, menos Canadá. Os magistrados de 2ª instância tiveram salários superiores aos de todos os países, à exceção da Colômbia e Canadá. Os ministros brasileiros de Tribunais Superiores tiveram salários mais elevados que os de todos os países, à exceção dos Estados Unidos, Equador, Argentina, Canadá, Colômbia e Nicarágua. (BRASIL, 2004b, p. 69).

A estes dados, há que se analisar também os altos custos por processo julgado, os quais variaram de R\$ 973,00 (novecentos e setenta e três reais) na Paraíba, até o maior valor nacional, R\$ 6.839,00 (seis mil, oitocentos e trinta e nove reais) no Estado do Amapá. Além de haver falta de padronização nacional na fixação de valores das custas judiciais, havendo Estados com custas judiciais no valor máximo de R\$ 30,00 (trinta reais), como exemplo, o Estado do Mato Grosso do Sul, enquanto o Estado do Rio de Janeiro possui o teto de R\$ 16.515,45 (dezesseis mil, quinhentos e quinze reais e quarenta e cinco centavos), para ações cíveis e criminais. (BRASIL, 2004b).

Em relação à estrutura e modernização,¹⁸⁷ há que se salientar que apenas cinquenta por cento dos órgãos possuem indicadores de produtividade para o quadro funcional de 1ª instância, enquanto que os controles de metas de trabalho para esse quadro, está presente em apenas vinte e cinco por cento dos órgãos. A premiação por produtividade se faz presente em apenas 4,35% dos órgãos na 1ª instância, na 2ª instância o índice é ainda mais baixo, 2,27%.

A informatização é um aspecto positivo, havendo sistema ativo de consulta de andamento processual em 85,71% dos órgãos da 1ª instância, enquanto que na 2ª instância esse índice sobe para 97,56% dos órgãos. (BRASIL, 2004b).

Assim, após a apresentação de dados sobre o sistema judiciário e discorrendo acerca de alguns aspectos históricos do constitucionalismo brasileiro no que se refere à distribuição da justiça no Brasil, algumas considerações se fazem maduras.

Num primeiro momento, é de se salientar existir aspectos positivos e também aspectos negativos na estrutura jurídica brasileira. O Poder Judiciário, como órgão estatal, tem por objetivo a distribuição da justiça, uma das parcelas da justiça distributiva na tradição moderna do termo, função essa de importância fundamental na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, trazendo os conceitos de justiça distributiva de Aristóteles (marco inicial) e Rawls (marco contemporâneo) para a análise do acesso à justiça na atual conjuntura brasileira, percebe-se que esse acesso se enquadra na tradição aristotélica: dar “acesso à justiça” de acordo com o “mérito”, e não de acordo com as necessidades, levando-se em consideração o princípio da diferença de Rawls, princípio escolhido na posição original da sociedade.

¹⁸⁷ Os dados seguintes são embasados no resultado de uma extensa pesquisa realizada junto aos diversos órgãos do Poder Judiciário nacional. Foram encaminhados, pelo Ministério da Justiça, questionários a todos os tribunais do país (STF, Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça). As perguntas versaram sobre gestão de patrimônio (veículos, imóveis e outros equipamentos básicos para a realização das atividades), gestão tecnológica (padrão de hardware, software, manutenção e renovação das máquinas e programas), gestão de pessoas (políticas de produtividade, qualificação, controle, terceirização e perfil dos magistrados e funcionários), gestão de processos (controle de fluxos, manuais, responsáveis, informatização e planejamento administrativo), gestão financeira (custos, receitas, gerenciamento e sistemas de controle) e acesso à Justiça (sistemas de acompanhamento processual disponíveis, ferramentas de informação e de acesso, publicações, descentralização e políticas de atendimento à população). As informações recebidas foram sistematizadas. (BRASIL, 2004b, p. 85).

Em relação a tal aplicabilidade na realidade brasileira, pode-se afirmar que aplicar justiça distributiva na definição aristotélica na atual sociedade brasileira é produzir resultados “injustos”, tendo em vista o fato de nossa sociedade ser marcada por corrupção, desigualdade social, uma distribuição ineficaz de bens, acesso ineficaz (formal e material) à justiça, conforme demonstra a história nacional. Não afirmando que a concepção aristotélica de justiça distributiva esteja equivocada, mas sim que tal concepção é aplicável em outro tipo de sociedade, numa sociedade utópica onde não haja desigualdade considerável, onde todos tenham as mesmas oportunidades de acesso a bens primários na estrutura básica.

