

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

FILOSOFIA DO DIREITO I

LAFAYETTE POZZOLI

LEONEL SEVERO ROCHA

GERSON NEVES PINTO

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

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 Napolini - 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 - IMED – 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 (UFMS – 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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Lafayette Pozzoli; Leonel Severo Rocha; Gerson Neves Pinto. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-739-7

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A presente publicação, originada no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I, concebida no âmbito do XXVII Congresso do CONPEDI – Porto Alegre, RS, realizado sob o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, que tem por objetivo problematizar a questão de conceitos e doutrinas do direito. Foram coordenadores do GT os Professores Doutores Leonel Severo Rocha e Gerson Neves Pinto, da Unisinos - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, e Lafayette Pozzoli, do Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília-SP.

Foram apresentados 21 (vinte e um) trabalhos cujas exposições trouxeram uma diversidade e pluralidade de experiências e do conhecimento científico das quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência da Filosofia do Direito, propiciando uma melhor compreensão do direito e seu processo interpretativo na atualidade.

Neste sentido, o apoio do CONPEDI à publicação de livros digitais, sob a supervisão de professores de Programas diversos, pode apontar para uma oportunidade de revelação de talentos de jovens pesquisadores, com trabalhos inéditos e significativos no contexto da difusão da produção científica. Essencialmente, vale ressaltar, ainda, o trabalho do Professor Orides Mezzaroba, Presidente do CONPEDI, no inter-relacionamento que tem feito com a Coordenação da Área do Direito da CAPES, podendo contribuir significativamente com uma melhora da produção científica para a área jurídica.

A você leitor e pesquisador, um bom uso desse material e que seja proveitoso nas suas investigações jurídicas.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Gerson Neves Pinto – UNISINOS

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli – UNIVEM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**TODOS IGUAIS, ALGUNS MAIS IGUAIS QUE OUTROS: O PROBLEMA DA
DESIGUALDADE NO DIREITO**

**ALL EQUAL, SOME MORE EQUAL THAN OTHERS: THE PROBLEM OF
INEQUALITY IN LAW**

**Hilda Baião Ramirez Deleito
Fernando Rangel Alvarez dos Santos**

Resumo

A experiência da discriminação positiva não logrou reduzir a desigualdade social ou a exclusão. Quanto menos objetivas as regras, mais suscetível o judiciário à influência de grupos melhor organizados ou mais fortes economicamente. A utilização de regras fluidas de acordo com a situação social das partes significa um retorno à sociedade de castas e prejudica os verdadeiros párias, os socialmente indesejáveis ou simplesmente distantes dos centros de poder. A igualdade civil constitui garantia justamente para os socialmente vulneráveis.

Palavras-chave: Desigualdade social, Igualdade civil, Justiça compensatória

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: The experience of positive discrimination has failed to reduce social inequality or exclusion. The less objective the rules, the more susceptible is the judiciary to suffer influence from groups better structured or economically stronger. The use of fluid rules according to the social situation of the parties means a setback to caste society and harms the true outcasts, the socially undesirable or less influential. Civil equality is a guarantee for the socially vulnerable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social inequality, Civil equality, Compensatory justice

1. Introdução

1.1. Objetivos

O presente artigo tem como objetivo problematizar a justiça compensatória, segundo a qual se pretende equilibrar a desigualdade econômica com um tratamento diferenciado, apontando para os riscos de se afastar da igualdade perante a lei e o judiciário.

1.2. Metodologia

Foi utilizado o método histórico analítico. A partir da tese de Posner sobre o conceito aristotélico de justiça, foram buscadas as fontes originais para confirmar a real proposição de justiça para o clássico filósofo grego. A pesquisa desenvolveu-se a partir de Richard Posner e sua tese de que a justiça corretiva proposta para Aristóteles está no cerne das garantias democráticas. Essa solução foi confirmada pelos estudos de Marshall sobre os direitos civis e políticos. As fontes (Aristóteles e Rui Barbosa) foram analisadas dentro do seu contexto histórico. A justiça compensatória também foi situada no quadro maior de uma democracia imperfeita, na qual as noções de individualidade e igualdade não se firmaram no imaginário social.

1.3. Desenvolvimento da pesquisa

A pesquisa desenvolveu-se a partir de Richard Posner e sua tese de que a justiça corretiva proposta para Aristóteles está no cerne das garantias democráticas. Essa solução foi corroborada pelos estudos de Marshall sobre os direitos civis e políticos.

O passo seguinte foi desconstruir o argumento de autoridade baseado em Rui Barbosa cujo discurso “Oração dos Moços” foi situado no seu contexto histórico.

No momento posterior, o ponto central dos estudos de Marshall sobre a construção da cidadania foi problematizado a partir da experiência brasileira, tendo como marco histórico a Proclamação da República e a subsequente República Velha. A tradição de uma sociedade hierarquizada e paternalista serviu para explicar o fracasso da noção de cidadania e igualdade e conseqüentemente o apelo por soluções alternativas a esse modelo republicano.

1.4. Conclusões

A sociedade brasileira é profundamente desigual e hierarquizada. A promiscuidade entre os interesses públicos e privados garantiu que a riqueza se traduzisse em poder, alimentando ainda mais a exclusão social. Há um consenso quanto à necessidade de mudar essa realidade, uma vez que poucos ainda acreditam que o mercado seja capaz de se autorregular.

