

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

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

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

A ASCENSÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CONSEQUÊNCIA DA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA MORAL DE IGUALDADE

EL ASCENSO CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA COMO CONSECUENCIA DE LA ALTERACIÓN DEL PARADIGMA MORAL DE IGUALDAD.

Bernard dos Reis Alo

Resumo

A ideia de abordar, no presente trabalho, a fundamentação moral que ensejou a ascensão do direito à assistência jurídica integral e gratuita, e, por conseguinte, da Defensoria Pública, desde um serviço caritativo até um elemento essencial à justiça, como previsto na Constituição da República brasileira, surgiu, em um primeiro momento, de uma divergência doutrinária, aparentemente sem qualquer valor prático, a respeito da geração de direitos fundamentais que melhor enquadraria este cenário. Contudo, a questão ganhou novos contornos, a partir da noção igualitária de Rawls, questionando desníveis sociais fundados em “talentos naturais” ou em discutíveis conceitos de “meritocracia”. Nessa toada, buscando a necessária articulação entre a filosofia moral e sua aplicação prática, abordamos dois planos distintos de moralidade, um teórico, capaz de ser difundido em vários contextos sociais distintos, e um prático, construído localmente em cada comunidade. Assim, buscando conjugar estes pressupostos com o objeto de pesquisa, nasceu a curiosidade de observar a moral abstrata, decorrente de uma evolução do conceito filosófico de igualdade, que pavimentou o crescimento da Instituição Defensoria Pública, no cenário constitucional. A fim de melhor embasarmos o raciocínio aqui advogado, a alteração teórica do paradigma moral de igualdade será analisada comparativamente, através da obra de três dos principais filósofos que dissertaram sobre o tema, quais sejam, Aristóteles, Immanuel Kant e John Rawls. Vale esclarecer que tais autores foram escolhidos, tendo em vista representarem três momentos sociais marcadamente distintos, capazes de demonstrar a evolução cronológica do pensamento humano.

Palavras-chave: Direito constitucional, Igualdade, Defensoria pública

Abstract/Resumen/Résumé

La idea de abordar, en el presente trabajo, la fundamentación moral que dio lugar a la ascensión del derecho a la asistencia jurídica integral y gratuita, y, por consiguiente, de la Defensoría Pública, desde un servicio caritativo hasta un elemento esencial a la justicia, según lo previsto en la Constitución de la República brasileña, surgió, en un primer momento, de una divergencia doctrinal, aparentemente sin ningún valor práctico, respecto a la generación de derechos fundamentales que mejor enmarcaría este escenario. Sin embargo, la cuestión ganó nuevos contornos, a partir de la noción igualitaria de Rawls, cuestionando

desniveles sociales fundados en "talentos naturales" o en discutibles conceptos de "meritocracia". Buscando la necesaria articulación entre la filosofía moral y su aplicación práctica, abordamos dos planos distintos de moralidad, un teórico, capaz de ser difundido en varios contextos sociales distintos, y un práctico, construido localmente en cada comunidad. Así, buscando conjugar estos presupuestos con el objeto de investigación, nació la curiosidad de observar la moral abstracta, derivada de una evolución del concepto filosófico de igualdad, que pavimentó el crecimiento de la Institución Defensoría Pública, en el escenario constitucional. Con el fin de basar mejor el razonamiento aquí abogado, la alteración teórica del paradigma moral de igualdad será analizada comparativamente, a través de la obra de tres de los principales filósofos que escribieron sobre el tema, cuáles son, Aristóteles, Immanuel Kant y John Rawls. Es importante aclarar que tales autores fueron elegidos, con el fin de representar tres momentos sociales marcadamente distintos, capaces de demostrar la evolución cronológica del pensamiento humano.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho constitucional, La igualdad, Defensor público

A assistência jurídica integral e gratuita e a Defensoria Pública Brasileira

No presente tópico, se busca traçar um breve histórico da assistência jurídica em território nacional. No Brasil, a assistência judiciária tem suas raízes nas Ordenações Filipinas, que garantia a gratuidade do recurso de agravo aos pobres. As Ordenações vigoraram em nosso território até 1916. O ordenamento português apenas replicou o que predominava no território europeu, dispensando custas judiciais àqueles comprovadamente carentes e facultando a advogados que, por mera generosidade, prestassem gratuitamente seus serviços a essas pessoas. Tratava-se de assistência judiciária gratuita, a depender da caridade dos profissionais.