Assim, aplicando justiça distributiva aristotélica, estaria a sociedade dando mais a quem já tem mais, e menos a quem tem menos. O que é do pobre? O que é do rico? Assim como o que é do miserável (?) que não teve acesso a esses bens primários essenciais para a concretização de sua dignidade humana.

Mudanças estão sendo feitas? Pode-se responder afirmativamente. Mas ainda são mudanças muito tímidas, o pobre ainda está isolado da Defensoria Pública, as custas judiciais são altíssimas, o linguajar jurídico afasta os profissionais da população, as formalidades impedem o desenvolvimento dos atos, ou seja, as desigualdades sociais estão se acentuando. Em relação às ações afirmativas, há que implementá-las com bastante seriedade sob pena de se transformar o país numa sociedade ainda mais excludente.

Deste modo, trazendo a teoria rawlsiana ao caso brasileiro, o que resta salientar em relação aos dois princípios expostos por John Rawls na estrutura básica da sociedade é que o primeiro princípio, o *princípio da igualdade*, este garantindo liberdades individuais fundamentais está, efetivamente, em fase embrionária na realidade brasileira. O segundo princípio, *princípio da diferença*, o qual assegura que as desigualdades sociais e econômicas são distribuídas de modo a proporcionarem o maior benefício possível aos menos favorecidos da sociedade, embora mantendo uma equitativa igualdade de oportunidades, também não se efetiva.

5 CONCLUSÕES

Ao terminar a presente dissertação, há que se questionar qual a importância de se discorrer sobre justiça, especificamente distributiva e acesso à justiça na sociedade brasileira. Qual o interesse acadêmico para tal estudo? Ainda há espaço para discussões acerca de justiça distributiva e acesso à justiça numa sociedade pós-moderna (e desigual) embalada pelos avanços tecnológicos?

Em relação à importância, há que se considerar a sempre “atualidade” das discussões acerca do conceito de justiça e de seus elementos, pois desde o momento em que o homem “olhou” para si, desviando o foco de atenção acerca do conceito de justiça e de seus elementos do universo para o mesmo, tal conceito passou a fazer parte indissociavelmente desse homem. A justiça é uma das primeiras manifestações da vida em sociedade, em todos os momentos o homem clama pela mesma, é o ideal perfeito de vida justa, uma vida razoável, sem excesso e sem falta. Nos parâmetros aristotélicos, o meio-termo. Por conseguinte, a justiça sendo uma virtude, se concretizará na prática, não nascendo o homem justo, mas sim se fazendo justo por intermédio de sua conduta, conforme afirmou Aristóteles.

De acordo com a formulação aristotélica acerca das divisões da justiça, está a justiça distributiva. A qual passou por uma mudança radical em sua definição, existindo, assim, duas concepções distintas de justiça distributiva, a aristotélica, original, e a concepção atual, a qual sofreu mudança significativa de paradigma, mudança essa fruto da junção de vários pensamentos filosóficos, de diversas idéias e de vários acontecimentos históricos. O que se conhece atualmente por justiça distributiva está totalmente dissonante do que Aristóteles escreveu há mais de dois milênios, Aristóteles não considerou a *necessidade* como critério de qualquer reivindicação de propriedade ou distribuição, o mesmo referiu-se aos princípios segundo os quais os indivíduos receberiam vantagens políticas de acordo com os seus *méritos*.

Já nos dias atuais John Rawls revoluciona os estudos sobre teoria da justiça ao apresentar no ano de 1971 sua obra *A Theory of Justice*, a qual traz uma idéia de justiça distributiva que tem como um de seus sustentáculos a *necessidade*, respeitando as desigualdades existentes na estrutura básica da sociedade.

A história da justiça distributiva mostra que o próprio conceito está interligado às transformações do pensamento ocidental, tendo por influência movimentos como a Revolução Francesa e as transformações operadas na sociedade durante os últimos três séculos (acompanhadas por um sentimento de justiça social): advento do capitalismo, liberalismo, alienação do trabalho, duas guerras mundiais.