A experiência da discriminação positiva, entretanto, não logrou êxito em mudar esse quadro. As elites econômicas, tradicionalmente próximas aos centros de poder, conseguem

manipular o sistema a seu favor. Os grandes empregadores, assim como os grandes fornecedores postergam ao máximo a satisfação de suas obrigações, congestionando o judiciário, e impondo acordos em condições leoninas. Consumidores e empregados continuam sendo sistematicamente desrespeitados.

O entrelaçamento entre o público e privado, naturalizada culturalmente, faz com que a igualdade real não seja desejada pelos atores sociais. Como na fábula da “Revolução dos bichos” não existe a revolta contra o privilégio, e sim contra a exclusão da casta de privilegiados. Quanto menos objetivas as regras, mais permeável se torna o judiciário aos grupos mais organizados e mais próximos ao poder. A utilização de regras fluidas de acordo com a situação social das partes prejudica os verdadeiros párias, os socialmente indesejáveis ou simplesmente distantes dos centros de poder.

1.5. Referências

O principal referencial teórico é Richard A. Posner, no seu livro “Problemas de filosofia do Direito”, no qual analisa o conceito de justiça para Aristoteles e tangencia o direito das minorias. No desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se também Aristóteles, “Ética a Nicômaco” e “A política”, para melhor desenvolvimento do conceito aristotélico de justiça e sua aplicação na atualidade.

2. A revolução frustrada

A sátira “A Revolução dos bichos”, de George Orwell, apresenta uma fábula sobre o poder. Os animais de uma fazenda no interior da Inglaterra revoltam-se contra a tirania dos humanos, e sua exploração dos animais. Embora a obra seja normalmente apresentada como uma crítica ao regime comunista implantado na Rússia, é certo que suas observações se aplicam igualmente à exploração do homem por seus semelhantes.

No primeiro capítulo, as observações do porco Major descrevem o sofrimento a que estavam submetidos os animais, assim como o sofrimento de seres humanos condenados a meros meios de produção:

nossa vida é miserável, trabalhosa e curta. Nascemos, recebemos o mínimo de alimento necessário para continuar respirando e os que podem trabalhar são forçados a fazê-lo até a última parcela de suas forças; no instante em que nossa utilidade acaba, trucidam-nos com hedionda crueldade. Nenhum animal, na Inglaterra, sabe o que é felicidade ou lazer, após completar um ano de vida. Nenhum animal, na Inglaterra, é livre. A vida de um animal é feita de miséria e escravidão: essa é a verdade nua e crua (ORWELL, 2007, p. 12)

Na sequência de seu discurso, o porco responsabiliza os seres humanos pelo estado de miséria dos animais, porque o Homem simplesmente consumia o produto do trabalho

alheio, sem oferecer qualquer contrapartida. O Homem seria “a causa principal da fome e da sobrecarga de trabalho” (ORWELL, 2007, p. 12). Em sua argumentação, que também pode ser lida como uma diatribe contra a desigualdade social, o porco líder incentiva seus ouvintes à Revolução:

Fechai os ouvidos quando vos disserem que o Homem e os animais têm interesses comuns, que a prosperidade de um é a prosperidade dos outros. É tudo mentira. O Homem não busca interesses que não os dele próprio. Que haja entre nós, uma perfeita unidade, uma perfeita camaradagem na luta. Todos os homens são inimigos, todos os animais são camaradas.(ORWELL, 2007, p. 14).

No prosseguimento do discurso, o Major convenceu-os do dever de inimizade contra o homem e todos os seus desígnios. Convencidos pelo discurso de igualdade, os animais da granja concordaram que não deveriam imitar os vícios humanos, abolir a propriedade privada e os confortos suntuários: não dormir em camas, não usar roupas, não beber álcool, consumir fumo, não usar dinheiro nem fazer comércio. E principalmente: nenhum animal deveria tyrannizar seus semelhantes, porque todos são iguais.

A morte do porco Major não foi empecilho a que os animais finalmente se revoltassem contra os maus tratos e a exploração. Na sequência, o porco Bola-de-Neve, que havia sucedido o Major na liderança do movimento, adotou sete mandamentos, dentre os quais a igualdade entre todos os animais.

Um a um os mandamentos foram reescritos, de acordo com a conveniência dos líderes, os porcos. Os excedentes da produção foram paulatinamente apropriados pela nova elite de porcos, que assumiram a posição do granjeiro, Sr. Jones, e imitaram todos os vícios que antes condenavam nos humanos. Por fim, os mandamentos se resumiram a um único postulado: **TODOS OS ANIMAIS SÃO IGUAIS, MAS ALGUNS ANIMAIS SÃO MAIS IGUAIS DO QUE OS OUTROS**, dando suporte ideológico ao regime.

A fábula de George Orwell não se resume a uma crítica ao regime stalinista, embora assim tenha sido entendida por seus contemporâneos. Na “Revolução dos bichos” a oligarquia dos humanos foi substituída por uma elite de dirigentes suínos, sem qualquer melhoria nas condições de trabalho do restante dos animais. A implementação do discurso do porco Major na prática não se traduziu em verdadeira revolução, porque a cultura vigente naturalizava a desigualdade, e os porcos sucessores do Major insurgiam-se apenas por estarem excluídos da elite dominante e não desejavam a igualdade real. Ocorreu apenas uma substituição da elite dirigente.

