X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

PROCESSO, ADMINISTRAÇÃO, ACESSO E JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VALTER MOURA DO CARMO

VIRGINIA PARDO IRANZO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte desta publicação denominada "capítulo de livro" 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba
Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais
Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

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

---

P963

Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020
Coordenadores: Virgínia Pardo Iranzo; Valter Moura do Carmo; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-023-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

CONPEDI Sociedade Científica do Direito
Vniversitat de València
Facultat de Dret
tirant lo blanch

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

PROCESSO, ADMINISTRAÇÃO, ACESSO E JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado "PROCESSO, ADMINISTRAÇÃO, ACESSO E JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA I" do X Encontro Internacional do CONPEDI Valência/Espanha promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade de Valência (UV), com enfoque na temática "Crise do Estado Social", o evento foi realizado entre os dias 04 e 06 de setembro de 2019 na Universitat de València (Facultad de Derecho), no Campus Tarongers, na Av. dels Tarongers, s\n, València, España.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo e a administração, acesso e jurisdição da justiça, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores brasileiros e espanhóis no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e da Espanha, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título "A abordagem das capacitações de Amartya Sen como parâmetro para a promoção do direito humano ao desenvolvimento por meio de decisões judiciais", dos autores Bruno Ávila Fontoura Kronka e Claudia Maria Barbosa, evidencia que decisões estratégicas, escolhas racionais, modelos atitudinais e consequencialismo são alguns dos conceitos utilizados para justificar os processos de tomada de decisão, com destaque para o modelo trazido por Amartya Sen, em que a abordagem por capacitações de forma promovem o desenvolvimento com liberdade.

O segundo artigo "A constitucionalização do processo administrativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" da lavra dos autores Adriano da Silva Ribeiro e Gláucia Milagre Menezes aponta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em pesquisa realizada no período de 1994 a 2018, reafirma as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, no processo administrativo, independente de previsão normativa específica.

“A eficiência no processo civil brasileiro: uma análise a partir do Código de Processo Civil de 2015”, terceiro da coletânea, é o trabalho das autoras Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, apontam a importância da eficiência, com o foco quantitativo e qualitativo, para o alcance de uma tutela jurisdicional adequada, observado o modelo constitucional de processo.

O quarto texto, com o verbete “A função da jurisdição no estado contemporâneo e seu impacto na estrutura procedimental”, de autoria de Luana Steffens, debruça seus estudos sobre o processo civil e a jurisdição por digressão histórica, para no final verificar se a estrutura procedimental do processo civil está adaptada para albergar a sua contemporânea concepção.

O quinto texto, da lavra dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Thais Barros de Mesquita, intitulado “A Lei nº 13.655/2018 e a implementação de políticas públicas ambientais pelo Judiciário: uma análise do dever de motivação com base nas consequências práticas da decisão” analisa os artigos 20 e seguintes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB - que veda decisões judiciais com base em conceitos jurídicos abstratos, sem que se considere as consequências práticas da decisão, apontando a preocupação da sociedade sobre decisões que desconsideram a realidade e tolhem o processo participativo de construção de políticas públicas.

No sexto artigo intitulado “Análise do artigo 1.013 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 diante do Estado Democrático de Direito e das teorias do processo”, de autoria de Lais Alves Camargos e Sérgio Henriques Zandona Freitas, fazem importante estudo comparativo das teorias do processo, para questionar o preceito que permite que por um acórdão a segunda instância julgue pela primeira vez o mérito da causa em grau recursal, eis que apontam afronta do modelo constitucional de processo.

O sétimo texto da coletânea, dos autores Rafael Peteffi da Silva e João Vitor Gomes Martins, com o verbete “Ética na arbitragem: notas sobre o custo ético da arbitragem” discorre sobre o conceito referencial da ética aplicada, o conceito de escolha racional segundo a ótica da economia clássica e da ética utilitarista, a adoção do racional ético e a estratégia de maximização de utilidade no âmbito da arbitragem, para finalmente examinar se a atuação ética constitui fator determinante para a redução dos custos de transação da arbitragem.

“Limites da convenção processual: (in)submissão do magistrado ao negócio processual privado sobre provas e seus reflexos sobre jurisdição, acesso à justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da prestação jurisdicional” é o título do oitavo texto da coletânea, com

autoria de Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, aponta importante interlocução dos pactos privados segundo a teoria da autonomia da vontade, com a jurisdição, o acesso à justiça, a instrumentalidade e a efetividade da prestação jurisdicional.

O nono texto, intitulado "O Ministério Público estadual de Alagoas em face dos direitos difusos e coletivos de Maceió: a defesa do direito fundamental do acesso à justiça", dos autores Carlos David Franca Santos e Amanda Montenegro Lemos de Arruda Alencar Teixeira, aponta a atuação proativa do Parquet Estadual de Alagoas, em termos de defesa dos direitos difusos e coletivos, considerados os institutos da ação civil pública e do termo de ajustamento de conduta, na cidade Maceió, nos anos de 2016 e 2017.

"O sistema de precedentes no Brasil como forma de desjudicialização de procedimentos", apresenta-se como décimo texto da coletânea, dos autores Adriana Fasolo Pilati e Rafael Machado Soares, faz importante reflexão sobre a inclusão do sistema de precedentes para conferir, à sociedade, segurança jurídica e estabilidade social, além de fator impulsivo da desjudicialização de procedimentos.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra dos autores Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes, intitulado "O sistema recursal no Código de Processo Civil brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça" questiona a manutenção no CPC/2015 do preceito que permite o efeito suspensivo automático no recurso de apelação, apontando a contradição dogmática propalada pela própria norma, qual seja de assegurar às partes o direito de obterem a solução do mérito em prazo razoável.

O décimo-segundo texto da coletânea "O superego do Judiciário brasileiro e a sociedade órfã" apresenta-se como temática abordada pelos autores Camila Ferrara Padin e Yuri Nathan da Costa Lannes, ao compararem a realidade contemporânea do Judiciário brasileiro e o texto escrito pela socióloga alemã Ingeborg Maus, conceitos importados da psicanálise, na busca por um paralelo crítico do comportamento dos magistrados com o ativismo judicial.

O décimo-terceiro texto intitulado "O tempo e o processo: a temporalidade processual como variável importante na operacionalização do Poder Judiciário brasileiro", dos autores Angelica Denise Klein e Everton Rodrigo Santos, enfrenta o grave problema da morosidade processual frente às alterações tecnológicas e as singularidades locais, onde se situam as unidades judiciárias, com destaque para o Princípio da razoável duração do processo, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004.