A partir da concepção rawlsiana de justiça distributiva, embasada nos seus dois princípios da justiça, percebe-se que a justiça distributiva nos dias atuais deve ter como fundamento não os méritos de cada indivíduo, mas sim sua liberdade e necessidade, haja vista sua condição de ser humano merecedor de uma vida digna.

Dentre as distribuições estatais tendentes à efetivação do Estado Democrático de Direito está o acesso à justiça como concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana. Analisando tal acesso como uma das parcelas da justiça distributiva a ser efetivada pelo Estado, especificamente no caso brasileiro, conclui-se que esse Estado se apresenta ineficiente em relação à manutenção de um sistema judiciário que seja eficaz, democrático e garantidor dos direitos do indivíduo.

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Cidadã de 1988 tem como sustentáculos a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o respeito aos direitos e garantias individuais, o acesso à justiça, tendo todos os indivíduos nele inseridos legitimidade na elaboração das leis que regerão a sua vida, por intermédio de um procedimento legislativo democrático.

Morosidade, carência de servidores, ausência de Defensorias Públicas em vários Estados da federação, custas processuais de grande monta, desigualdade social, corrupção, coronelismo, uma sociedade excludente. De acordo com essa realidade, pode-se auferir que aplicar justiça distributiva na concepção aristotélica na sociedade brasileira é produzir ainda mais injustiça social, favorecendo ainda mais os incluídos e prejudicando os excluídos.

Logo, percebe-se que o Estado brasileiro em questões sociais é um Estado mínimo, incapaz de oferecer o substrato básico para a prática da vida digna, excluindo da participação democrática e também afastando a justiça de grande parcela da população, a qual se mantém com níveis sociais e educacionais comparados a países pobres. Grande parcela da sociedade brasileira, ainda hoje, assiste às decisões democráticas e mantém contato com o Estado de modo similar ao processo de republicanização do Brasil, não tendo voz para manifestar suas

aspirações, o sentimento de “injustiça” que lhe cerca, e chances para buscar reparação efetiva aos descabros sofridos nessa sociedade.

Isso se reflete no acesso à justiça, seja esse acesso formal ou material, considerando-se que ambos devem estar interligados para se produzir uma sociedade menos desigual. Os dados comprovam a realidade da distribuição da justiça na sociedade brasileira, sendo sua ineficácia um entrave na efetivação da cidadania e da dignidade humana.

A discriminação social em relação ao acesso à justiça na sociedade brasileira é um fenômeno muito mais complexo do que pode parecer num primeiro olhar. Além das condicionantes econômicas, as quais são mais óbvias, há condicionantes culturais e sociais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes difíceis de serem alterados, gerando discrepâncias entre justiça civil e justiça social, mostrando que a justiça distributiva, principalmente, em relação à distribuição da oferta de acesso à justiça é na verdade, totalmente desarrazoada, elitista e injusta. Enquanto uma elite é beneficiada com todas as vantagens proporcionadas pelo Estado, a maioria da população é alijada do processo democrático, podendo se falar que há no Brasil uma democracia formal, mas não uma democracia material, ou seja, temos instrumentos democráticos, todavia, esses são mal usados, mantidos pela elite nacional, acessíveis apenas a uma pequena parte da população brasileira.

Também, em relação ao histórico do acesso à justiça no Brasil, principalmente, tendo como sustentáculo o fato de a mesma ser um direito humano fundamental, não há até o momento medidas efetivas e satisfatórias, do contrário, constatam-se índices insatisfatórios, os quais demonstram uma realidade: há ainda muito por se fazer em relação ao acesso democrático à justiça no país.

O que fazer para diminuir ou eliminar as desigualdades na sociedade brasileira, ou fazê-las, de acordo com a concepção de Rawls, para que essas desigualdades estruturais proporcionem o maior benefício possível aos menos favorecidos? Obviamente que são respostas difíceis de se apresentar, o que a história brasileira nos mostra é uma confluência de fatores que geraram (e geram) uma sociedade excludente, conforme visto.

