

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-554-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santiago do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

CONSIDERATIONS ON THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM CRISIS ACCORDING TO THE POLITICAL DEBATE BETWEEN JOHN RAWLS AND AMARTYA SEN ABOUT EGALITARIAN JUSTICE

Leonardo David Quintiliano ¹
Felippe Mendonça ²

Resumo

O presente artigo propõe analisar a crise do constitucionalismo brasileiro sob a ótica do debate travado entre Rawls e Sen no campo da filosofia política sobre a justiça igualitária, em seus dois enfoques: o institucionalismo transcendental e a comparação focada em realizações. Para John Rawls, segundo sua visão transcendental do institucionalismo, a busca pela atividade estatal institucional ideal produziria uma sociedade justa, numa concepção de justiça que parte de dois princípios: igualdade de oportunidade e maximização dos benefícios aos menos favorecidos. Para Sen, contudo, uma justiça igualitária também exige que sejam consideradas as reais capacidades dos indivíduos. Assim, a síntese desse debate oferece caminhos para identificação das raízes da atual crise constitucional e possíveis meios de sua superação. Efetuaram-se a revisão bibliográfica e emprego do método qualitativo, com estudo das obras de referência dos principais autores citados no debate. A análise do cenário brasileiro empregou o método indutivo e a aplicação das teorias de Rawls e Sen se deram em perspectiva lógico-dialética, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Crise constitucional, Justiça igualitária, Institucionalismo transcendental, Justiça como equidade, Contratualismo político

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the crisis of Brazilian constitutionalism according to the debate between Rawls and Sen about political philosophy on egalitarian liberalism, in its two approaches: transcendental institutionalism and comparison focused on achievements. According to John Rawls, in his transcendental view of institutionalism, the search for the ideal institutional state activity would produce a just society, in a conception of justice that begins from two principles: equality of opportunity and maximization of benefits for the less fortunate individuals. For Sen, however, egalitarian justice should also consider the real capacities of individuals. Thus, the synthesis of the debate also offers paths to identify the origins of the current constitutional crisis and possible ways of overcoming it. The approach

¹ Doutor em Direito, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Especialista em Direito Constitucional, Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo.

² Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP, Especialista em Direito Constitucional pela ESDC.

of the paper is based on bibliographical research and qualitative methodology. There has been carried out an inductive and deductive reasoning analysis of the Brazilian scenario based on the theories of Rawls and Sen in a logical and dialectical perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional crisis, Egalitarian justice, Justice as equality, Transcendental institutionalism, Political contractualism

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo brasileiro enfrenta uma crise institucional e funcional, reclamando necessárias reflexões sobre o atual sistema de responsabilidade política, legitimidade e equilíbrio dos poderes estatais e sua possível reforma, a fim de evitar uma possível ruptura constitucional¹. A crise, em vários aspectos, relaciona-se com o atual debate político filosófico sobre a “justiça” motivado pela obra de John Rawls (2016) e seus interlocutores².

O “institucionalismo transcendental”³ de John Rawls é o contratualismo moderno, decorrente dos avanços filosóficos dos pensamentos de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, sendo marcante a influência destes autores nas construções sucessoras.⁴

Rawls busca um arranjo institucional que proporcione uma justiça que parta da premissa de manutenção das liberdades, possibilitando, entretanto, uma igualdade de oportunidades, para que as liberdades possam ser usufruídas com equidade.

A crítica de Amartya Sen à ideia de justiça de John Rawls, conforme destacado por Álvaro de Vita, não é uma negativa à sua normatividade, mas um complemento – um adendo-, que enriquece ainda mais a proposta rawlsiana.⁵

O debate político envolve o funcionamento institucional (institucionalismo transcendental) e as realizações sociais concretas que buscam o comportamento individual e

¹ Pela classificação ontológica de Karl Loewenstein (1964) – e seguindo suas comparações com vestimentas –, a Constituição brasileira hoje, com um pouco de senso crítico, não pode mais ser tratada como *normativa* (a roupa que veste bem), podendo ser classificada como *nominal* (a roupa que um dia vestirá bem, mas só quando a criança crescer), ou, pior, como *semântica* (a roupa que aparenta vestir bem, mas, se observada de perto, mostra inúmeros furos de traça). Se os problemas constitucionais não forem corrigidos – sejam eles institucionais (de uma constituição *nominal*), sejam normativos (constituição *semântica*) –, a ruptura não tardará.

² O principal deles é Amartya Sen. No Brasil, Álvaro de Vita pode ser apontado como um dos principais interlocutores. (cf. VITA, 2007, 2008).

³ Termo com teor crítico, de certa forma pejorativo, conforme será posteriormente observado.

⁴ Na introdução da obra “A ideia de justiça”, Amartya Sen posiciona-se fora da tradição da abordagem do institucionalismo transcendental de origem no iluminismo, ao qual John Rawls está incluso, alocando seu pensamento na abordagem da comparação focada em realizações. (SEN, 2011, p. 35 *et. seq.*). Conforme será explorado adiante, a pertinência do debate entre os dois pensadores encontra-se exatamente na posição antagônica (ou complementar) de observação do conceito de justiça existente entre ambos. Uma possível complementariedade se justificaria porque Sen demonstra reconhecer que John Rawls vai além do institucionalismo transcendental, pois, assim como Immanuel Kant, fornece análises abrangentes dos requisitos imperativos morais e políticos das normas comportamentais.

⁵ Nas palavras do autor, “o alcance da crítica de Sen (à teoria de Rawls) é bem mais limitado do que ele próprio imagina. Em vez de um enfoque normativo distinto para lidar com questões de igualdade distributiva, o que temos, no melhor dos casos, é uma emenda ou uma correção ao enfoque normativo proposto pela teoria de Rawls.” (VITA, 2008, p. 120).

social que sejam justos⁶. Um enfoque é voltado para as instituições e outro para o comportamento humano e social. O primeiro, se isolado, parte de premissa de sociedade perfeita, utópica, em que todos fazem sempre as coisas certas. O segundo parte de comparações diante de percepções fáticas de injustiças (SEN, 2011, p. 35 *et. seq.*). Das duas abordagens nasce um leque infinito de concepções de justiça e conceitos normativos de funcionamentos institucionais.

O presente trabalho busca uma aproximação entre o papel dos operadores das Instituições de Justiça no Brasil (aplicadores do Direito) e a crise constitucional, em complemento às críticas de Sen a essa premissa de sociedade perfeita, de que parte Rawls.