“Poderes e deveres dos magistrados no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise detalhada do art. 139 do Código de Processo Civil”, de autoria de Marcelo Negri Soares e Izabella Freschi Rorato, como décimo-quarto texto, apresenta estudo comparativo entre o CPC/73 e o CPC/15, ao apontar que preceitos processuais variados na legislação anterior foram reunidos atualmente em apenas um dispositivo, ordenando o sistema processual civil.

Os autores Valter Moura do Carmo e Regis Canale dos Santos apresentam importante temática, no décimo-quinto texto da coletânea, com o artigo intitulado o “Princípio da efetividade e sua incidência no Código de Processo Civil”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica da eficiência, da celeridade e da duração razoável do processo para, em seguida, demonstrar o conteúdo do Princípio da Efetividade no Código de Processo Civil e a dificuldade da busca de sua aplicação.

O décimo-sexto artigo com o verbete a “Visão crítico-contemporânea da natureza jurídica de decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas e o recurso cabível: tendências hermenêuticas e estudo jurisprudencial específico”, de autoria de Jessica Sério Miranda e Letícia da Silva Almeida, aponta a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca do instituto correto de manifestação da parte, diante de pronunciamento judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas, ocasionando complicações no momento da interposição de recursos para impugnar o provimento judicial proferido.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil e na Espanha, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universitat de València (UV) por sua Facultad de Derecho e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Valência, setembro de 2019.

Professora Dra. Virgínia Pardo Iranzo - Facultad de Derecho - Universitat de València

Professor Dr. Valter Moura do Carmo - PPGD da Universidade de Marília - UNIMAR

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES DE AMARTYA SEN COMO PARÂMETRO PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO POR MEIO DE DECISÕES JUDICIAIS

AMARTYA SEN'S CAPABILITIES APPROACH AS A PARAMETER FOR THE PROMOTION OF THE HUMAN RIGHTS TO DEVELOPMENT THROUGH JUDICIAL DECISIONS

Bruno Ávila Fontoura Kronka [1]
Claudia Maria Barbosa [2]

Resumo

As relações dos cidadãos com as instâncias de poder ocorrem de maneiras assimétricas. A abordagem neoinstitucionalista auxilia na compreensão de como essas relações irradiam para o exercício da jurisdição que, embora pretensamente neutra, tende a reproduzir as injustiças sociais. Decisões estratégicas, escolha racional, modelo atitudinal e consequencialismo são alguns dos conceitos utilizados para justificar os processos de tomada de decisão. Amartya Sen sugere que a abordagem por capacitações pode ser útil para superar a desigualdade social porque ela considera variáveis que, combinadas, pode oferecer métricas mais seguras que permitam ao juiz decidir de forma a promover o desenvolvimento como liberdade.

Palavras-chave: Jurisdição, Decisão judicial, Amartya sen, Direito humano ao desenvolvimento, Abordagem das capacitações

Abstract/Resumen/Résumé

Citizens' relationships with instances of power occur in asymmetric ways. The neo institutionalist approach helps in understanding how these connections radiate to the exercise of jurisdiction that, although allegedly neutral, tends to reproduce social injustices. Strategic decisions, rational choice, attitudinal model and consequentialism are some of the concepts used to justify decision-making processes. Amartya Sen suggests that the capabilities approach can be useful to surpass the social inequality because it considers variables that combined in certain ways can offer safer metrics that allow judges to take decisions in order to promote development as freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Judicial decision, Amartya sen, Human rights to development, Capabilities approach

---

[1] Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Servidor Público Federal

[2] Professora Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Cataria.

INTRODUÇÃO

O Estado desenvolveu-se ao longo da história contando com a ordem jurídica como aliada. No início, o soberano era reconhecido na figura do líder que não se submetia ao império da lei. O constitucionalismo moderno distinguiu o papel do magistrado do papel de defensor do Estado, na medida em que passou a limitar o poder do soberano por meio da oposição de liberdades fundamentais e direitos sociais, individuais e coletivos, dos cidadãos por meio das Constituições.

Com a paulatina democratização do Estado, as relações de poder ficaram mais complexas e polimorfas, não sendo possível identificar claramente a quais atores sociais pertencem os interesses refletidos nas políticas públicas e nas normas legais questionadas judicialmente.

Ocorre que as relações hegemônicas de poder irradiam-se na visão dos magistrados no exercício da jurisdição constitucional. Esta, embora pretensamente neutra e imparcial, tende a reproduzir as injustiças sociais pela ausência de um critério de justiça norteador de sua atuação e pela reprodução da "visão de mundo" típica do magistrado, como membro de uma classe social, econômica e intelectual que é elitista.

A falta de parâmetros objetivos que demonstrem se as consequências práticas de cada decisão serão benéficas para os hipossuficientes por ela afetados e também para o desenvolvimento da sociedade, ou se tais interesses são conflitantes, tem causado dilemas não resolvidos de maneira uniforme pelos magistrados. Escolha racional, modelos atitudinal, decisões estratégicas e ponderação são alguns dos conceitos por meio dos quais se busca justificar a decisão judicial.

Em estudo bibliográfico e analítico analisa-se a concepção de Amatya Sen em sua concepção de desenvolvimento como liberdade, como sendo capaz de oferecer alternativas ao processo judicial de tomada de decisão. Sen parte da premissa de que as decisões judiciais podem promover o desenvolvimento, mas os parâmetros existentes para instrui-las são insatisfatórios, sugerindo então que a abordagem das capacitações pode auxiliar em construir parâmetros mais seguros para a tomada de decisão que se volte à promoção dos direitos humanos e aos desenvolvimento como liberdade.

A mera invocação do princípio da igualdade como protetor de direitos humanos, justificativa tradicional para justificar decisões tomadas, por exemplo, em ações que envolvem políticas públicas e direitos fundamentais, é insuficiente para a verdadeira remoção de injustiças sociais. É nesse contexto que se mostra a utilidade do critério das capacitações

pessoais criado por Amartya Sen (*capabillities approach*), que contempla o desenvolvimento como liberdade, como medida da consagração do direito humano ao desenvolvimento por meio do exercício da jurisdição.

1. O PODER E A INÉRCIA DO *STATUS QUO*.

1.1. A legitimidade do governo e as origens das assimetrias nas relações dos cidadãos com o Estado.

Em princípio, todo governo do mundo advém da força e da violência, sendo o homem, portanto, regido pelas mesmas leis de sobrevivência que governam os animais, "entre os quais o mais forte domina" (Locke, 2002, p. 14). O estado natural das coisas refletia a total liberdade dos homens para agir e para regulação de posses de acordo com a sua conveniência, dentro dos limites das leis da natureza, sem que se necessitasse da permissão de outro homem – em uma total igualdade de jurisdição e de poder entre todos – "até que, pelo consentimento próprio, se tornam membros de alguma sociedade política" (*ibidem,* p. 22). Isso gerou a necessidade, por exemplo, de um juiz investido de autoridade sobre os homens, a fim de tirá-los desse estado de natureza (*ibidem,* p. 25). Mas como reconhecer esse soberano?