3. Igualdade e cidadania

O sociólogo britânico T.H. Marshall propôs a imagem de um tripé sobre o qual se assenta a cidadania: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. O autor sustenta que houve uma sequência temporal e lógica pela qual foram garantidos sucessivamente os direitos civis, políticos e sociais. Pela teoria de Marshall, os primeiros direitos a serem reconhecidos foram os direitos civis.

Em sociedades firmemente baseadas na tradição, como a sociedade feudal, os direitos dependiam primordialmente do *status*:

Na sociedade medieval, o status era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade. Não havia nenhum código uniforme de direitos e deveres com os quais todos os homens – nobres e plebeus, livres ou servos eram investidos em virtude de sua participação na sociedade. Não havia, nesse sentido, nenhum princípio sobre a igualdade dos cidadãos para contrastar com o princípio da desigualdade de classes (MARSHALL, 1967, p. 64).

O novo direito focado no indivíduo estabeleceu a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei (HESPANHA, 2007, p. 342). A garantia da igualdade punha fim aos estatutos discriminatórios em matéria política (por exemplo, a exigência de nobreza ou de “limpeza de sangue” como condição de acesso a cargos públicos), o sufrágio universal (fim dos estatutos discriminatórios das mulheres, dos nativos coloniais, etc) e a igualdade na aplicação da lei, tendendo à abolição dos foros privilegiados (HESPANHA, 2007, p. 343). Segundo Hespánha, a garantia da propriedade é uma extensão da garantia da liberdade (HESPANHA, 2007, p. 342). A codificação do direito afasta-se dos modelos tradicionais de uma sociedade patriarcal em que ao homem branco proprietário competia o poder de direção sobre a casa, inclusive sobre dependentes e agregados (HESPANHA, 2007, p. 344).

A primeira etapa para a consolidação dos direitos civis foi o estabelecimento da justiça real, para a definição e defesa uniforme dos direitos individuais. Os tribunais se distanciam da vida dos grupos sociais, devido ao tecnicismo do direito e de seu processo, dominado apenas por especialistas que o cidadão comum contratava (MARSHALL, 1967, p. 65).

A ideia de justiça corretiva está na base do Estado de Direito (POSNER, 2007, p. 426). A aplicação imparcial da lei é vital para que o Estado promova a justiça, e não sirva de suporte para a manutenção dos privilégios dos poderosos. Na paráfrase de Joachim, comentando a *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles “se, por exemplo, o ladrão era um cavaleiro e a parte lesada um mendigo – um membro de uma classe inferior do Estado – essa diferença de condição social não é nada para o direito” (POSNER, 2007, p. 421). Posner sustenta a

incompatibilidade entre um judiciário independente e profissional com a ideia de justiça determinada pela condição social, própria da sociedade de castas na época de Aristóteles.

Posner atribui a Aristóteles na já citada *Ética a Nicômaco*, a formulação da justiça corretiva, que abstrai das qualidades pessoais dos litigantes. Esse conceito de justiça “simples e aparentemente banal” (POSNER, 2007, p. 423) é considerado um grande avanço na filosofia do direito. A sequência proposta é de fácil compreensão: 1) há a prática de um ilícito intencional (*adikei*), (2) o ilícito causa danos, (3) alguém é ao mesmo tempo vítima do ilícito e em virtude dele sofre danos (*beblaptei*). O ilícito fere o equilíbrio social, levando o juiz a igualar as partes pela pena, tomando uma parte dos ganhos do agressor. Por esse motivo é chamado justo (*dikaion*), porque divide em duas partes (*dika*), e ambas as partes possuem a mesma quantidade de antes da transação. (POSNER, 2007, p. 421).

A busca da imparcialidade e objetividade, afirma Posner, ainda está por revelar o Santo Graal (POSNER, 2007, p. 420), mas a superioridade da justiça corretiva sobre a justiça pessoal está fora de questão. A justiça pessoal resvala para vingança, expande os limites do relevante, torna o processo decisório extremamente oneroso e imprevisível o cumprimento das obrigações jurídicas. Também aumenta os efeitos da posição social e econômica entre os litigantes, mesmo que as disparidades decorram da sorte ou da opressão (POSNER, 2007, p. 426). Como resultado final, desestimula o comércio e as transações com estranhos, porque qualquer pessoa de fora estará em permanente desvantagem ao discutir em juízo com alguém local. O exemplo apresentado por Posner é o da ficção, no “Mercador de Veneza”, em que um dos litigantes está fadado a perder, em razão de seu *status* inferior enquanto judeu e estrangeiro na cidade de Veneza.