Para tanto, a partir da leitura de ambos os filósofos e com o recurso a autores que também analisam o debate entre eles, analisa-se a atual crise constitucional brasileira sob o prisma do institucionalismo real, conformado por indivíduos que também são destinatários das decisões políticas de justiça e – nessa qualidade -, nela interferem.

No capítulo 2 analisam-se os principais elementos do pensamento de Rawls. A crítica ao transcendentalismo e ao idealismo da filosofia de Rawls promovida por Sen é examinada no capítulo subsequente. No quarto capítulo se analisam os principais aspectos da “crise” constitucional brasileira. A leitura da crise sob o viés do debate entre ambos os filósofos é feita no quinto capítulo. As falhas do transcendentalismo rawlsiano denunciadas por Sen ganham aplicação no último capítulo, em que se identificam elementos presentes no transcendentalismo institucional à brasileira.

2. A FILOSOFIA DE RAWLS: O INSTITUCIONALISMO TRANSCENDENTAL E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

O contratualismo iniciado por Thomas Hobbes no século XVII tem como característica central a busca por arranjos institucionais justos para uma sociedade, ao qual Amartya Sen denomina de “institucionalismo transcendental”, com duas características distintas: a primeira consiste na identificação de uma justiça perfeita – que distingue da análise comparativa de situações de justiça e injustiça, pois visa identificar a natureza do justo, e não critérios para afirmação do que seria menos injusto; a segunda é a busca por perfeição, concentrando-se em aceitar as instituições, de forma utópica, sem verificar as sociedades reais que podem surgir. (SEN, 2011, p. 36).

⁶ Amartya Sen considera inútil idealizar instituições sem observar a realidade social, comparando com quadros de pintores famosos, em que de nada adiantaria estabelecer ser a Mona Lisa o quadro perfeito se a dúvida é pela escolha entre um quadro de Salvador Dalí ou um Picasso. (SEN, 2011, p. 46).

A essa segunda, Sen aponta como crítica a falta de percepção de características sociais não institucionais, pois a natureza da sociedade não se limita a elas, existindo, ainda, o comportamento real das pessoas e suas interações sociais. (Idem)

A escolha da palavra “transcendental”⁷ para distinguir o enfoque filosófico de análise do contratualismo do outro enfoque possível, ao qual denomina “comparação focada em realizações”⁸, demonstra que o tom da crítica de Amartya Sen é pela excessiva utopia da busca por sociedades perfeitas, com instituições ideais e padronização da concepção da natureza do que é justo, sendo que isso se torna inviável na realidade fática, pois só seria alcançável se todos agissem corretamente.

Amartya Sen, entretanto, reconhece que John Rawls, assim como Immanuel Kant, foi além da análise meramente transcendental das instituições e trouxe parâmetros de requisitos normativos morais de comportamento, em uma concepção de justiça focada em arranjos, mas ainda distinto do enfoque em realizações do comportamento real das pessoas, pois supõe que todas as pessoas sigam o comportamento ideal. (Ibid., p. 37).

Álvaro de Vita identifica um esforço intelectual quase sobre-humano feito por Rawls na busca por princípios comuns de justiça e suas correspondentes configurações institucionais, aplicáveis a cidadãos que vivem em uma sociedade pluralista, destacando trecho da obra de Rawls de 1971 que evidencia o caráter contratualista transcendental, em que afirma ter tentado “generalizar e conduzir para um nível mais elevado de abstração a teoria tradicional do contrato social”. (VITA, 2007, p. 175; RAWLS, 2016, p. 13).

Entretanto, o autor identifica diferença entre o contratualismo hobbesiano e o contratualismo rawlsiano, uma vez que Rawls não sustenta um estado de natureza como ponto de ausência de acordo em que as partes contratantes teriam de estimar os benefícios decorrentes do aceite, assim como, na teoria de Rawls, as partes contratantes não estão motivadas unicamente pela maximização de seus próprios benefícios. (Idem).

Álvaro de Vita então esclarece que na versão do contratualismo de Hobbes:

(...) só são legítimos os princípios de justiça sobre os quais se pode afirmar que seriam convencionados em uma negociação hipotética em que as partes se empenham em maximizar sua própria utilidade, cada uma delas tomando por referência a utilidade com que teria de se contentar caso a negociação fracassasse – isto é, caso não fosse possível passar do estado de natureza para

⁷ Segundo o dicionário Aurélio, transcendental é aquilo que é relativo à razão pura, anteriormente a qualquer experiência. A palavra sinônima mais condizente com seu uso filosófico é a metafísica, ou seja, aquilo que está além do físico, do palpável. No grego antigo, μετα (metà), significa “depois de”, “além de tudo”; e Φυσις (physis) significa natureza.

⁸ No enfoque de “comparação focada em realizações”, Sen identifica como essencial a análise das situações menos injustas. (SEN, 2011, p. 36).

um esquema cooperativo fundado em princípios acordados de justiça. Como nos contratos privados usuais, ninguém racionalmente consentiria aos termos de acordo que rebaixassem sua posição relativa na distribuição de benefícios (estimados pela utilidade que cada contratante obtém) em comparação à posição inicial de barganha. (VITA, 2007, p. 176).

O contratualismo de Rawls, ao contrário, reconhece que não é possível um arranjo justo em que as partes não cedam em suas liberdades, permitindo que suas condutas sejam reguladas, e estabelecendo, inclusive, a autorização coercitiva de medidas necessárias para a preservação de instituições justas. (Ibidem).

Nas palavras de Álvaro de Vita, na interpretação do contratualismo rawlsiano,

Qualquer estrutura institucional, na medida em que restringe o leque de escolhas e de oportunidades disponíveis para os agentes, e na medida em que estabelece normas que são de cumprimento obrigatório por todos, inevitavelmente envolve algum grau de limitação e mesmo de coerção sobre aqueles que a ela estão submetidos. (Ibidem).