Na filosofia política de Schimitt (2006), para se reconhecer o soberano, deve-se formular a seguinte pergunta: "quem é competente para decidir quando a Constituição não fixa a competência"? Duas teses centrais respondem a isso: (i) o decisionismo, por meio da qual o soberano é quem decide sobre o estado de exceção – que não é qualquer ordem de estado de sítio, decreto-lei, medida de polícia ou ordem de necessidade. É uma medida em que se suspende a Constituição, mas permanece o Estado e a ordem, ainda que não jurídica (*ibidem,* p. 13); (ii) a teologia política, pela qual todos os conceitos significativos da doutrina do Estado moderno são conceitos teológicos secularizados, isto é, a teoria política dirige o Estado e a soberania da mesma maneira que a teologia faz com Deus (*ibidem,* p. 35).

Muitos filósofos tentaram incumbir-se da árdua missão de diagnosticar de onde advém a legitimidade do poder desse soberano nas diferentes formas de governo. Na busca pela origem da legitimação das formas de exercício do poder no Estado Moderno, Max Weber (1983, pp. 170-204) encontrou certas premissas comuns nas diversas dominações: (i) o consentimento; (ii) um quadro administrativo; (iii) a crença na legitimidade da autoridade. A natureza da motivação determina o tipo de dominação, que pode ser de três tipos: racional-legal[1], tradicional[2] ou carismática[3].

[1] Repousa na crença na legalidade das ordens instituídas e dos direitos de mando dos que exercem a autoridade.

Já Foucault (2014, p. 278-295) demonstrou que o Direito é instrumento reprodutor da dominação do poder pelo soberano (rei) e das técnicas (procedimentos) de sujeição polimorfas. A democratização da soberania foi feita pelo Direito Público e por mecanismos de coerção disciplinar alheios ao Direito. Os mecanismos que desenvolveram as ciências humanas e permitem o exercício do poder estão divididos em: (i) organização jurídica soberana; (ii) técnicas de coerção disciplinar (também chamadas de discursos de normalização), sem os quais apenas existiria a repressão.

A sacralização da ciência tem feito o papel de mediação entre os dois tipos de discurso. Isso fica evidente, para Foucault, quando se observa que tanto a burguesia quanto os detentores do poder não se importam verdadeiramente com loucos, delinquentes, controle da sexualidade infantil – embora o discurso contenha pretensamente essa preocupação –, mas com a propriedade dos mecanismos que controlam, fiscalizam, punem (*ibidem,* p. 288).

Claramente o Estado e o Direito têm sido ferramentas utilizadas para manutenção do *establishment* nas mais diversas sociedades, de modo que a expansão do capitalismo insere-se como principal objetivo dos detentores do poder hegemônico no mundo ocidental desde o seu nascimento concomitante com o Estado Moderno. O capitalismo, contudo, embora seja ainda o modo de produção dominante, traz conflitos que o desafiam, entre os quais a questão ambiental, a qual evidencia o risco presente na sociedade atual e que não era um elemento forte a ser considerado até finais do século XX.

É possível perceber que quando a legitimidade das instituições dominantes e a validade dos padrões de segurança que conferiram estabilidade à sociedade industrial passaram a ser questionados, a sociedade de risco passou a oscilar entre movimentos ambivalentes. Ao mesmo tempo em que promove um movimento reacionário em defesa do crescimento econômico pretendido pelo *status quo,* desencadeia um movimento de transformação da esfera pública que estimula que sejam criados "espaços mais democráticos, inclusivos e plurais que acabam por impulsionar a instituição e o reconhecimento de processos ambientais fundamentados em princípios como acessibilidade, transparência e compromisso com a proteção do macrobem ambiental" (FERREIRA, 2016, p. 152).

É evidente o monopólio do conhecimento da ciência e do uso da tecnologia pelas elites para manipulação da opinião pública conforme os seus interesses. No entanto, na medida em que surgem novas vozes dissidentes que expõem incertezas científicas e

---

[2] Repousa na crença cotidiana na santidade das tradições que regem desde tempos remotos e nos designados para exercer a autoridade tradicional.

[3] Repousa na crença extraordinária na santidade, heroísmo ou exemplo de uma pessoa vocacionada e às ordens a ela "reveladas".

alternativas sistêmicas ao monopólio tecnológico predominante na sociedade, abre-se espaço à democratização do debate público antes dominado pelas elites detentoras do capital ideológico (Beck, 2002, pp. 96-108).

O Poder Judiciário brasileiro está inserido em um contexto de um processo político latino-americano que sempre sofreu distorções eurocêntricas na avaliação das injustiças estatais contra os povos afetados, em que uma evolução linear da história foi substituída por uma visão dualista que objetiva separar a natureza da sociedade, o corpo da razão. Esta visão dualista enfraquece os objetos analisados, tornando-os presas fáceis para dominação[4]. Aliás, a pretensão eurocêntrica de ser a exclusiva produtora e protagonista da modernidade é uma pretensão etnocentrista (Quijano, 2005, pp.227-278).

1.2. A reprodução das assimetrias sociais pelo Poder Judiciário.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário começa a se consolidar como guardião da constituição, com base em teorias que tornaram o Direito mais técnico e científico. A consolidação da jurisdição constitucional para direitos e garantias individuais só se estabelece após 1945 até mesmo na Suprema Corte dos EUA, que "praticamente inventou o controle de constitucionalidade em 1803" (Silva, 2013, p. 214).

O *judicial review* expressa-se como o poder dos tribunais para examinar as ações do Poder Legislativo, Executivo e Administração Pública e determinar se tais ações são consistentes com a Constituição. A instituição do *judicial review* depende da existência de uma Constituição escrita.

A crítica à construção teórica de Kelsen que conferiu o papel do controle abstrato da constitucionalidade das normas, como um legislador negativo, com possibilidade de anular leis que contrariem a Constituição, a um tribunal especialmente criado para isso (ainda que inicialmente não faria parte da estrutura do Judiciário), baseia-se na observação de que o maior jurista do Século XX "falhou em construir barreiras teóricas para conter o arbítrio dos juízes e tornar a jurisdição constitucional inofensiva à política democrática". Não obstante, o *judicial review* tornou-se uma instituição indispensável na maioria dos estados contemporâneos (Silva, 2013, p. 222).

[4] Em alguns países da América Latina o processo de eurocentrismo foi impossível de se sustentar, pois a maioria da população era formada por índios, negros e mestiços. É o caso de México, Bolívia, Peru, Equador. Mesmo assim quando da independência destes países no século XIX, a pequena minoria branca tentava por todos os meios manter-se no poder. E essa minoria branca que ascendia ao poder estava mais interessada nos seus interesses e nos de seus pares europeus do que no bem dos povos indígenas, negros e mestiços, mesmo que esses últimos fossem maioria da população e legítimos possuidores de direitos.