A definição aristotélica de justiça citada por Posner reforça necessidade da abstração das qualidades pessoais nos julgamentos. O juiz restabelece a igualdade entre as partes justamente por sua imparcialidade na mediação:

Eis aí por que as pessoas em disputa recorrem ao juiz; e recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada; e procuram o juiz como um intermediário, e em alguns Estados os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio termo, conseguirão o que é justo. O justo, pois, é um meio-termo já que o juiz o é. Ora, o juiz restabelece a igualdade. E como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retira a diferença pela qual o segmento que excede a metade para acrescentá-la menor. E quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam "o que lhes pertence" — isto é, receberam o que é igual. (ARISTÓTELES, 105).

Posner tangencia a questão do direito dos vulneráveis ao abordar a teoria feminista do direito (2007, p. 429). Afirma que um sistema jurídico que deliberadamente favoreça as mulheres ou qualquer outra minoria é porque estas se tornaram poderosos ou solidários o suficiente para obter um tratamento diferenciado. Consequentemente, os grupos favorecidos

não podem ser vistos como párias, marginais ou oprimidos. “O verdadeiro pária tem melhores condições de êxito num sistema de justiça imparcial lastreado pelas regras gerais do que num sistema que torne o *status* parte do direito subjetivo” (POSNER, 2007, p. 429).

O estabelecimento de uma justiça nacional precede os direitos políticos, que apenas podem existir com regras imparciais que se apliquem aos indivíduos, cidadãos de um mesmo país e não mais a grupos sociais baseados no *status*. Para que exista a cidadania em sua plenitude, ensina Marshall, os três direitos: civis, políticos e sociais precisam estar consolidados. O autor percebe que a desigualdade social persiste, em tempos de capitalismo, e é naturalizada pelos atores sociais, mas não serve de óbice para padrões uniformes da administração da justiça. A redução da desigualdade social somente ocorre mais tarde, com as políticas igualitárias do século XX.

Segundo T.H Marshall, a carência de direitos sociais não pode ser atribuída a uma deficiência dos direitos civis. Não se trata de negar o direito de propriedade ou a liberdade de expressão, mas de garantir os direitos sociais para todos, para que todos estejam em situação de usufruir plenamente dos direitos civis:

Mas, caso lance mão desses argumentos para explicar a um pobre que seus direitos de propriedade são os mesmos daqueles de um milionário, provavelmente o indigente nos acusará de estar sofismando. Da mesma forma, o direito à liberdade de palavra possui pouca substância se, devido à falta de educação, não se tem nada a dizer que vale a pena ser dito, e nenhum meio de se fazer ouvir se há algo a dizer. **Mas essas desigualdades gritantes não são devidas a falhas nos direitos civis, mas à falta de direitos sociais** (MARSHALL, 1967, p. 80, grifos nossos).

Em outras palavras, a igualdade perante a lei, e a uniformização da justiça não são óbices à redução da desigualdade. Ao contrário, constituem precondição para que os párias não sejam prejudicados em juízo, e tenham garantido o direito essencial à justiça.

4. Discriminação positiva e a naturalização do privilégio

A igualdade perante a lei preconizada por T.H. Marshall como condição essencial da cidadania vem sendo questionada. Seria uma faceta perversa do liberalismo, um sofisma instrumental para a manutenção de uma sociedade injusta e desigual. Boaventura de Souza Santos defende uma lei “emancipadora”, que use os tribunais para promover a inclusão social (SANTOS, 2017).

Segundo SOUZA a neutralidade estatal é problemática por manter a “subjugação legal de inferioridade legitimada pela lei”(2013, p. 2013), i.e, o *status quo* da exclusão das minorias. O caráter bidimensional da justiça determinaria a “redistribuição” (SOUZA, 2013, p. 163). A igualdade de direitos perante a lei seria uma igualdade puramente formal (SOUZA,

2013, p. 163), perpetuadora da exclusão social. Defende-se que o Estado considere a desigualdade como fator na implementação de suas decisões, “não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico seja perpetuada” (SOUZA, 2013, p. 156). Afirma que a única solidariedade possível é a solidariedade entre iguais e o tratamento igualitário dos desiguais alimenta e reproduz as desigualdades (SOUZA, 2013, p. 163). A discriminação positiva, contudo, precede a ações afirmativas, e informa o tratamento diferenciado das partes no judiciário trabalhista e consumerista.

Atribui-se a Aristóteles a máxima de se tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Entretanto o conjunto da obra de Aristóteles não admite tal interpretação. Aristóteles percebeu que resolução de disputas de acordo com o critério da riqueza ou a nobreza produzia a exacerbação das disputas:

Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais tem e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito"; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especificuem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência. (ARISTÓTELES, 1991, p. 102)

E a maneira de neutralizar as diferenças de nascimento consiste justamente na adoção de critérios objetivos:

Com efeito, não são dois médicos que se associam para troca, mas um médico e um agricultor, e, de modo geral, pessoas diferentes e desiguais; mas essas pessoas devem ser igualadas. Eis aí por que todas as coisas que são objetos de troca devem ser comparáveis de um modo ou de outro. Foi para esse fim que se introduziu o dinheiro, o qual se torna, em certo sentido, um meio termo, visto que mede todas as coisas e, por conseguinte, também o excesso e a falta — quantos pares de sapatos são iguais a uma casa ou a uma determinada quantidade de alimento (ARISTÓTELES, 107).