Deveras, o contratualismo em Rawls, na visão do autor, parte de uma concepção a qual, em uma sociedade ideal, teríamos como oferecer razões aos cidadãos, principalmente os que se encontram em pior situação, para aceitar as restrições às liberdades (direitos e deveres distribuídos pelas instituições) e a aceitação das autoridades constituídas, pois o Estado não é uma forma de associação em que as pessoas realmente aceitam participar, mas, sim, uma forma de associação na qual as pessoas involuntariamente nascem e morrem, com exceção dos casos de emigrações. Portanto, a justificativa da existência do contrato não está na gênese histórica de sua constituição, mas na apresentação de um arranjo institucional e distribuição de direitos e deveres que ninguém poderia razoavelmente rejeitar, ou pelo menos que não exista outra estrutura institucional praticável que pudesse ser melhor.⁹

Esse “contratualismo”, portanto, não parte de uma suposição de que os cidadãos devem aceitá-lo por perceberem benefícios pessoais, como o hobbesiano, mas por um arranjo institucional de distribuição de direitos e deveres que não seja possível de forma razoável rejeitar, não pelo prisma pessoal de benefícios, mas em uma análise equitativa de atenção aos interesses de todos, inclusive os próprios. (VITA, 2007, p. 178).

O contratualismo de Rawls, portanto, em altíssimo grau de abstração, a partir de uma análise institucional metafísica, leva em consideração uma capacidade de, ao justificar a

⁹ Em trecho que merece destaque, Vita esclarece que “A exigência iluminista em questão é que deve ser possível oferecer justificações inteligíveis para os arranjos sociais básicos (e para as formas de autoridade que constituem) a cada pessoa que sob eles têm de viver. Se isso for possível (...), estaremos em condições de sustentar que a aceitação de formas institucionalizadas e coletivas de conduta se funda na vontade livre dos indivíduos, e não na obediência costumeira, ou em vínculos comunitários, ou, pior ainda, no temor de sofrer punições.” (VITA, 2007, p. 176).

distribuição institucional de direitos e deveres, gerar um altruísmo do indivíduo, ou ao menos não permitir que tenha elementos razoáveis para negar.

A relação deste institucionalismo transcendental com a crise constitucional brasileira encontra-se na deficiência do desenvolvimento do instituto da segurança jurídica e na influência do capital econômico privado na formação das instituições públicas e no sistema político, conforme será posteriormente desenvolvido.

A teoria da justiça de John Rawls, como reconhecido por Amartya Sen, é a principal fonte de influência no debate filosófico político da atualidade. (SEN, 2011, p. 82).

Rawls chama de *justiça como equidade* a maneira de encarar os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade que constituem o objeto do acordo original, que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade. (RAWLS, 2016, p. 13-14).

A justiça como equidade parte da pressuposição de igualdade na situação inicial dos indivíduos, então Rawls esclarece que expressa “a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa” (RAWLS, 2016, p. 15).

A justiça como equidade traz dois princípios norteadores que seriam, para Rawls, escolhidos pelas pessoas presentes na situação inicial hipotética da sociedade. O primeiro é de igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais; o segundo princípio estabelece que só serão justas as desigualdades econômicas e sociais se resultarem em vantagens recompensadoras a todos, especialmente aos menos favorecidos.

Nessa concepção de justiça, o autor indica que não há injustiça em uma desigualdade de benefícios maiores recebidos por poucos, desde que se melhore a situação dos menos afortunados. (RAWLS, 2016, p. 75).¹⁰

Há, assim, uma ordem de valores estabelecida na justiça como equidade, em que prioritariamente se estabelecem as liberdades como elemento central de uma concepção de justo na qual as oportunidades devem ser equiparadas e as diferenças podem ser consideradas justas se forem proveitosas à sociedade, principalmente aos menos favorecidos.

Vita (2007, p. 205 *et. seq.*), ancorado em Brian Barry (1994, p. 67) e em Thomas Pogge (1989. pp. 134-48), elucida que, de forma implícita, encontra-se reconhecido um princípio de satisfação de interesses vitais na prevalência das liberdades civis e políticas, ou seja, não se

¹⁰ Álvaro de Vita esclarece que Rawls estabelece uma prioridade léxica em que o princípio inicial é aquele que estabelece um esquema de liberdades iguais para todos, sobrepondo-se ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e este ao princípio de diferença, que permite uma distribuição diferente, contanto que exista benefício a todos, principalmente aos menos favorecidos. (VITA, 2007, p. 205 *et seq.*).

interpreta essa prioridade estabelecida nesta composição serial das liberdades da justiça como equidade sem compreender estar implícito a satisfação anterior de necessidades básicas como a integridade física, a nutrição, acesso à água potável, moradia, saneamento básico, atendimento médico e à educação.¹¹

Essa ordem estabelecida de prioridades não é inflexível, pois uma teoria de justiça não pode conceber que a situação de injustiça se perpetue. Assim, diante das situações em que as necessidades básicas não são atendidas, o enfoque deve ser na busca pela igualdade de condições de usufruir de liberdades, flexibilizando, portanto, a sequência dos princípios de justiça.

3. A CRÍTICA DE AMARTYA SEN

Amartya Sen faz uma análise focada em realizações, investigando, portanto, de forma prioritária, as soluções práticas menos injustas, desviando-se do transcendentalismo institucional e de formulações perfeitas de justiça.

Sen revela, antes de qualquer crítica, que os pensamentos de John Rawls influenciam suas concepções de justiça e da própria filosofia política em geral, mas acredita que alguns dos princípios alicerces da teoria rawlsiana de justiça estejam danificados. (SEN, p. 82 *et seq.*).

Segundo Álvaro de Vita, a crítica de Amartya Sen à justiça como equidade soa muito mais como um adendo, um complemento, do que como uma negativa: “o que Sen nos propõe