Em 1870, prestando assistência judiciária aos necessitados, em causas civis e criminais, surge o Instituto dos Advogados Brasileiros. A Constituição de 1891, primeira Carta Republicana, foi silente sobre a assistência judiciária, mas garantia a ampla defesa, com todos os recursos e meios inerentes. Em 05 de maio de 1897, no âmbito infraconstitucional, foi organizada, através de Decreto, a assistência judiciária no Distrito Federal, cidade do Rio de Janeiro. Tal sistema serviu de modelo para outros Estados-membros, sendo certo que, em 1915, o Código de Processo do Estado da Bahia dedicou capítulo especial para a “Representação Judicial das Pessoas Pobres” (arts. 38 a 43).

Em 30 de outubro de 1920, com o advento do Decreto nº 14.450, se organizou a assistência judiciária gratuita no âmbito do processo militar federal. Os chamados “advogados de ofício”, responsáveis pela assistência dos chamados “praças de pret”, camada mais baixa da hierarquia militar, recebiam remuneração fixada em lei, paga pela União, representando o embrião da assistência judiciária gratuita no plano federal, o que, após 1988, passaria à atribuição da Defensoria Pública da União.

Após a Revolução de 1930, instalado o Governo Provisório, em 18 de novembro de 1930, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil, pelo artigo 17, do Decreto 19.408. O Decreto nº 20.784/1931 aprovou o regulamento da OAB, elevando a assistência judiciária ao patamar de obrigação profissional, substituindo o caráter caritativo anteriormente atribuído à atividade. Somente na Constituição de 1934, art. 113, n. 32, foi feita a primeira menção constitucional ao direito de acesso gratuito à justiça, porém limitado à gratuidade das custas e emolumentos. Não obstante suas limitações, a primeira citação constitucional trouxe uma importante inovação, qual seja, a possibilidade de criação de órgãos especiais, com a finalidade da prestação de assistência judiciária. Em

1935, por exemplo, o Estado de São Paulo criou um serviço de assistência judiciária com advogados remunerados pelo governo.

A Constituição do Estado Novo, de 1937, época da Ditadura Vargas, não trouxe previsão da assistência judiciária em seu texto, contudo, o Código de Processo Civil, em sua redação original de 1939, insculpiu o preceito em sede infraconstitucional. O artigo 141, § 35, da Constituição Federal de 1946, restabeleceu a garantia constitucional da assistência judiciária.

No antigo Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 2.188, de 21 de julho de 1954, criou, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça, os seis primeiros cargos de Defensor Público, que constituíram a semente da Defensoria Pública neste Estado. Eram cargos isolados, de provimento efetivo. Aos 20 de julho de 1958, a Lei Federal nº 3.434 implementou os serviços de assistência judiciária no Distrito Federal e Territórios, sendo os mesmos prestados por Defensores Públicos ocupantes da classe inicial da carreira do Ministério Público Federal.

Quando da mudança do Distrito Federal para Brasília, esse sistema foi legado ao Ministério Público do antigo Estado da Guanabara, perdurando até a fusão deste Estado com o antigo Estado do Rio de Janeiro (1974). A Lei nº 5.111, de 08 de dezembro de 1962, denominada Lei Orgânica do Ministério Público e da Assistência Judiciária, criou o Quadro do "Ministério Público", que, à época, era constituído de duas letras: "A" e "B". A letra "A" correspondia ao Ministério Público, em sentido estrito, enquanto a letra "B" correspondia à Assistência Judiciária, hoje denominada de Defensoria Pública. Nessa época, no Estado da Guanabara, a denominação "Defensor Público" era dada aos cargos iniciais da carreira do Ministério Público e titulava o seu ocupante. O fato histórico demonstra a semelhante gênese das duas instituições.