A questão que se levanta é que, por meio do controle de constitucionalidade, o Judiciário interpreta a Constituição em matérias de grande relevância, por vezes contra a vontade da maioria legislativa. Deve haver, portanto, uma deferência (ou impotência) legislativa diante de outro Poder da República, mas essa reverência faz com que a vontade da maioria possa ser obstada antidemocraticamente por agentes e por grupos de magistrados que representam minorias – até muitas vezes elitistas.

Esse protagonismo judicial é, em regra, consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se pretende democrático, sobretudo ante o vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos. O argumento de se tratar de um Poder que utiliza o discurso racional de órgãos imparciais, a proteção dos direitos fundamentais, das minorias contra a tirania da maioria e do conteúdo de justiça em uma democracia, por exemplo, deve ceder ante as inúmeras demonstrações das mitologias sobre as quais se fundam. Impõe-se a desmitificação das funções exercidas pelo Judiciário e o resgate da legitimidade perdida pelos demais poderes e pela própria sociedade civil organizada.

Madison *et al* (2003) sustentam ser a competição política – e não a harmonia entre os Poderes – a condição relevante para o denominado *checks and balances.* Assim, a natureza humana estimula a concentração de poder – e não o seu pacífico compartilhamento –, cuja disputa é canalizada pelo princípio da Separação dos Poderes, que participa de um sistema autossustentável de controle mútuo guiado por mecanismos de Direito Constitucional (Silva, 2013).

Embora alguns conflitos entre Poderes tenham gerado instabilidades institucionais ao longo da história, muitos desses desacordos arrefeceram e consolidaram ainda mais o arranjo estável entre os Poderes. Silva (2013, p. 74-75) cita autores, como Friedman (2009) que acreditam que o avanço do Judiciário no âmbito de tais desacordos políticos decorre de certa aceitação social desse seu novo papel. Wittington, por seu turno, denuncia que tais acordos são frutos de arranjos políticos para beneficiar os próprios políticos.

Para o cientista política canadense Ran Hirschl (2007, p. 91), a judicialização da política é uma escolha racional dos atores políticos autointeressados, num processo que decorre da premissa de que "delegar a autoridade de fazer política para as cortes pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, portanto, reduzir seus riscos [dos políticos] e do aparato institucional em que eles operam".

O fenômeno chamado de "*Juristocracy"* ("Juristocracia"), termo cunhado pelo professor canadense, consiste na transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas, isto é, "é o

emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de 'megapolítica': controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras" (Hirschl, 2009, p. 146-147).

Qualquer que seja a justificativa para a entrega a um único órgão da primazia de dizer a "última palavra" em uma Democracia, ressoa como discurso de busca por mais poder. Nesse sentido:

> O intuito aqui é diverso: tentar desconstruir algumas das místicas que acompanham o discurso, hoje já naturalizado, de que: 1) não há conflito, mas um diálogo harmônico entre os poderes; 2) o desacordo político sobre direitos é mais bem resolvido pelo Judiciário, sobretudo diante de sua capacidade técnica e propósito de defesa de minorias (este item será ainda mais trabalhado no tópico seguinte); 3) a última palavra é do Judiciário e qualquer tentativa de se interpretar diferentemente ferirá os mais basilares princípios do constitucionalismo democrático (BENVINDO, 2014, p. 80).

Algumas análises empíricas demonstram isso, tais como a pesquisa "A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais" (Costa; Benvindo, 2014), em que foram analisados todos os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato no período compreendido entre 1988 e 2012, e que revelou, entre outras coisas,

> [...] um índice bastante baixo de decisões de procedência (cerca de 1/3 de todas as ações efetivamente julgadas) em matéria de direitos fundamentais. [...] Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões se referia aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial). [...] 10%, aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5%, à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social". [...]"60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativo" (Benvindo, 2014, 86-87).

A influência consciente e inconsciente do pensamento ideológico nas tomadas de decisão do magistrado tem sido denunciada pela doutrina contemporânea[5]. Aliás, pior do que decidir ocultando a própria ideologia é a pretensão daquele "que decide ideologicamente,

[5] "Com efeito, a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos. Por exemplo: na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a posição contrária à lei que as autorizava foi liderada por Ministro ligado historicamente ao pensamento e à militância católica, sendo certo que a Igreja se opõe às investigações científicas dessa natureza. Nos Estados Unidos, fez parte da estratégia conservadora, iniciada com a posse de Ronald Reagan, em 1981, nomear para a Suprema Corte Ministros que pudessem reverter decisões judiciais consideradas progressistas, em temas como ações afirmativas, aborto e direitos dos acusados em processos criminais89. Inúmeras pesquisas, no Brasil e nos Estados Unidos, confirmam que as preferências políticas dos juízes constituem uma das variáveis mais relevantes para as decisões judiciais, notadamente nos casos difíceis. É de se registrar que o processo psicológico que conduz a uma decisão pode ser consciente ou inconsciente" (Barroso, 2012, p. 32).

imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade" (Clève, 1993, p. 48).

2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO.

2.1.O custo político do consequencialismo judicial progressista.

Cabe ao Judiciário promover soluções estratégicas e consequencialistas[6] dos conflitos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito? Contrária à visão do Poder Judiciário como mero pacificador da sociedade, Chantal Mouffe (1996, p. 19) afirma que a ideia de que uma resolução final dos conflitos é eventualmente possível coloca em risco o projeto democrático. A autora acrescenta:

> As relações de autoridade e de poder não podem desaparecer completamente e é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo própria, porque este tipo de fantasia conduz ao totalitarismo. Um projeto de democracia radical e plural, pelo contrário, exige a existência de multiplicidade, de pluralidade e de conflito e vê neles a razão *d'être* da política (Mouffe, 1996, p. 33).

A defesa da adoção de visões estratégicas pelas Cortes constitucionais normalmente está atrelada ao medo de que a tomada de decisões progressistas possa dar vazão a conflitos sociais latentes e resulte em uma posterior perda de direitos das minorias políticas.