Aristóteles condenou justamente contra a sociedade de castas de seu tempo, e o consequente favorecimento dos poderosos. O filósofo não se mostrou menos crítico em relação à inveja ditada pela pobreza extrema. Ambos são fonte de insegurança. Consequentemente, não há como atribuir a Aristóteles uma apologia da discriminação positiva. Aristóteles entende que os homens criados na pobreza não sabem mandar, e estão propensos à inveja e conspirações, e uma ditadura de despossuídos seria tão danosa quanto a dos privilegiados:

Também é necessário dizer que o homem que tem superioridade excessiva proporcionada pelo influxo de riqueza, o grande número de partidários ou quaisquer outras circunstâncias, não quer nem sabe obedecer. Desde criança adquire esses hábitos de indisciplina na casa de seu pai; de luxo, entre os quais vivia constantemente mente não permite que você obedecer nem mesmo na escola. De outra parte, a indigência extrema não degrada menos. E assim a pobreza impede o saber mandar e só ensina a obedecer como um escravo; a opulência extrema impede o homem se submeter a qualquer autoridade, e só lhe ensina a mandar com todo o despotismo de um cavalheiro. Isso é quando não se veem em um Estado nada mais que senhores e escravos, nenhum homem livre. Por um lado, ciúme e inveja; do outro, a vaidade e

arrogância; todas as coisas tão distantes desta benevolência mútua e desta fraternidade social que é uma consequência da benevolência. E quem gostaria de andar com um inimigo próximo sequer por um momento! A cidade demanda seres iguais e semelhantes, qualidades encontradas principalmente em situações médias; e o Estado é necessariamente melhor governado quando consiste destes elementos, que, em nossa opinião, formam a sua base natural. Estas posições médias são também as mais seguros para os indivíduos: não cobriam, como os pobres, a fortuna do outro, e sua fortuna não é invejada por ninguém pessoa, como a dos ricos é normalmente invejada pelos destituídos. De esta maneira, vive-se longe do perigo e com segurança completa, sem formar ou temer conspirações (ARISTÓTELES, p. 90)

Rui Barbosa que formulou a regra, frequentemente citada, pela qual igualdade consiste em “quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam” tampouco defendeu uma discriminação positiva.

A citação completa do parágrafo da “Oração dos Moços” revela a índole profundamente conservadora do discurso:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria (BARBOSA, 1999, p. 26).

A seqüência do discurso explicita que a “desigualdade” a que se refere Rui Barbosa, não é a desigualdade social, e sim a desigualdade dos talentos. Não cabe Estado igualar os desiguais, mas ao indivíduo esforçar-se para superar suas deficiências. Defende a redenção pelo trabalho e oração, pelos quais a criatura se aperfeiçoa, completando a obra do criador. Cabe à criatura “maldotada” dedicar-se com afinco ao trabalho e à oração:

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho. Os portentos, de que esta força é capaz, ninguém os calcula. Suas vitórias na reconstituição da criatura maldotada só se comparam às da oração. Oração e trabalho são os recursos mais poderosos na criação moral do homem. A oração é o íntimo sublimar-se d'alma pelo contacto com Deus. O trabalho é o inteirar, o desenvolver, o apurar coisas das energias do corpo e do espírito, mediante a ação contínua de cada um sobre si mesmo e sobre o mundo onde labutamos. O indivíduo que trabalha, acerca-se continuamente do autor de todas as coisas, tomando na sua obra uma parte, de que depende também a dele. O criador começa, e a criatura acaba a criação de si própria. Quem quer, pois, que trabalhe, está em oração ao Senhor. Oração pelos atos, ela emparelha com a oração pelo culto. Nem pode ser que uma ande verdadeiramente sem a outra. Não é trabalho digno de tal nome o do mau; porque a malícia do trabalhador o contamina. Não é oração aceitável a do ocioso; porque a ociosidade a dessagra. Mas, quando o trabalho se junta à oração, e a oração com o trabalho, a segunda criação do homem, a criação do homem pelo homem, semelha às vezes, em maravilhas, à criação do homem pelo divino Criador (BARBOSA, 1999, p. 27).

Rui Barbosa foi um jurista de formação legalista e também um político, ocupante de cargos públicos. Exerceu o ministério da Fazenda no governo de Deodoro da Fonseca, de 1889 a 1891. É de seu tempo a crise financeira do encilhamento, bolha inflacionária que marcou o início da era republicana. Sua solução para a desigualdade não é revolucionária. Acredita que a malícia do trabalho degrada, enquanto o trabalho honesto emancipa. Não pretende mudar as regras do jogo, mas reforçar a noção de que aos excluídos resta apenas a adesão ao sistema a esperança de vencer com esforço.

A “revolução” pregada por Aristóteles consistia na ruptura com a sociedade de castas, em que todos os homens livres são iguais em direitos, independente de sua riqueza ou nascimento. Aristóteles era um cidadão ateniense, que se beneficiava duplamente de sua condição de homem livre e proprietário na limitada democracia ateniense. Nessa qualidade, podia dedicar-se livremente à especulação filosófica, libertado do estado de necessidade, da pobreza que estimularia a “inveja” (ou a “malícia, no discurso de Rui Barbosa). Na concepção aristotélica de justiça, o juiz é um mediador imparcial do conflito. Defendia justamente igualdade entre os cidadãos da república, para que todos recebessem de acordo com o seu merecimento individual.