¹¹ Na mesma linha de pensamento, Eunice Aparecida de Jesus Prudente, em sua tese de doutorado sobre a cidadania plena, de forma contundente, afirma não existir participação política ativa sem que antes sejam atendidas necessidades básicas dos indivíduos, portanto não há que se pensar em direitos civis e políticos antes de satisfazê-las, pois, caso contrário, o que se estabelece é um sistema de privilégios em que as vontades políticas dos favorecidos dominantes são impostas aos desfavorecidos dominados. Em trechos que merecem destaque, a Autora esclarece: “A criação e a elaboração das normas para realizar os objetivos sociais, dependerão da participação de todos, sob pena de comprometimento de toda a produção cultural. Se as normas não expressarem o interesse de todos é a convivência que permanecerá eivada de injustiças entre aqueles que tomaram parte na elaboração do Direito e que conseqüentemente influenciam e direcionam a convivência e os outros, aqueles, que como autônomos suportam realidades, sem sequer terem informações sobre seus direitos e deveres. Esta distorção grave tem sido muito comum na história da humanidade. (...) Somos seres conviventes, entretanto, a apropriação e a dominação política sob formas violentas, atravancam nossas possibilidades de escolha e desenvolvimento, impondo injusta distribuição de papéis sociais, de funções, que para sobreviver muitos são compelidos a aceitar.” (PRUDENTE, 1996, p. 03). “A miséria e sua correlata, a desnutrição, são inaceitáveis, primeiro porque, mesmo em situações excepcionais (guerras, catástrofes), a produção deve ser dividida entre todos os cidadãos e, sobretudo, porque a desnutrição atinge bens inerentes ao ser humano, bens da personalidade, sua integridade psíquica e física, torna-os passivos e isso não é próprio do ser humano.” (Ibid., p. 39). “Para nossa pesquisa interessa principalmente demonstrar a relevância da moradia, pois somente na moradia posso me abrigar e aos meus dependentes e viver minha privacidade, atos há que somente no lar posso praticar e desenvolver conforme minha maneira de ser e pensar. Em suma, somente posso ‘estar’ no sentido pleno da palavra onde posso ‘ser’ na totalidade, o que implica usar o espaço com exclusividade em relação aos demais.” (Ibid., p. 47). “Submetido a certas condições de vida, o ser humano tão ativo pode chegar ao nível da passividade e deixar de criar, produzir ou de exercer sua cidadania, porque teve protegido sua integridade física e psíquica. Não desenvolveu suas potencialidades, direitos fundamentais que lhe foram negados.” (Ibid., p. 111).

não é propriamente uma teoria da justiça, mas uma concepção de justiça distributiva em sentido estrito.” (VITA, 2008, p. 92).

O ponto central da crítica de Sen, conforme explica Vita, está na realização de seus *functionings*, segundo a qual a igualdade que os igualitários devem almejar não é a de titularidade de bens e recursos, mas sim os estados e atividades aos quais esses bens e recursos possibilitam que as pessoas tenham acesso. (Ibid., p. 98).

São exemplos de *functionings*, como observado por Vita, estar bem nutrido e vestido, livre de epidemias, de mortes por doenças facilmente curáveis, ser alfabetizado, não ter motivo para se envergonhar de si próprio, ter capacidade de participar de forma ativa da sociedade, dentre outros. (Ibidem).¹²

Na explicação de Álvaro de Vita:

A noção normativa mais abrangente no enfoque de Sen, no entanto, não é de *functionings*, como tal, e sim de *capacidade*. As *functionings* constituem os *ingredientes do bem-estar*; e as *functionings* que uma pessoa consegue realizar (ou ter acesso) em sua vida definem o nível de bem-estar efetivamente alcançado. (...) As comparações interpessoais de vantagem deveriam se basear sobretudo na liberdade de alcançar bem-estar. (Ibidem).

Ou seja, a realização da justiça como equidade de Rawls requer essa percepção das *functionings e capacidades* de Amartya Sen. A análise das instituições reais¹³ e a justiça efetiva dentro de uma sociedade precisa passar não só pelo prisma da metafísica, mas também pela observação efetiva do que é justo. Amartya Sen aparentemente tem razão em seus complementos e a leitura deste debate político constitui valiosa ferramenta de compreensão da atual crise constitucional brasileira.

4. A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Embora a Constituição brasileira de 1988 tenha resistido a dois processos de *impeachment* em um espaço de tempo relativamente curto¹⁴, o constitucionalismo brasileiro vive delicado momento em que as instituições públicas demonstram inadequação diante de seus propósitos, com evidente imaturidade de algumas e vícios ditatoriais de outras, com despreparo

¹² Na explicação de Álvaro de Vita: “A noção normativa mais abrangente no enfoque de Sen, no entanto, não é de *functionings*, como tal, e sim de *capacidade*. As *functionings* constituem os *ingredientes do bem-estar*; e as *functionings* que uma pessoa consegue realizar (ou ter acesso) em sua vida definem o nível de bem-estar efetivamente alcançado. (...) As comparações interpessoais de vantagem deveriam se basear sobretudo na liberdade de alcançar bem-estar. (Ibidem).

¹³ Aqui justifica-se a análise neste estudo da relação com a maturidade das instituições brasileiras e o desenvolvimento por vezes pífio do primado da segurança jurídica entre nós.

¹⁴ Cumpre destacar que a crise não se limita aos processos de *impeachment*, mas atinge todo arranjo institucional e o (des)preparo de seus operadores.

de alguns operadores, ou, em outros, preparo demasiado e destoante de seus pares – que resulta em intenções perigosas de salvação da pátria –, entre outros problemas.

A tripartição das funções do poder, no modelo clássico apresentado pelo Barão de Montesquieu (2007), já não é suficiente para a realidade presente na sociedade líquida, informacional, cibernética, complexa, pluralista e dialógica existente nos dias atuais¹⁵. As instituições brasileiras e seus operadores têm demonstrado relativa incapacidade de adequação a essa realidade.

O Poder Executivo, em decorrência do sistema de presidencialismo de coalisão, comprometeu-se gradualmente com a politicagem imposta por grupos oportunistas, normalmente operacionalizados por personagens detentores de cargos eletivos legislativos, sustentados politicamente por financiamentos de campanha de pessoas jurídicas privadas (BRASIL, 2011) que visam manutenção ou formação de monopólios.¹⁶ A necessidade de o Poder Executivo obter maioria legislativa para viabilizar sua política tornou-se terreno fértil para a sua deterioração.

A hipertrofia do Poder Executivo (BEÇAK, 2008), fruto principalmente da maior exigência de políticas públicas decorrente do *Welfare State*, que influenciou o texto constitucional de 1988, no atual contexto de crise institucional decorrente do presidencialismo de coalisão supracitado, acentua drasticamente o quadro em análise.

Por outro lado, as instituições do Poder Executivo, em especial os ministérios, as secretarias e as agências reguladoras, funcionam frequentemente de forma oposta às suas próprias finalidades, em geral atendendo às exigências dos financiadores de campanha, ampliando ou mantendo privilégios, em detrimento exatamente daqueles que deveriam proteger – as pessoas em situação de hipossuficiência (trabalhadores, consumidores, micro, pequenos e médios empresários).