De uma perspectiva estratégica, é plausível o argumento de que tanto as partes quanto o Judiciário devem analisar caso a caso se é o momento correto, os efeitos disso e se os benefícios advindos do litígio ou da legislação valem o risco de levar a diante uma questão que pode ser o estopim de um grande conflito social e institucional, causando um retrocesso a direitos sociais das minorias afetadas. Post e Siegel (2013) combatem essa postura, justificada nos movimentos que se sucederam à decisão da Suprema corte no caso Roe v. Wade. Para Siegel, longe de a reação ter sido provocada pelo precedente ali estabelecido, ele poderia ter sido apenas a gota d'água para uma grande discussão sobre aborto que já estava ocorrendo nos EUA e que teve como consequência um grande retrocesso na maioria dos estados

[6] O consequencialismo diz que a ação correta é aquela que traz o maior valor (incluindo todo significado de "valor" existente). Existem muitos tipos de teorias consequencialistas: (i) utilitaristas, que não distinguem entre fazer e permitir que se faça algo, ou entre matar e permitir que alguém morra. Como os filósofos morais utilitaristas estão apenas interessados nas conseqüências, eles não fazem essas distinções. Eles apenas aguardam os resultados de suas ações para o coletivo de pessoas, ignorando os indivíduos (Mulgan, 2014, 139); (ii) consequencialismo de satisfação: para o qual somos apenas obrigados a produzir um resultado bom o suficiente, em vez de buscar o melhor resultado possível (enfocando um procedimento de decisão plausível); (iii) consequencialismo híbrido ou parcial, segundo o qual cada agente deve ser autorizado a atribuir um valor maior proporcionalmente ao seu próprio interesse do que aos interesses de outras pessoas (Mulgan, 2014, 183-205).

americanos. Portanto, será que se a questão não tivesse sido judicializada perante a Suprema Corte o conflito, ainda assim, não seria inevitável?

Segundo a abordagem estratégica da decisão judicial mais seguida, há indícios de que os juízes perseguem as suas preferências políticas ainda que sujeitas a restrições tanto da própria corte como da comunidade externa (MALTZMAN ET ALL, 1999, P. 43). Ao tomarem decisões estratégicas, os magistrados percebem que a habilidade deles de alcançar os seus objetivos depende de considerar as preferências dos demais, as expectativas de escolhas e do contexto institucional do ato:

> This strategic approach rejects two notions central to alternative views of Court dynamics: first, that justices are sufficiently constrained by legal precedent that their policy preferences have little influence over their actions on the bench, and second, that justices are "unconstrained" and thus they are free to pursue their policy goals (Maltzman et al, 1999, p. 43)[7].

Após o advento da abordagem behaviorista nos anos de 1960 e da análise da escolha racional, os teóricos do Direito propuseram uma abordagem atitudinal, segundo a qual os atores políticos têm o seu comportamento e preferências determinados por fatores externos – e não por posição política ou ideológica:

> First, the attitudinal approach continues to see the actions of justices as shaped by forces (in particular, preferences) outside the strategic context of the Court. Second, the attitudinal approach continues to view individuals as the analytical building blocks and outcomes as the aggregation of individual actions. The attitudinal model forecasts case outcomes as a reflection of the aggregated preferences of a Court majority (Maltzman et al, 1999, p. 45-46)[8].

O Neoinstitucionalismo (*new institucionalism*) foi uma reação a duas bases da tradição behaviorista: a de que o comportamento humano é predeterminado e a de que as ações dos indivíduos podem ser coletivizadas de acordo com reflexos políticos. Embora normalmente esse rótulo seja usado para caracterizar uma variante da análise da escolha

[7] Tradução livre: "Esta abordagem estratégica rejeita duas noções centrais a visões alternativas da dinâmica da Corte: primeiro, que os juízes são suficientemente limitados por precedentes legais de que suas preferências políticas têm pouca influência sobre suas ações na bancada e, segundo, que os juízes estejam "irrestritos" e assim eles são livres para perseguir suas metas políticas".

[8] Tradução livre: "Primeiro, a abordagem atitudinal continua a ver as ações dos ministros como moldadas por forças (em particular, preferências) fora do contexto estratégico da Corte. Segundo, a abordagem atitudinal continua a ver indivíduos como os blocos de construção e os resultados analíticos como a agregação de ações individuais. O modelo atitudinal prevê os resultados dos casos como um reflexo das preferências agregadas de uma maioria no Tribunal".

racional na tomada de decisão, essa corrente também enfocou o estudo sobre decisões estratégicas da Corte[9].

O neoinstitucionalismo histórico, linha interpretativa que tem como destaque Skocpol (1985), apresenta uma elucidação observável no processo de tomada de decisão forjado na corte constitucional brasileira, de que "as relações de poder são assimétricas, ou seja, as instituições repartem o poder de maneira desigual entre os grupos sociais, assim como certos grupos ou interesses têm um acesso desproporcional ao processo de decisão" (CARVALHO, 2018, p. 612).

Do ponto de vista da retórica do discurso racional, o STF utiliza a flexibilidade de conceitos como o princípio da proporcionalidade, de superprincípios como o da dignidade da pessoa humana, e de conceitos importados como o "núcleo essencial" para, a pretexto de defender a democracia, os princípios estruturantes do constitucionalismo, as minorias, abarcar anseios coletivos antes tidos como mais afeitos ao campo de decisão do parlamento, ampliando a sua esfera de poder (BENVINDO, 2014, p. 90).

A importância de uma decisão consequencialista, mesmo se se tentar declarar alguns tipos particulares de ação para serem invariavelmente rejeitáveis, não importa quão boas sejam suas conseqüências, de acordo com o Amartya Sen pode ser resumida da seguinte forma:

> Given the intrinsic importance of well-being, and indeed of agency, it is not credible that a person can morally evaluate his or her actions without taking note of their effects on the well-being and agency aspects of others (including their well-being freedom and agency freedom) […]Consequences are relevant even if consequence judgments do not enjoy a hegemony over action judgments (SEN, 1985, p. 216)[10].

A técnica da proporcionalidade, que tem sido utilizada nesse mister, consiste na verificação da compatibilidade entre fins perseguidos por uma lei ou ato administrativo que regulamenta ou restringe o exercício dos direitos humanos ou fundamentais e os meios por ela

[9] "We define strategic action as independent behavior with justices' choices shaped, at least in part, by the preferences and likely actions of other relevant actors. To act strategically, of course, justices must understand the consequences of their own actions and be able to anticipate the responses of others. […] It is important to note that […] strategic justices will not necessarily act insincerely. If the political context favors the justice's preferred course of action, a strategic justice's behavior will be the same as it would be without constraints". (Maltzman et al, 1999, p. 47).

[10] Tradução livre: "Dada a importância intrínseca do bem-estar e, de fato, do arbítrio, não é crível que uma pessoa possa avaliar moralmente suas ações sem tomar nota de seus efeitos nos aspectos de bem-estar e agência de outros (incluindo sua liberdade de bem-estar e sua liberdade de agência) […] As conseqüências são relevantes mesmo se os juízos de conseqüência não desfrutam de uma hegemonia sobre os julgamentos de ação".

utilizados para tanto, a partir dos subcritérios da (i) adequação, (ii) necessidade das medidas e (iii) proporcionalidade em sentido estrito[11].