Enquanto não houver um diálogo interdisciplinar principalmente entre Direito, História, Sociologia, Filosofia, Economia e Política, não haverá alternativas razoáveis

de modificação de tal situação, mantendo-se uma aplicação aristotélica de justiça distributiva numa sociedade desigual e elitista.

Há diversos tópicos, como a questão da mulher, dos negros, dos pobres, dentre outros, que são questões que ainda não foram resolvidas em nossa sociedade, as quais devem ser solucionadas sob pena de se comprometer toda a construção histórico-democrática do Estado constitucional democrático brasileiro.

Dentre as mudanças, embaladas pelo espírito da teoria rawlsiana, estão as ações afirmativas, que são, além de necessárias, “justas”, tendo em vista tratar-se de uma sociedade elitista, excludente, a qual durante séculos alijou do processo civilizatório grande parcela de sua população.

Deste modo, conclui-se que a “distribuição da justiça” ainda está em fase embrionária, podendo-se afirmar ser o paradigma do Estado Democrático de Direito um sonho ainda por realizar. Mudanças democráticas consideráveis ocorreram na sociedade brasileira após a redemocratização do país, todavia, um longo caminho ainda há de ser trilhado para que realmente esse postulado de um Estado de Direito democrático se efetive e seja mecanismo de concretização de uma sociedade com menos desigualdade social, onde brancos e negros, ricos e pobres, homens e mulheres, tenham o mesmo acesso a uma ordem social, jurídica e política justa, dentre as mudanças deverá ocorrer a revolução democrática da justiça.

Aceitar e reconhecer a sociedade brasileira como uma sociedade pluralista é fato e benéfico; aceitar e reconhecer a sociedade brasileira como uma sociedade desigual é injustiça e prejudicial à consolidação da democracia.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANSCOMBE, G. E. M.; GEACH, P. T. **Three philosophers**. Oxford: Blackwell, 1961.
- AQUINO, Tomas. **Suma de teologia: parte II-II (a)**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea – ética eudemia**. Madrid: Gredos, 1988. (Biblioteca Clásica Gredos).
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 nov. 1996. P. 2-3.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.
- A BÍBLIA**: tradução ecumênica. São Paulo: Loyola, 1994.
- BARNES, Jonathan *et al.* **The cambridge companion to Aristotle**. Cambridge: Cambridge University, 1995.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 5, n. 48, maio 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 10 dez. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BERLIN, Isaiah. **Karl Marx**: sua vida, seu meio e sua obra. São Paulo: Siciliano, 1978.

BHAGWATI, Jagdish. **Em defesa da globalização**: como a globalização está ajudando ricos e pobres. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. 2v.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BORNHEIM, Gerd A. **Os filósofos pré-socráticos**. São Paulo: Cultrix, 1998.

BRASIL: nunca mais. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 10 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 5 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 3 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos estados unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 4 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos estados unidos do Brasil**. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 9 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 10 dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição (1967) **Emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Modifica diversos artigos da Constituição de 1967. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc0169.htm>. Acesso em 10 dez. 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Brasília: IBGE, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Defensoria pública no Brasil**. Brasília: MJ, 2004a.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do ministério público dos estados**. Brasília: MJ, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do poder judiciário**. Brasília: MJ, 2004b.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Juizados especiais cíveis: estudo**. Brasília: MJ, 2006a.

BURDEAU, Georges. **La democracia**. Caracas-Barcelona, Ariel, 1960.

CALMON DE PASSOS, J. J. O problema do acesso à justiça no Brasil. **Revista de Processo**. n. 39. p. 78-88, jul./set. 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARONE, Edgar. **A primeira república**. São Paulo: Difel, 1969.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e república que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Revista Teoria e Debate**, n. 57, mar./abr. 2004. Disponível em <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=3188>>. Acesso em 19 nov. 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Hemus, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CUEVA, Mario de la. **La idea del estado**. 5. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. Apontamentos sobre o estado democrático de direito. Virtujus: **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte, a.2, n.1, ago. 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtujus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em 10 abr. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENCICLOPÉDIA BRITANNICA. São Paulo: Barsa Planeta, 2002. CD-ROM.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofia del derecho**: v.1: Antigüedad e Edad Media. Madrid: Pirámide, 1966.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANKENA, William K. **Ética**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969.