Não é por acaso que, diante desta configuração decorrente de deficiências normativas e “más” escolhas constitucionais, o próprio sistema se aproximou do colapso com a queda de dois presidentes em um espaço de tempo curtíssimo.

O Poder Legislativo, por sua vez, escancara as deficiências do processo eleitoral brasileiro. As reeleições infinitas de parlamentares criam feudos nas Casas Legislativas por

¹⁵ Para análise da modernidade líquida, cf. Bauman (2001). Para análise da sociedade informacional, cibernética, Polizelli (2008). Para análise da complexidade da sociedade e consequências nas instituições públicas e deficiências metodológicas de seus operadores, cf. Faria (2017). Para análise da sociedade pluralista, com enorme pluralidade sobre o que cada cidadão quer para a própria vida e o que quer para a vida de todos, cf. Vita (2007, p. 173). Por fim, para análise da realidade dialógica do contexto democrático, cf. Giddens (2000).

¹⁶ Para análise do surgimento e manutenções dos monopólios no Brasil, cf. Furtado (2007) e Salomão Filho (2015).

todo o Brasil, concentrando poder nas mãos de pessoas e grupos que se perpetuam no cargo por décadas. A obrigatoriedade do voto transforma a corrida eleitoral numa batalha pelo “convencimento” dos ignorantes políticos, não visando educá-los, mas tão somente ambicionando seus votos em campanhas repletas de populismo, reducionismos, engodos e, pior, caricaturas chistosas de personagens criados para reunir adeptos de ideologias políticas ou religiosas extremistas que a filosofia pretendia afastar¹⁷.

Em estudos do combate à corrupção, Sérgio G. Lazzarini (2011, p. 41), aponta a necessidade dos empresários do setor privado de financiar campanhas políticas para manter contato com o poder público e, com isso, manter sua competitividade, prática denominada “clientelismo”, que é a interferência do capital na atividade estatal visando benefícios particulares, com expressiva influência sobre o (mal) funcionamento de ambos os Poderes políticos, Executivo e Legislativo.

Por fim, o Poder Judiciário recebe as mais ácidas críticas na análise da crise constitucional. O ativismo judicial¹⁸, crescente nas últimas duas décadas, é o ponto fulcral na reflexão das consequências do debate político na crise institucional e funcional do constitucionalismo brasileiro.

Com baixa tradição de respeito institucional de padronização das decisões e mesmo de observância de precedentes, o Judiciário permite – apesar de todos os esforços contrários –, a coexistência de uma multiplicidade significativa de interpretações distintas das mesmas normas e situações. As técnicas de interpretação modernas, sem este respeito institucional dos próprios magistrados, criam enorme insegurança jurídica e, principalmente, uma diferenciação grave entre os membros da sociedade capazes de contratar bons advogados que conduzam seus processos até as instâncias superiores e aqueles que nem ao menos têm acesso à informação da existência de seus direitos.¹⁹

A dificuldade de acesso ao Judiciário e a falta de padronização de suas interpretações criam um Estado “A” para os que podem contratar os melhores advogados, e um Estado “B” para os que não podem. O Estado “A” é muito melhor do que o “B”. Ainda existe um Estado

¹⁷ Trata-se aqui, despidoradamente, da existência de políticos caricatos que pregam tudo que a filosofia política gostaria de afastar do cenário político. Embora não se pretenda calá-los – ao menos não numa visão democrática de influência das condições gerais para a democracia de Robert Dahl (1997), o número excessivo de votos recebidos pelos personagens caricatos é nítida disfunção do sistema eleitoral.

¹⁸ Para análise das críticas ao ativismo judicial, cf. Ramos (2009).

¹⁹ Portugal Gouvêa fez rica análise da distorção dos direitos sociais que, ao invés de ajudar aos pobres, serve apenas aos mais afortunados. O exemplo clássico está no direito à saúde, conquistado arduamente por grupos de defensores dos menos favorecidos, mas que no judiciário acaba sendo utilizado pelos mais ricos. As verbas da saúde acabam comprometidas por decisões proferidas pelo judiciário, geralmente em benefício de pessoas que conseguiram contratar advogados para obter tratamentos médicos e hospitalares, enquanto que os mais miseráveis por vezes nem ao menos sabem que têm direito a medicamentos gratuitos. (PORTUGAL GOUVÊA, 2013).

“C”, de miseráveis, com padrão de vida que fere gravemente a dignidade humana, que nem ao menos sabe quais são os seus direitos e os meios pelos quais podem exercê-los e concretizá-los, sendo-lhes negado amparo não só pelo Poder Judiciário, mas por toda a máquina estatal, que lhes abandona.

A sociedade líquida, informacional, cibernética e dialógica (FARIA, 2017; LADEUR, 2016), por um lado, e a abertura axiológica do sistema jurídico a imperativos morais e políticos, por outro, exigem uma transformação da Hermenêutica, a fim de subsidiar o processo interpretativo com as ferramentas adequadas para promover a tradução da vontade popular inserida no tecido normativo. Interpretar uma norma nada mais é que revelar a vontade que a determina. A Hermenêutica jurídica clássica lidava com normas de conteúdo menos vagos e despidos de tantos valores. A constitucionalização e axiologização do direito torna mais volátil e semanticamente menos delimitados os limites conferidos pelo texto, aumentando o número de interpretações possíveis e compatíveis com o ordenamento que cada norma encerra.

Destarte, o intérprete atual submete os atos do poder público ao crivo das seguintes perguntas: a) o meio escolhido pelo poder público é capaz de atingir a finalidade perquirida? b) o meio escolhido e a finalidade perquirida são compatíveis com o ordenamento jurídico? c) o meio escolhido é efetivamente necessário, ou existem outros que sejam menos gravosos e igualmente capazes de atingir o mesmo fim? e d) ao decidir pelo ato sob análise, todos os valores constitucionalmente protegidos foram corretamente ponderados ou, a pretexto de otimizar um, aniquilou-se outro?²⁰

As perguntas “a” e “b” são atribuídas ao conceito de racionalidade, “c” ao conceito de razoabilidade e “d” de proporcionalidade, sendo estas as três premissas do direito²¹ existentes na dimensão substantiva do devido processo legal (GUERRA FILHO, 2007).