Contudo, essa técnica amplia excessivamente a discricionariedade do magistrado na escolha do fundamento mais hábil à realização da justiça em casos que revelem uma colisão de direitos fundamentais de igual hierarquia. Tal método ainda é dependente de uma conduta judicial autocontida e da crença cega na pureza da motivação da decisão judicial, o que não obsta totalmente que a ponderação exprima o viés político ou ideológico intrínsecos à norma e ao julgador.

No Brasil, o Código de Ética da Magistratura Nacional, Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337, incentiva a prudência nas decisões judiciais, estabelecendo que o magistrado deve estar atento às consequências que pode provocar, nos seguintes termos: "Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar".

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja redação foi recentemente alterada pela Lei n. 13.655/18, incluiu o consequencialismo entre os princípios norteadores dos atos jurisdicionais, além das decisões administrativas e de controladorias. Determina a nova legislação que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, bem como a intervenção em políticas públicas devem ser devidamente motivadas indicando-se os parâmetros de proporcionalidade e os efeitos práticos considerados na decisão.

O desafio é buscar um parâmetro justo de comparação de ganhos e de perdas das partes envolvidas no conflito estabelecido – embora os interessados possuam acessos assimétricos ao processo de decisão estatal.

2.2 O problema da invocação do princípio da isonomia como critério de extração de injustiças.

Fraser (2006) identifica dois gêneros principais de injustiça que devem ser reparadas. A primeira é a injustiça (socio)econômica, que advém, sobretudo**:** (i) da exploração: expropriação do fruto do próprio trabalho em benefício de outros; (ii) da marginalização econômica: tanto por meio da sujeição a um trabalho indesejável e mal pago, como também

[11] A teoria relativa é a que melhor se adapta à dinâmica do processo decisório em questões constitucionais mais complexas, cabendo a ponderação de interesses pelo Judiciário em duas hipóteses: (a) quando inexistir regra legislativa específica resolvendo determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto, ou (b) quando a regra legislativa em questão tiver a sua constitucionalidade questionada, pela via incidental ou principal (SARMENTO, 2003, p. 113-114).

da falta de acesso a um trabalho remunerado; e (iii) da privação: falta de acesso a um padrão de vida material adequado. A autora observa que, para tais injustiças, vários remédios são usualmente propostos, *v.g.*: redistribuição de renda; reorganização da divisão do trabalho; controles democráticos do investimento; transformação de outras estruturas econômicas básicas.

O segundo tipo é a chamada injustiça cultural ou simbólica, que advém, sobretudo: (i) da dominação cultural: submissão a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios ou hostis à sua própria; (ii) do ocultamento: invisibilização social por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura; (iii) do desrespeito: desqualificação rotineira nas representações culturais públicas estereotipadas ou nas interações da vida cotidiana. Para tais injustiças, vários remédios são usualmente propostos, *v.g.*: revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados; reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural; transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do *eu* de todas as pessoas (Fraser, 2006).

Rawls (2002, 127-208) constrói sua teoria liberal-igualitária sob as seguintes premissas: (i) posição original: situação hipotética que define o status apriorístico de todos na sociedade, a partir do qual qualquer consentimento atingido entre as partes é justo, porque livre de contingências arbitrárias e do desequilíbrio das forças sociais; (ii) "véu de ignorância": As pessoas desconhecendo a posição futura na qual residirão e também quais bens e princípios seriam disputados no meio social, consentem – previamente – sobre a ordenação da sociedade; (iii) "justiça como equidade": princípios que resultam das escolhas realizadas por pessoas livres, racionais, interessadas em si mesmas, situadas na posição original de igualdade.

Dois princípios de justiça exsurgiriam do contrato hipotético: 1) Princípio da igualdade ("maior liberdade igual"), segundo o qual todos os cidadãos devem receber a oferta das mesmas liberdades básicas (civis, direitos sociais e econômicos), como liberdade de expressão, religião, etc; 2) Princípio da diferença, no qual só serão permitidas as desigualdades sociais e econômicas que visem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade (*ibidem*).

Michael Sandel (2014) resume os argumentos contrários à tese igualitária de Rawls nas seguintes objeções: se os talentosos não tiverem estímulo (ganhar mais) o que acontece se eles não desenvolverem suas habilidades? A despeito do talento, as pessoas não merecem a recompensa do que conquistaram com seu mérito? Para Rawls, o mérito moral não pode ser

fundamento da justiça distributiva por dois motivos: (i) ter o talento que leve a uma posição privilegiada na competição não é um mérito totalmente próprio; (ii) as qualidades valorizadas por uma sociedade em determinado momento histórico também são moralmente arbitrárias (SANDEL, 2014, pp. 195-197).

Adotada essa perspectiva de equidade, certamente o utilitarismo não seria a visão ética escolhida pela maioria, porque poderíamos ficar sujeitos à maximização do bem-estar de uma maioria à qual não sabemos se pertencemos. Sob a ótica de Rawls, a implementação de políticas para compensar as minorias, a fim de igualar os bens primários distribuídos a todos, é totalmente justificável ética e juridicamente.

Mello (1999, p. 41-42) indica quatro elementos para que um fator de discriminação legal seja compatível com o princípio da isonomia e afirma que deve haver necessidade de correlação entre o sistema constitucional e o fundamento de desequiparação: que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferençados; que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; que, *in concreto*, o vínculo de correlação referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público[12].

Não obstante a evidência de tais avanços teóricos voltados à tentativa de superação de injustiças sociais, ainda são necessários parâmetros mais objetivos de medição da equidade das decisões judiciais, de suas consequências práticas. O Poder Judiciário está obrigado, desse

[12] Imperioso trazer à baila os ensinamentos do Ministro Herman Benjamin, que, ao manifestar-se em *obter dictum* sobre a possibilidade de implantação de políticas afirmativas em universidades, observou a imprecisão com que tem sido invocado o princípio da isonomia, que dá margem à reprodução de injustiças sociais. Asseverou que o único meio de promoção da igualdade material de pessoas socialmente vulneráveis é por meio da extração de injustiças que perpetuem "vantagens pessoais, originadas de atributos individuais, hereditários ou de casta, associados à riqueza, conhecimento, origem, raça, religião, estado, profissão ou filiação partidária", *in verbis:* [...] Políticas afirmativas, quando endereçadas a combater genuínas situações fáticas incompatíveis com os fundamentos e princípios do Estado Social, ou a estes dar consistência e eficácia, em nada lembram privilégios, nem com eles se confundem. Em vez de funcionarem por exclusão de sujeitos de direitos, estampam nos seus objetivos e métodos a marca da valorização da inclusão, sobretudo daqueles aos quais se negam os benefícios mais elementares do patrimônio material e intelectual da Nação. Frequentemente, para privilegiar basta a manutenção do status quo, sob o argumento de autoridade do estrito respeito ao princípio da igualdade. 10. **Sob o nome e invocação do mencionado princípio, praticam-se ou justificam-se algumas das piores discriminações, ao transformá-lo em biombo retórico e elegante para enevoar ou disfarçar comportamentos e práticas que negam aos sujeitos vulneráveis direitos básicos outorgados a todos pela Constituição e pelas leis. Em verdade, dessa fonte não jorra o princípio da igualdade, mas uma certa contra-igualdade, que nada tem de nobre, pois referenda, pela omissão que prega e espera de administradores e juízes, a perpetuação de vantagens pessoais, originadas de atributos individuais, hereditários ou de casta, associados à riqueza, conhecimento, origem, raça, religião, estado, profissão ou filiação partidária** [...] (Brasil, 2010. Grifei).