5. O cidadão e o compadre

Antes das ações afirmativas (movimento originário nos Estados Unidos para corrigir efeitos deletérios da segregação racial), ou do novo constitucionalismo engajado, já se defendia no Brasil a discriminação invertida (ou positiva), como estratégia de ação social. Segundo a desembargadora e doutrinadora trabalhista Vólia Cassar, o “procedimento lógico” para corrigir a desigualdade econômica “é o de criar outras desigualdades” (CASSAR, 2009, p. 142).

A desigualdade foi atribuída a uma deficiência do Direito Civil, que seria um sofisma diante da situação de desequilíbrio socioeconômico, justificando a aplicação de um direito baseado na condição social. Segundo Cassar o princípio da proteção ao trabalhador tem como fundamento a desigualdade, diferente do Direito Civil, em que teoricamente as partes contratantes possuem igualdade patrimonial. No direito do trabalho há uma desigualdade natural, pois o capital possui toda a força do poder econômico. Desta forma, a igualdade preconizada pelo Direito do Trabalho é tratar os desiguais de forma desigual (CASSAR, 2009, p. 143).

A própria codificação do direito do trabalho foi resultado de um demorado período político centralizador e autoritário (DELGADO, 2008, p. 113). Wanderley Guilherme dos

Santos salientou, inclusive, que os períodos de efetivo progresso na legislação social coincidem com governos autoritários: a gestão de Getúlio Vargas e a década posterior a 1966 (1987, p. 89). Não por acaso.

As etapas na construção da cidadania (direitos civis, direitos políticos e direitos sociais), observadas por Marshall referem-se à experiência europeia. Essa trajetória não se repetiu no Brasil, em razão de uma “longa tradição estatista, herança portuguesa reforçada pela elite imperial” (CARVALHO, 2005, p. 29). A tradição paternalista autoritária, que Maurício Godinho Delgado destaca na elaboração da CLT, tem seu espelho no persistente paternalismo político estatizante.

Maria Emília Prado destaca que os impasses da cidadania decorrem da ausência da noção de indivíduo, razão pela qual a identificação tradicionalmente é feita pela posição social. A Proclamação da República foi uma “bem planejada obra de engenharia política” (PRADO, 2005, p. 167), orquestrada por elites regionais que pretendiam impor um projeto progressista, sem qualquer participação popular. José Murilo de Carvalho resumiu a apatia dos cariocas diante desse revezamento de oligarcas com a expressão “bestializados”. Na conclusão, contrapõe os “bestializados” aos “bilontras”, ladinos e espertos, aqueles que não se deixam enganar pela fachada republicana.

Roberto da Matta propõe uma imagem: uma fictícia chegada do democrata Tocqueville ao Brasil, na qual este ficaria surpreso com a diferença de tratamento entre os passageiros comuns e aqueles inseridos nas redes de conhecimento, que recebem tratamento diferenciado. Descreve os privilegiados, poupados de uma espera interminável no aeroporto como “aristocratas por acidente”, “que deixam todos com inveja quando saem da fila com ar meio envergonhado, mas felizes” (DA MATTA, 1997, p. 74).

Os “aristocratas por acidente” não idealizaram o privilégio, mas tampouco o combatem. Como na fábula “A revolução dos bichos”, não há indignação contra as regalias, mas contra o fato de estar excluído da elite que usufruem delas. A noção de indivíduo, condição necessária à construção da noção de cidadão não se consolidou no Brasil, a nível político ou social. Assim como as elites locais se organizam em termos de riqueza, parentesco ou prestígio social, o brasileiro comum navega por uma rede de amizades e parentesco. A cidadania adquire conotação pejorativa, cidadão é a pessoa isolada, desprovida de conexões, que sofre os rigores da lei. Explica Da Matta:

Se sou um cidadão na festa cívica da Independência e no comício político, não quero de modo algum ser *apenas* um cidadão quando estou às voltas com a polícia num caso de roubo, ou tendo de tomar um empréstimo bancário ou, ainda, tendo de dar explicações junto ao Imposto de Renda. Aqui a primeira providência que tomo é no sentido de ser logo reconhecido, mas não como cidadão. Espero, como vimos, ser

tratado, conforme falamos no Brasil, com a máxima atenção, consideração e tolerância. Para isso, antes de ter um contato oficial com qualquer agência pública, entro em contato com alguém que faça a minha mediação com ela (DA MATTA, 1997, p. 86)

Da Matta destaca que a verdadeira igualdade não é do interesse dos atores sociais. Estes anseiam por manter os atalhos, que eventualmente os colocarão acima dos entraves da burocracia e das leis. Os problemas são resolvidos a nível pessoal, não a nível institucional. Essa cultura do privilégio se reflete no Judiciário.

O Código Civil seria “impessoalista”, “protetor de uma parcela da população que é proprietária e os que viviam de sua mão-de-obra eram lesados em seus direitos, comparados até mesmo a coisas – os excluídos” (AYRES, 2007). A igualdade de tratamento perante a lei nesse raciocínio é um defeito, uma indiferença criminosa diante do sofrimento dos mais pobres. Propõe-se unicamente que diferenciação perante a lei não se faça de maneira “desproposital”. Segundo a autora, “a verdadeira igualdade discrimina para não excluir”.