Ocorre que, ao submeter qualquer ato público ao crivo destas perguntas, principalmente políticas públicas, o Poder Judiciário substitui os agentes políticos e se torna uma terceira Casa Legislativa, não mais meramente com funções negativas de retirada do ordenamento jurídico de normas inconstitucionais, mas efetivamente ativo na criação política e adequação subjetiva da política que seus membros (juízes não eleitos pelo povo), consideram justas, racionais, razoáveis e proporcionais, muitas vezes de forma vaga, sem nem ao menos desenvolver bem a fundamentação lógica e jurídica do uso desses termos.

²⁰ As influências mais acentuadas nas técnicas atuais de interpretação são de Ronald Dworkin (1999a; 1999b; 2000) e Robert Alexy (2008).

²¹ Alguns autores, como Humberto Ávila (2011), preferem utilizar o termo “postulados” ao invés de “premissas”.

A crise constitucional envolve, portanto, os três Poderes, e o debate político atual de justiça que tem enfoque no institucionalismo transcendental de John Rawls precisa ser analisado, também aqui no Brasil, nesse contexto.

5. A REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA VISTA SOB A ÓTICA DO DEBATE ENTRE RAWLS E AMARTYA SEN

O contratualismo de Rawls, em enfoque metafísico (transcendental) de análise do arranjo institucional e da concepção da natureza do que é justo que melhor atende a sociedade, considera que os indivíduos devam aceitar o contrato existente não por uma percepção de benefícios pessoais, mas por uma impossibilidade de rejeitá-lo com argumentos minimamente razoáveis; não por uma individualidade de propósitos, mas por uma percepção de distribuição correta de direitos e deveres que atenda os interesses de todos, inclusive os próprios.

As instituições, na concepção rawlsiana, portanto, precisam funcionar de tal forma que o cidadão médio não cumpra suas obrigações apenas como fruto da coerção, mas por livremente aceitar como justas as distribuições, ou não conseguir rejeitá-las com argumentos razoáveis.

É necessário unir o transcendental e o fático, verificar em qual medida a teoria metafísica pode tocar a realidade.

Como já mencionado acima, a Constituição brasileira não pode mais ser classificada, como era anteriormente, como uma constituição normativa na classificação de Karl Loewenstein (1964). As instituições brasileiras não alcançam as suas finalidades, pois ou são imaturas ou sofrem por vícios de períodos autoritários.

Além disso, constitui fato notório que a sociedade brasileira sofre com graves problemas de injustiça distributiva que estão acima da sequência principiológica proposta por Rawls. Ainda é um país de miseráveis, com inúmeras pessoas sem moradia, desnutridas, sem acesso ao saneamento básico, ao atendimento médico etc.

Todos esses problemas que antecedem a ordem sequencial dos princípios da justiça como equidade de Rawls são decorrentes, na realidade, de uma verdadeira ausência de Estado. Instituições públicas que não funcionam minimamente impedem qualquer desenvolvimento social. No Brasil, os cidadãos não têm espaço cívico, conforme aponta Gilberto Bercovici, ancorado em Marcelo Neves, em crítica à corrente procedimentalista, que espera desenvolver a sociedade através da negativa da tutela jurisdicional ativista nos espaços negligenciados pelas instituições representativas:

Os adeptos dessas teorias entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos

Estados Unidos. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania. (BERCOVICI, 2003.p. 17).

O direito de petição, basilar para qualquer Estado democrático, é um bom exemplo desta precariedade institucional brasileira. Durante as primeiras décadas da Constituição de 1988, o máximo que se efetivou foi o dever de as instituições públicas receberem petições, mas ainda muito pouco – quase nada – foi efetivado do direito à resposta, implícito no direito de petição. Em outras palavras, cidadãos brasileiros podem peticionar a vontade para as instituições públicas, entretanto não obtêm respostas, nem veem suas demandas solucionadas. Basta observar a dificuldade comum em qualquer município brasileiro de comunicar ao poder público municipal a necessidade de retirada de uma árvore podre, comprometida por estar infestada de cupim, colocando em risco a vida e a propriedade dos munícipes. Este processo, que deveria ser extremamente simples, chega a demorar anos, muitas vezes com desfecho infeliz.

Qualquer solução que seja pensada para a crise constitucional deve se iniciar pelo desenvolvimento institucional que minimamente garanta à população brasileira visibilidade cívica, ou seja, que todos consigam ter acesso às instituições públicas e consigam ser atendidos de forma condizente com a cidadania instituída como basilar no artigo 1º, II da Constituição.

No capítulo IV, § 36, de “Uma Teoria da Justiça”, Rawls estabelece qual Constituição e justiça política atenderia aos ditames da justiça como equidade que propõe. Após estabelecer alguns elementos que devem permitir uma igualdade de liberdade política, Rawls esclarece permanecer na esfera transcendental de arranjo ideal, que deve servir de parâmetro para análise do sistema político. Em suas palavras:

(...) a nossa discussão faz parte da teoria da justiça e não deve ser confundida com uma teoria do sistema político. Estamos em meio à descrição de um arranjo ideal, termo de comparação que define um padrão para julgar instituições reais e indica o que deve ser garantido para que afastamentos em relação a esse padrão se justifiquem. (RAWLS, 2016, p. 280).

A ideia aqui proposta é exatamente atender a essa formulação de Rawls, em reflexões comparativas, buscando identificar se a Constituição brasileira atende aos padrões estabelecidos que viabilizem a justiça como equidade e se seus desvios possam ser de qualquer forma justificáveis por atender as exigências de igualdade em liberdades políticas.

A obviedade da resposta negativa não diminui a importância desta reflexão. A crise do constitucionalismo brasileiro atinge estado crítico que evidencia a proximidade de ruptura. Por isso, antes que seja necessário fazer uma nova Constituição – e todos os riscos envolvidos nessa possibilidade – os constitucionalistas precisam buscar parâmetros de correção da Constituição vigente, para tentar salvá-la.

Nenhuma teoria de justiça é viável sem uma Constituição adequada e sem instituições que atendam minimamente suas finalidades.