modo, a construir uma fundamentação que indique qual deve ser o critério da identificação de uma situação concreta de injustiça.

Para tanto, propõe-se que seja avaliado, em cada decisão, em que medida a norma violou ou promoveu, no caso concreto ou em abstrato, o direito humano ao desenvolvimento, sob a perspectiva da abordagem das capacitações de Amartya Sen.

2.2. A possibilidade de invocação do direito ao desenvolvimento sob a perspectiva da abordagem das capacitações, de Amartya Sen, como parâmetro de equidade nas decisões judiciais.

A abordagem de Amartya Sen é o caminho ainda insuficientemente explorado pelos estudos jurídicos, de conciliação entre as liberdades individuais e coletivas que pretendem permitir do crescimento econômico (normalmente equivocadamente identificado como desenvolvimento da nação), e a igualdade de oportunidades (normalmente equivocadamente ligada somente à atuação protetiva estatal). Seus escritos permitem visualizar o desenvolvimento como maximização das capacitações pessoais, e eventualmente de grupos, o que fornece aos operadores do Direito uma ferramenta fundamental para avaliação das políticas públicas que a um só tempo sejam promotoras da liberdade e da igualdade de seus destinatários.

A métrica que leva em conta as capacitações dos indivíduos (*capabilities approach*) possui inúmeras vantagens em relação à medição institucional transcendental (métrica baseada nos recursos), para lidar com discriminações, com as variações nos funcionamentos que tenham importância para a Democracia e com serviços públicos. O autor classifica ao menos quatro fontes de variação na conversão da renda de acordo com o tipo de vida que as pessoas levam: (i) heterogeneidades pessoais; (ii) diversidades no desenvolvimento físico; (iii) variações de ambiente; (iv) diferenças de relacionamentos interpessoais (SEN, 2011, p. 255). A possibilidade de se combinarem essas variáveis de diferentes formas permite que se tenha dados mais confiáveis e avaliações mais precisas do que aquelas possibilitadas pela abordagem baseada apenas nos recursos.

Por exemplo, a relevância da existência de mais de 600 milhões de pessoas que vivem sob alguma forma de uma importante deficiência (das quais mais de 400 milhões vivem em países em desenvolvimento), é normalmente subestimada por políticas públicas. Contudo, afirma Sen, que não é a baixa renda que mais aflige essas pessoas, mas a liberdade para ter uma vida boa, seja individual ou coletivamente, é que é afetada de mais diversas

formas (Sen, 2011, p. 260), uma constatação que, advoga Sen, somente a abordagem por capacitação permite evidenciar.

A oposição entre igualdade e liberdade é equivocada porque elas não são alternativas, mas complementares (Sen, 1992, pp. 22-23). A redução da desigualdade de renda tampouco significa algo do ponto de vista do desenvolvimento – trata-se de um critério enganoso, uma vez que a riqueza é um meio para se atingir o que realmente tem valor. E o que teria realmente valor para se avaliar a justiça nas políticas públicas e nas relações de forças e poder entre pessoas e instituições? Para Sen, a amplitude das capacitações individuais, isto é, o espaço de liberdades de bem-estar e de liberdades de agência ("*capabilities*" são a soma da "*well-being freedom*"[13] com a "*agency freedom*"[14]) é o importa.

Por que estabelecer as capacitações pessoais como critério de justiça? Em primeiro lugar, porque as capacitações englobam não apenas a liberdade em seu aspecto instrumental, que leva ao bem-estar de uma pessoa, mas também a chamada liberdade substantiva, que tem um valor intrínseco a ser considerado. Além disso, a possibilidade de fazer uma opção é decisiva. Uma pessoas que jejua voluntariamente para denunciar a fome no mundo é um bom exemplo de que ter liberdade para fazer algo pode ser melhor do que fazê-lo. As políticas públicas precisam medir o desenvolvimento da sociedade em termos de liberdade de realização, em vez das realizações reais (SEN, 2009, p. 237).

Antes que se diga que essa visão de desenvolvimento enquanto direito humano inalienável garantidor de liberdades fundamentais não encontra respaldo normativo, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986) consagrou essa garantia da pessoa humana e impôs a todos o respeito e a responsabilidade por sua realização, e aos Estados o dever de proteção e promoção de políticas públicas "que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa [*sic*] dos benefícios daí resultantes"[15].

---

[13] "A capacitação de uma pessoa de ter vários vetores funcionais e de desfrutar das realizações de bem-estar correspondentes" (Sen, 1985, p. 203, tradução livre). Os vetores funcionais são o conjunto de atividades pessoais objetivas ou estados que podem ser avaliados no bem-estar individual. Eles são o principal critério para a classificação do bem-estar de Amartya Sen (*ibidem,* pp. 197-198).

[14] Refere-se ao que a pessoa é livre para fazer em busca de quaisquer objetivos ou valores que considere importantes (a concepção pessoal do que é bom). Em outras palavras: trata-se da liberdade de perseguir qualquer coisa que a pessoa, como agente responsável, decide que pode alcançar (Sen, 1985, pp. 203-204).

[15] Artigo 1º

1.O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a

O farto tratamento constitucional do desenvolvimento permite uma série de conclusões, dentre as quais a de que o desenvolvimento das potencialidades humanas tem a sua promoção garantida como direito fundamental. É esse o entendimento expresso por Folloni (2014, p. 81), para quem o desenvolvimento:

> (a) deve ser um desenvolvimento econômico, no sentido de produção e distribuição de riquezas, ao menos enquanto isso for necessário; (b) deve ser um desenvolvimento social, no sentido de desenvolvimento da sociedade como um todo e não apenas dos indivíduos, e no sentido de proporcionar a satisfação dos direitos sociais; (c) deve ser um desenvolvimento que contribua para o bem estar de todos e permanecer, com esse bem-estar, em equilíbrio; (d) deve contribuir para permitir, a todas as pessoas, o desenvolvimento integral de suas potencialidades humanas e culturais; (e) deve ser obtido sem que isso prejudique o equilíbrio ecológico do meio ambiente e a vida sadia das presentes e futuras gerações.