FREEMAN, Samuel *et al.* **The cambridge companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FRIEDRICH, Carl J. **Uma introdução à teoria política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Manifesto dos mineiros**. 2008. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_fim_mineiros.htm>. Acesso em 14 jan. 2009.

GAGARIN, Michael. **Antiphon the athenian**: oratory, law and justice in the age of the sophists. Austin: University of Texas, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 7. ed. México, D.F.: Porrúa, 1956.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. 2002. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acesso em 4 jan. 2009.

GONÇALVES, Gisela. **comunitarismo ou liberalismo?** Set. 1998. Disponível em <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>. Acesso em 5 abr. 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRYNSZPAN, Mário. Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões. In: PANDOLFI, Dulce *et al.* (Org.) **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. P. 99-113.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GRIMAL, Pierre. **Dicionário da mitologia grega e romana**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Factidad y validez**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HOFFE, Otfried. **O que é justiça**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

JAEGER, Werner. **Aristóteles**: bases para la historia de su desarrollo intelectual. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JOÃO PAULO II. Encíclica **Centesimus annus**. 1991. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso em 25 mar. 2008.

JOÃO XXIII. Encíclica **Mater et magistra**. 1961. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em 16 mar. 2008.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. 20. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KENNY, Anthony. **A new history of western philosophy**: v.1: ancient philosophy. Oxford: Oxford University-Clarendon, 2004.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. **Rawls**: uma teoria da justiça e os seus críticos. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. **Filosofia del derecho**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1972.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. **Horizontes del pensamiento jurídico** – estudios de filosofía del derecho. Barcelona: Bosch, 1947.

LEÃO XIII. Encíclica **Rerum novarum**. 1891. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 15 mar. 2008.

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989.

LIMA VAZ, Henrique C. de. **Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1**. São Paulo: Loyola, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. (Colección Demos).

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. Madrid: Tecnos, 1998.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MALTHUS, Thomas Robert. **Ensaio sobre a população**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo, Abril Cultural, 1999. (Coleção os pensadores).

MARITAIN, Jacques. **Introdução geral à filosofia**. 6. ed. Rio de Janeiro, Agir, 1963.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MORRESI, Sergio D. Robert Nozick e o liberalismo fora de esquadro. **Lua Nova**, São Paulo, n. 55-56, p. 285-296, jan./jun. 2002.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marx: ciência e revolução**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

PIO XI. Encíclica **Divini redemptoris**. 1937. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19031937_divini-redemptoris_en.html>. Acesso em 21 mar. 2008.

PIO XI. Encíclica **Quadragesimo anno**. 1931. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em 10 mar. 2008.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. São Paulo: Abril Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

PLATÃO. **República**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

PRÉ-SOCRÁTICOS, Os. **Fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo, Abril Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**: 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. Colecção Stvdivm).

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. Justicia distributiva. **Estudios públicos**, Santiago, n. 24, p. 53-90, 1986.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**: v.2: Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Giovanni. **História da filosofia**: v.1: Antiguidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Conflitos no estado constitucional democrático**: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **Teoria do estado, democracia e poder local**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1994.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O retorno do objetivismo ou dos males de ser científico. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, Ano 11, n. 23, p. 247-250, jan./jun. 2005.

SFYROERA, Sofia N. **The essential greek mythology**. Atenas: Ellinika Grammata, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista do IAB, São Paulo, Ano 34, n. 93, 3º trimestre de 2000. Disponível em <<http://mx.geocities.com/profpito/estado.html>>. Acesso em 10 jul. 2008.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado** – o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÓCRATES. **Textos diversos**. São Paulo, Abril Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

SÓFOCLES. **Antígona**. 4. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2002.

SOLOMON, Robert C.; HIGGINS, Kathleen M. **Paixão pelo saber: uma breve história da filosofia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004.

STEIN, Ekkehart. **Derecho político**. Madrid: Aguilar, 1973.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, José Damião de Lima. Considerações sobre o cinismo. **Juízes para a democracia**, São Paulo, Ano 5, n. 15, p. 6-7, out./dez. 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

VERNENGO, Roberto J. **Curso de teoría general del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito – os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.