Na idealização rawlsiana de Constituição, o valor máximo que deve ser perquirido na análise comparativa é a igualdade de liberdade política entre os cidadãos – a qual Rawls denomina de “princípio da liberdade igual” –, numa democracia participativa, em que o capital econômico privado e seus interesses não distorçam as normas – constitucionais e infraconstitucionais – que devem ser forjadas pela vontade da maioria em um sistema político que permita igualmente a participação de todos.²²

Em síntese, Rawls idealiza uma constituição em que estejam presentes os elementos essenciais de separação dos poderes, sistema de freios e contrapesos, legislativo bicameral, representatividade política bem estabelecida, em sistema eleitoral de financiamento público de campanha, com partidos políticos bem estruturados, que não atendam a interesses privados, com possibilidade igual de participação direta dos cidadãos – ao qual Rawls considera viável expandir – com garantias das liberdades políticas de liberdade de expressão, liberdade de reunião e liberdade de consciência e pensamento.

Para a reflexão aqui proposta, diante da evidência de que nossas instituições não atendem nem minimamente o ideal rawlsiano, um destaque pertinente pode ser dado à preocupação de Rawls com as distorções do capital econômico privado de manipulações do sistema que utiliza para fins próprios.

Segundo o filósofo, historicamente, um dos principais defeitos do governo constitucional tem sido a sua incapacidade de assegurar o valor equitativo da liberdade política. O processo político limita-se a uma rivalidade regulada, não um mecanismo de persecução da equidade. O sistema político continua a favorecer a concentração de riqueza e de poder, de forma cíclica. Quem pode conseguir vantagens com recursos financeiros conseguem conquistar e manter posições decisórias privilegiadas no cenário político e público. O sufrágio universal,

²² Rawls trata dos limites da vontade da maioria em trecho subsequente. No Constitucionalismo, isso se reflete no desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade dos atos do poder público, que serve, inclusive, como parâmetro de análise do quão democrático é o regime de um país, conforme sustenta Felipe Mendonça, em sua tese de doutorado (MENDONÇA, 2019).

possível contraponto a esse movimento de concentração política, mostra-se insuficiente, pois também serve mais para atendimento desse processo de legitimação do *status quo*, que para sua modificação. Mesmo com o fim do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil por pessoas jurídicas, a distribuição do fundo eleitoral é feita sem controle e de modo desigual. Os partidos políticos no Brasil possuem “donos”, déficit democrático e são facilmente cooptados pelo poder econômico. As prévias partidárias não são instâncias democráticas de escolha, mas órgãos legitimadores de decisões tomadas pelas cúpulas. Mesmo partidos que hasteiam a bandeira da democracia se utilizam dos mesmos mecanismos que visam burlar um processo de escolha interna de candidaturas sem cartas marcadas. A coroação desse estado de coisas vem por meio da própria proporcionalidade na distribuição do fundo partidário e do tempo de propaganda eleitoral. Os maiores partidos recebem proporcionalmente mais. Com financiamento maior garantido e mais espaço de propaganda, não há minoria que consiga irromper a vontade da maioria. (RAWLS, 2011, p. 279-280).

A preocupação de Rawls evidencia que o problema não é exclusivo do Brasil, mas próprio do Constitucionalismo, enquanto não levar a sério as distorções causadas pela despreocupação com a disparidade social causada pelo acúmulo excessivo de capital na mão de poucos e possibilidade destes poucos utilizarem o sistema político em benefício próprio.

O nó górdio – que parece insuperável, mas talvez um dia possa ser desatado de forma simples – está, portanto, em nos atermos às modificações necessárias para minimizar as interferências do capital econômico privado, de interesses individuais, sobre a distribuição igualitária de liberdades políticas.

A reflexão deve caminhar para a possibilidade de modificar a Constituição nesse sentido, sendo que os meios de modificação das normas constitucionais já estão fortemente contaminados por esta distorção do capital, tendo em vista a competência constituída dos próprios parlamentares para atuarem como agentes do poder constituinte reformador.

Será necessária uma nova revolução para retomar a Constituição para o povo, ou é possível superar esse “vício” constituinte? Talvez a resposta esteja em um fortalecimento da sociedade civil, sem reformar o próprio Estado. É preciso estabelecer prioridades e, aparentemente, diante da crise atual do constitucionalismo brasileiro, Rawls têm razão em ser esse o maior problema do sistema político, que precisa ser resolvido para possibilitar uma teoria da justiça (qualquer que seja a teoria adotada).

6. ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E SOCIEDADE GLOBAL NO TRANSCENDENTALISMO À BRASILEIRA

A segurança jurídica é considerada o principal alicerce do Estado de Direito, entretanto ambos precisam ser percebidos na realidade social atual, muito mais complexa que aquela na qual estes conceitos inicialmente foram moldados.

A segurança jurídica pode ser tratada - simplificada - como uma exigência de que o Estado atenda às suas finalidades e que concretize o bem estar social ao qual se propõe, ou seja, uma exigência de que o Estado funcione.

Para que o Estado minimamente alcance suas finalidades, ele não pode estar desconectado da realidade, cego quanto às múltiplas exigências globais. O Direito, portanto, tem atualmente como motor não mais a sociedade nacional²³, mas as necessidades globais, o que exige uma adequação aos parâmetros globais de justiça.²⁴

Por outro lado, a função do Estado atual inclui a percepção e concretização do Direito global sem, entretanto, desproteger os nacionais. É um Estado que precisa ser percebido não mais em uma posição hierárquica superior que condiciona verticalmente a sociedade, mas, sim, como mais um personagem dentro da complexidade das relações sociais, que dialoga com os demais de forma mais horizontal do que vertical, buscando ter, no diálogo²⁵ político, a autoridade de um maestro, que permite a participação e concilia todos os músicos que estão sob sua batuta, impedindo que desafinem ou que percam o compasso.

O Direito tem a sua formação dentro das necessidades sociais, portanto não pode ser desconexo da própria sociedade. Os instrumentos de reconhecimento de normas como jurídicas - sendo o processo legislativo o principal - precisam ser adequados e ajustados a essa realidade complexa e aos padrões de justiça do presente, não do passado – menos ainda os de períodos autoritários.

Ocorre que, como desenvolvido anteriormente, o Brasil sofre enorme crise em seu constitucionalismo, seja por deficiências institucionais (as instituições não alcançam suas

²³ Porém continua existindo parâmetros de exigência ao Estado de proteção aos nacionais, pois é decorrência do vínculo jurídico-político da condição de nacionalidade do indivíduo -

²⁴ Amartya Sen, na crítica ao institucionalismo transcendental, contrapõe as idealizações de instituições perfeitas, a soberania e as exigências de uma ideia de justiça global, e ancora-se em Thomas Nagel para afirmar que essa justiça, tenha como caminho mais provável estruturas globais de poder manifestamente injustas e ilegítimas que sejam toleráveis aos Estados-nação mais poderosos. Afirma, ainda, que a criação de um Estado global é fantasiosa, impossível de ser concebida nos parâmetros atuais da sociedade global e que o institucionalismo transcendental deixa pouco espaço para a esperança de uma justiça global. (SEN, 2011, p. 54 e ss.).