Percebe-se, assim, que a abordagem a partir das capacitações pessoais defendida por Amartya Sen (*capabilities approach*), que contempla o desenvolvimento como liberdade, pode e deve ser utilizada como medida da consagração do direito humano ao desenvolvimento. Essa teoria não conflita com as previsões constitucionais e nem com as normas internacionais que referem ao desenvolvimento.

Além disso, oferece um critério objetivo para aferição da proporcionalidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, bem como das consequências práticas

---

> ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
> 2.O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as sua riquezas e recursos naturais.
> Artigo 2º
> 3.A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.
> 4.Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.
> 5.Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes" (ONU, 1986).

do exercício da jurisdição, já que permite aferir se houve, no caso concreto, redução das injustiças socioeconômicas e das culturais ou simbólicas a partir da percepção do desenvolvimento como medida de expansão das liberdades de bem-estar e de agência dos indivíduos envolvidos.

3. CONCLUSÃO

Como resposta às questões introdutórias, conclui-se:

1. O Poder Judiciário não realiza o seu papel de intérprete contramajoritário do ordenamento jurídico e deixa de remover as injustiças sociais levadas ao seu conhecimento quando atesta a constitucionalidade de normas reprodutoras das assimetrias do sistema, sem observância das consequências práticas que aquela decisão terá para as partes afetadas.

2. As decisões judiciais intervêm constantemente em políticas públicas sem indicar um critério unificado de mensuração do avanço ou do retrocesso social tolerável. O grau de violação, no caso concreto ou abstratamente, ao direito humano ao desenvolvimento pelo ato administrativo ou normativo *sub judice* não tem feito parte da análise jurisdicional.

3. O critério das capacitações pessoais criado por Amartya Sen (*capabilities approach*), que contempla o desenvolvimento como liberdade, pode ser utilizado como meio eficaz de consagração do direito humano ao desenvolvimento. Trata-se de meio de aferição mais preciso da adequação, necessidade e equidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, bem como das consequências práticas do exercício da jurisdição, maximizando o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais e, em última análise, a própria consolidação da Democracia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea. ISBN 978-85-99216-10-1. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial:* Direito e Política no Brasil contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global.* España: Siglo Veintiuno, 2002.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.* Nova redação dada pela Lei nº 13.655, de 2018. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Último acesso em 07/01/2019.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, RESP - RECURSO ESPECIAL – 1179115, DJE DATA:12/11/2010.

BRASIL. STF, ADC 19/DF, rel. Marco Aurélio, 09/02/2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497. Último acesso em 07/01/2019.

CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes irresponsáveis?,* Tradução e revisão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: 1989.

CARVALHO, Cristina Helena Almeida de. *Neoinstitucionalismo.* In: *Dicionário de políticas públicas.* Organizado por Geraldo Di Giovanni, Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2018, pp. 610-613.

CLÈVE, Clemerson Merlin *Ações afirmativas, justiça e igualdade*. Revista Digital de Direito Administrativo, v.3, n.3, 2016, pp. 542-557.

_____. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais.* Pesquisa realizada entre 2010 e 2013, sob financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, conforme Edital MCT/CNPq no 14/2010 – Universal. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Relatório de pesquisa disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf . Último acesso em 07/01/2019.

FALUDI, Susan. *Backlash: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres.* Tradução de Mário fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *What do we mean when we talk about 'Critical Constitutionalism'? Some Reflections on the New Latin American Constitutions*. *In*: NOLTE, Detlef; SCHILING-VACAFLOR, Almut *New Constitutionalism in Latin America: promises and practices.* Germany: Giga (German Institute of Global and Area Studies), 2012. Capítulo 5, pp. 99-122.

FERREIRA, Helini Sivini. *A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In*: Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estado, sociedades e meio ambiente [livro eletrônico] / organização de Heline Sivini Ferreira e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. – Letra da Lei, 2016, pp. 108-158.

FOLLONI, André. *A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema*. Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Record, 2014, pp. 278-295.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". Tradução: Júlio Assis Simões; Cadernos de Campo, n. 14/15, São Paulo, 2016, pp. 231-239.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.* Tradução de Alex Martins. São Paulo, SP: Editora Martin Claret Ltda., 2002.

MACKINNON. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MALTZMAN, Forest; SPRIGGS II, James F; WAHLBECK, Paul J.. *Strategy and Judicial Choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making*. In: Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches. Edited by Cornel W. Clayton and Howard Gillman, The University of Chicago Press, Chicago and London: 1999, p. 43-63.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político.* Lisboa: Gradiva, 1996 [1993].

MULGAN, Tim. *Utilitarismo.* Tradução: Fábio Creder. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *A responsabilidade social da magistratura brasileira: accountability e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial*. *In* Revista brasileira de políticas públicas, ISSN 2236-1677, vol 6, n. 3, dez. 2016, p. 22. Doi: 10.5102/rbpp.v6i3.4225. Disponível em https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4225/pdf . Último acesso em 07/01/2019.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm . Último acesso em 07/01/2019.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. ***Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash***. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper* No. 131. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=990968. Último acesso em 07/01/2019.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder.* In: LANDER, Edgardo, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciências socioales* . Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005, pp.227-278. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf (acesso em 21/06/2018).

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1917].

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa.* [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. 16ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* 1ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teologia política.* Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 [1922].

SKOCPOL, T. *Bringing the state back in: strategies of analysis in current research.* In: EVANS, P.B; RUESCHEMEYER, D; SKOCPOL, T. (Orgs.) *Bringing the state bach in.* Cambridge: Cambridge University Press. 1985. P. 3-37.

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

____. *Development as freedom*. New York: Knoph, 2000.

____. *Inequality reexamined*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

____. *Well-being, agency and freedom*: the Dewey lectures 1984. *The Journal of Philosophy*, v. 82, n. 4, p. 169-221, abr. 1985.

SILVA, Edvaldo Fernando da. *Excesso de jurisdição ou escassez de política: apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução do estado democrático de direito.* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 62, jan/jun, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review.* Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515 . Último acesso em 07/01/2019.

WALSH, Catherine. *INTERCULTURALIDAD, ESTADO, SOCIEDAD: Luchas (de)coloniales de nuestra época.* Primera edición: Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, Quito, marzo 2009. Disponível em: http://clar.org/assets/interculturalidadestadosociedad.pdf . Último acesso em 07/01/2019.

WEBER, Max. *Economía y sociedade.* Ciudad de México: Fondo de Cultura, Económica, 1983 [1922].