A noção de que a discriminação invertida é também “positiva” representa um obstáculo considerável a consolidação da democracia. Posner está correto quando afirma que um sistema jurídico que deliberadamente favoreça as minorias é permeável ao favorecimento de grupos organizados ou solidários suficiente para obter um tratamento diferenciado. Os verdadeiros párias continuam distantes dos centros de poder e não se beneficiam da discriminação dita positiva.

A experiência da justiça trabalhista exemplifica o fracasso da discriminação invertida na redução da desigualdade.

O princípio do *in dubio pro misero*, inspirado no princípio geral do *in dubio pro reo*, adquiriu uma dimensão processual, justificando o tratamento desigual das partes no processo:

À luz dessa ...dimensão do princípio *in dubio pro misero* (exame de fatos e provas), propunha-se que a decisão da autoridade judicial deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas. O argumento era no sentido de que ‘...as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito menor dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos’ ...Trata-se, pois, de uma dimensão processual do princípio *in dubio pro misero*. Contudo, essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do intérprete e aplicador do Direito não passa pelo crivo da cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico (DELGADO, 2008, p. 213/214)

Esse tratamento diferenciado, contudo, não se traduziu em melhoria das condições de trabalho ou respeito ao trabalhador. As Varas do Trabalho passaram a ser órgãos homologatórios de acordos, quase sempre confortáveis aos grandes empregadores (ROMITA, 2002, p. 9). Isso porque o trabalhador que acabou de perder o emprego encontra-se

particularmente vulnerável (ROMITA, 2002, p. 9). Apesar de formalmente assistido por advogado particular e na presença do juiz, a segurança é meramente ilusória, pois advogados e juízes tem interesse no acordo que porá fim ao processo (ROMITA, 2002, p. 9). Conseqüentemente, assim termina a maioria das reclamações trabalhistas. A elevada litigiosidade não logrou reduzir os elevados índices de informalidade e subemprego. Ao contrário, para os grandes litigantes, a Justiça do Trabalho, malgrado o seu protecionismo, pode ser descrita como um bom negócio. Os grandes empregadores, próximos aos centros de poder, são os grandes beneficiários do sistema.

Essa modalidade de proteção onera os custos da empresa eventualmente condenada em juízo, e os custos são repassados para os preços dos produtos e serviços, prejudicando os próprios trabalhadores (ROMITA, 2002, p. 3). A proteção proporcionada se revela um autêntico mito, uma vez que beneficia os agentes estatais, empoderados na condição de protetores e os grandes empresários (ROMITA, 2002, p. 3).

A mesma ilusão protecionista ocorre na esfera do direito do consumidor. Assim como a massa dos trabalhadores, os consumidores se encontram longe dos centros de poder e o tratamento diferenciado pouco lhes aproveita. Como o direito do trabalho, direito que regula tais relações, particularmente, sofre interferência do Estado, sob a justificativa de compensar desigualdades entre fornecedores e consumidores, estes, legalmente considerados partes mais fracas, independente da situação econômica que efetivamente desfrutam (AMORIM, 2008, p. 1). AMORIM atribui a desigualdade no tratamento nas categorias dívida e contrato a um desenvolvimento incompleto dos padrões capitalistas (AMORIM, 2008, p. 1,nota).

De maneira similar ao Estado, as empresas também atribuem aos consumidores uma capacidade diminuída, negando-lhes atendimento digno e compensador para suas reclamações, e obrigando-os a recorrer à Justiça. Tal circunstância contribui para a sobreposição de um mercado simbólico no qual o consumidor torna-se consumido, visto e tratado como um objeto pelo vendedor, que emprega meios enganosos para obter sua adesão a contratos de compra e venda de bens e de serviços que nunca correspondem às descrições favoráveis do que são descritas ato da compra (AMORIM, 2008, p. 2).

A recorrência das reclamações sobre relações de consumo nos juizados especiais confirma o fato de que os consumidores têm seus direitos sistematicamente desrespeitados (AMORIM, 2008, p. 4). Nem mesmo a regulamentação das relações de consumo introduzida pelo Código do Consumidor (Lei 8.078 de 11/08/1990) logrou coibir abusos praticados (AMORIM, 2008, p. 5).

A incerteza jurisdicional também inibe os empréstimos a longo prazo, com juros mais baixos (AMORIM, p. 6). O Estado, ao contrário, assegura empréstimos compulsórios, via coleta antecipada de taxas e impostos, além de contar com empréstimos no mercado internacional a longo prazo (AMORIM, 2008, p. 6). No mercado brasileiro, o consumidor inadimplente tem como opções apenas o uso do cartão de crédito o crédito bancário, ambos com juros altos, agravando sua inadimplência (AMORIM, 2008, p. 11/12). A situação aponta para o descrédito dos consumidores, indicando que o alongamento da dívida é considerado maior risco para o credor, que prefere emprestar a curto prazo, de modo a diminuir seu risco (AMORIM, p. 12).