²⁵ O termo "diálogo" compreende a multiplicidade de personagens que buscam comunicar no debate político suas vontades. O diálogo é visto como uma comunicação mais limpa, em que os ruídos devem ser eliminados para que todos possam compreender as informações que estão sendo transmitidas pelos diversos personagens. (Cf. HASWANI, 2013).

finalidades), seja por deficiências funcionais (problemas relacionados às práticas de interpretação constitucional e fragilidade ideológica do instituto da segurança jurídica).

As instituições públicas não prezam - como deveria e como exigem os primados da estabilidade e da previsibilidade - pela observância da segurança jurídica como um alicerce fundamental do Estado de Direito. Na crise constitucional brasileira, a percepção de qualquer distribuição justa se torna impossível, diante dos problemas acima identificados que acometem suas instituições jurídicas e políticas.²⁶

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O embate dialético entre a perspectiva de justiça igualitária de Rawls e o contraponto de Amartya Sen, tomado de maneira complementar, permitem não apenas compreender a crise constitucional brasileira, mas também identificar seus problemas genéticos e perfilhar soluções a partir da busca por uma justiça distributiva fundada na concepção da equidade no ponto de partida capaz de viabilizar o gozo igualitário das liberdades e a sociedade tida como justa por impossibilitar argumentos razoáveis contrários ao contrato social, diante dos benefícios bem distribuídos pela sociedade das diferenças econômicas entre os mais ricos e os mais pobres.

A crítica de Sen ao institucionalismo transcendental de Rawls aplicada à realidade do Brasil permite apontar a deficiência do desenvolvimento do instituto da segurança jurídica e a influência do capital econômico privado na formação das instituições públicas e no sistema político como fatores que vulneram a concepção de justiça igualitária sustentada na premissa de um institucionalismo concebido em condições ideais de desenvolvimento.

Por outro lado, a realização da justiça como equidade de Rawls exige a percepção das *functionings e capacidades* a que alude Amartya Sen. A análise das instituições reais e a justiça efetiva dentro de uma sociedade precisa passar não só pelo prisma da metafísica, mas também pela observação efetiva do que é justo.

Em suma, retomando-se as lições de Sen acerca da necessidade de identificação dos fatores reais de justiça, o institucionalismo transcendental se vulnera na medida em que instituições são operadas por pessoas. As normas, embora imperativas, nem sempre são

²⁶ A análise da crise do constitucionalismo brasileiro pode ser melhor compreendida a partir da famosa (talvez fictícia - não foi encontrada em nenhum repositório) pesquisa da universidade de Kioto no Japão dos macacos que não podiam subir a escada para pegar bananas, pois, caso subissem, recebiam jatos gelados d'água, fazendo com estabelecessem entre eles a regra proibitiva, mantida mesmo após todos os macacos terem sido substituídos por novos macacos, comprovando que o comportamento normativo social estabelecido permanece mesmo após o término dos seus motivos determinantes. As instituições brasileiras ainda apresentam vícios herdados de períodos autoritários, que influenciam a interpretação jurídica. A crítica se aplica, inclusive, às bases jurídicas lecionadas pelas faculdades de Direito e às práticas forenses.

cumpridas, devido a interpretações sensivelmente distintas diante de concepções diferentes de justiça. A ideologia ou o conflito de interesses que permeiam o processo decisório, a par de algum despreparo de significativa parcela dos operadores de direito, podem gerar o descompasso entre os ideais constitucionalistas e o (mal) funcionamento das instituições, que gera a realidade da crise.

A maturidade institucional parece ser o principal norte. E para desenvolver minimamente as instituições, é preciso enfrentar o problema da interferência dos interesses privados nas instituições políticas – decorrentes da permissibilidade de influência do capital econômico privado no sistema político –, e o problema da falta de preocupação dos operadores das instituições brasileiras com as exigências de segurança jurídica.

Nesse sentido, as soluções para a crise do constitucionalismo brasileiro devem ser buscadas sob três prismas: (1) valorização da importância do desenvolvimento institucional; (2) modificações normativas que diminuam a distorção de interferência das vontades individuais dos maiores acumuladores de capital no processo político; e (3) valorização das exigências do instituto da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Alemã. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRY, Brian. Justice, freedom, and Basic Income. In: Siebert, H. (org.) *The etical foundations of the Market economy*. Tbingen: J. C. B. Mohr, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *A constituição de 1988 e a teoria da constituição*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.) *Constituição Federal 15 anos. Mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF*. Direito Constitucional e Eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas

eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, §1º, incisos I e II, 24 e 81, caput e § 1º Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Violação aos princípios democrático e da igualdade política. Captura do processo político pelo poder econômico. “plutocratização” do prélio eleitoral. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Prefácio de Fernando Limonge; Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação constitucional*. 1. ed.. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise - Col. Direito, Desenvolvimento e Justiça - Direito Em Debate - 2ª Ed.*, São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. Companhia das Letras, 34ª ed, São Paulo 2007.

HASWANI, Mariângela Furlan. *Comunicação pública*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Disponível em: https://works.bepress.com/karlheinz_ladeur/1/. Acesso em 28 dez. 2016.

LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Elsevier, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. trad. para o espanhol por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

MENDONÇA, Felipe. *A necessidade de introdução de controle jurídico preventivo para atenuar os problemas de legitimidade democrática do controle de normas com amplo apelo popular* - análise comparada Brasil - Portugal - França. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Acesso em: 2 set. 2022.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *Do Espírito das leis*. Trad. Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

POGGE, Thomas. *Realizing rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

POLIZELLI, Demerval Luiz; OZAKI, Adalton M. (Orgs.). *Sociedade da informação: os desafios da era da colaboração e da gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social rights against the poor, *Vienna Journal on International, Constitutional Law*, Vol. 7. 2013.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral* - cidadania Plena. 1996. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Acesso em: 02 set. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. 2009. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Acesso em: 02 set. 2022.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. rev. Álvaro de Vita, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Political liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.