Além da questão dos juros bancários, o consumidor é sistematicamente lesado quando necessita realizar reparos ou trocas dos produtos adquiridos. Quase sempre os vendedores, desdenham dos compradores e postergam o quanto podem o cumprimento de suas obrigações contratuais. Os SACs (Serviço de Atendimento ao Consumidor) concedem atendimento polido, mas igualmente postergam o atendimento relativo à reclamação.

Apesar da posição de que a justiça que a justiça "desigual juridicamente, para igualar socialmente", as mesmas empresas figuram como réus contumazes nos conflitos de consumo. São as empresas de telefonia, água e luz e as instituições financeiras (AMORIM, 2008, p. 18).

6. Conclusão

Segundo CARVALHO, o exercício da liberdade republicana exigia a posse da virtude republicana pelos cidadãos, isto é a preocupação com o bem público (CARVALHO, 2005, p. 29). Dentro dessa visão, o patriota era quase incompatível com o homem econômico (CARVALHO, 2005, p. 29). A abolição da escravatura, assim como a proclamação da República não mudaram a sociedade brasileira, que permaneceu profundamente desigual e hierarquizada (CARVALHO, 2005, p. 29). A conhecida promiscuidade entre os interesses públicos e privados garantiu que a riqueza se traduzisse em poder, alimentando a desigualdade social, e tornando o regime republicano tão corrupto como fora o regime Império. Quanto à proposta de fazer do Estado uma ditadura republicana, um agente do bem comum, promotor de políticas sociais, reforçou o paternalismo governamental (CARVALHO, 2005, p. 31).

Mais de um século depois da Proclamação da República, a desigualdade segue um problema incômodo, que desafia uma solução. Poucos ainda acreditam que o mercado seja capaz de se autorregular e eliminar por algum sortilégio a miséria e a exclusão social. No entanto, a maneira como se daria a intervenção do Estado permanece uma incógnita.

Resta fora de dúvidas, porém, que o engajamento do judiciário na redução da desigualdade tem-se mostrado contraproducente. A experiência da discriminação positiva, buscando equilibrar a hipossuficiência econômica com a hipersuficiência jurídica, não atingiu os fins propostos. Os grandes empregadores, assim como os grandes fornecedores vem manipulando o sistema em seu favor, postergando ao máximo a satisfação de suas obrigações. Consumidores e empregados continuam sendo sistematicamente desrespeitados e afrontados em sua dignidade.

Não se pode minimizar a herança cultural representada pelo entrelaçamento entre o público e privado, que torna a igualdade indesejada entre os atores culturais. Como na fábula da “Revolução dos bichos” não existe a revolta contra o privilégio, e sim contra a exclusão da casta de privilegiados. Assim sendo, permanece o risco de uma simples mudança de elites, mantendo-se a situação de injustiça.

Como percebeu Aristóteles, a ditadura dos despossuídos não seria melhor do que a ditadura dos poderosos. Quanto menos objetivas as regras, mais permeável se torna o judiciário aos grupos mais organizados e mais próximos ao poder. A utilização de regras cambiantes de acordo com a situação social das partes prejudica os verdadeiros párias, os socialmente indesejáveis ou simplesmente distantes dos centros de poder.

7. Referências

- AMORIM, Maria Stella de , **Conflitos no mercado de bens e serviços: consumidores e consumidos**, 2008, disponível em http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf, acesso em 07/08/2018.
- ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles ; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, 4ª edição, São Paulo : Nova Cultural, 1991, disponível em http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf, acesso em 31/07/2018.
- ARISTOTELES, **A política**, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>, acesso em 05/06/2016.
- BARBOSA, Rui, **Oração aos Moços**, 5ª edição, edições Casa de Rui Barbosa, 1999, disponível em http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oraca_o_aos_mocos.pdf, acesso em 05/06/2018.

CARVALHO, José Murilo de, **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi**, São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

_____, **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**, São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

CASSAR, Vólia Bonfim, **Direito do trabalho**, Niteroi, Impetus, 2009.

DA MATTA, Roberto, **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**, São Paulo, Rocco, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 7ª edição, São Paulo, LTr, 2008.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, **Estudos do direito das obrigações e discursos académicos**, Universidade do Porto, 2009.

MARSHALL, T. H, **Cidadania, classe social e status**, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

POSNER, Richard A., **Problemas de filosofia do direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

PRADO, Maria Emília, **Memorial das desigualdades: os impasses da cidadania no Brasil 1870/1902**, Rio de Janeiro, Editorial Revan, 2005.

ROMITA, Arion Sayão, **O princípio da proteção em xeque**, Brasília. Revista jurídica virtual, vol. 4, n. 36, maio 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos, **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**, Rio de Janeiro, Campus, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **The Resilience of Abyssal Exclusions in Our Societies: Tosard a Post-Abyssal Law**, in Montesquieu Lecture, Tilburg Law Review, Leiden, 2017, disponível em www.boaventuradesousasantos.pt/media/Resilience%20of%20Abyssal%20Exlcusions_Tilburg_2017.pdf, acesso em 01/08/2018.

SOARES, Marcilene Lena Garcia de, **Ações afirmativas nos serviços públicos como estratégia de combate às desigualdades**, in Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 2, n. 18, Maio de 2013.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de, **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios**, São Paulo, Editora Alfa-Ômega, 1976.