Na década de 60, o Ministério Público do antigo Estado do Rio de Janeiro, tendo à frente a Associação do Ministério Público Fluminense, que congregava, à época, os Promotores de Justiça e os Defensores Públicos, deu início à realização de congressos nacionais que, por conta da sua importância institucional e para a cultura jurídica do País, marcaram época e consolidaram diversos movimentos em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública, então denominada Assistência Judiciária.

A Constituição de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 01/69, manteve a mesma orientação da Carta de 1946. Na década de 70, como resultado da experiência pioneira e vitoriosa do antigo Estado do Rio de Janeiro, o direito à assistência jurídica gratuita foi objeto de vários debates em congressos e simpósios jurídicos, inclusive, com o decisivo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), concluindo a comunidade jurídica pela necessidade de ser criada a Instituição Defensoria Pública.

Em 12 de maio de 1977, surge a Lei Complementar nº 6, do Estado do Rio de Janeiro, que organizou a Assistência Judiciária naquela localidade e que, com importantes modificações posteriores, passou a vigorar como Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, quando finalmente foi esta criada. Esta lei, a mais avançada de sua época sobre o tema, seguida pelas do Mato Grosso do Sul e do Rio Grande do Sul, serviu de exemplo para outros Estados e, futuramente, serviu de referência para a Lei Complementar Federal nº 80/94.

Em 04 de julho de 1984, na cidade de Corumbá, no Estado de Mato Grosso do Sul, foi criada a entidade nacional dos Defensores Públicos, inicialmente denominada "Federação Nacional das Associações de Defensores Públicos - FENADEP". Superveniente modificação do seu Estatuto, para adequá-lo à Constituição de 1988, no que respeita à legitimação da Entidade para promover ação direta de inconstitucionalidade e mandado de segurança coletivo, deu-lhe a denominação de "Associação Nacional de Defensores Públicos - ANADEP", como é conhecida atualmente.

Importante notar que, durante esta evolução legislativa e, posteriormente, constitucional, dois conceitos distintos se confundiam com bastante frequência. As ideias de assistência judiciária e gratuidade de justiça recebiam tratamento sinonímico, o que ficou evidente na Lei Federal nº 1.060/1950. De acordo com o texto legal, tal legislação estabelecería normas para a concessão da assistência judiciária, mas, em verdade, ao analisarmos suas disposições, facilmente se depreende que esta regulamenta a questão relativa à justiça gratuita. Como leciona Cleber Francisco Alves, a “assistência judiciária”, expressão que remonta às primeiras ações estatais voltadas para a garantia de igualdade de acesso à Justiça, envolve fundamentalmente os recursos e instrumentos necessários para acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante o benefício da “justiça gratuita” (que corresponde, estritamente, à isenção das despesas processuais que seriam

devidas sem a outorga do benefício), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também se dispensando o pagamento de honorários respectivos), dotado de capacidade postulatória para a representação da parte em juízo¹.

Tal observação é relevante para analisarmos o novo paradigma epistemológico trazido pela Constituição da República de 1988, que introduziu não apenas uma nova visão da matéria, ao consagrar a expressão “assistência jurídica gratuita”, mas também estabeleceu uma Instituição garantidora deste direito, denominada Defensoria Pública. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 134, desde sua redação original, já estabelecia expressamente, de maneira inédita na história constitucional pátria, a Defensoria Pública como a Instituição responsável pela assistência jurídica estatal, integral e gratuita, sendo certo que tal concepção foi aprimorada ao longo dos anos, alcançando a atual redação, configurada após o advento da EC 80/2014.

Desde logo, importante registrar que a ideia de “assistência jurídica integral” avança os parâmetros da mera “assistência judiciária” ou da simples “gratuidade de justiça”, empoderando a população hipossuficiente, econômica ou juridicamente, de amplos serviços técnicos, não apenas no âmbito das contendas judicializadas, mas também na esfera extrajudicial, autorizando à Defensoria Pública atividades que vão desde o mero aconselhamento jurídico até a propositura de demandas coletivas, em sentido amplo.

A alteração teórica do paradigma moral de igualdade

Como já colocado acima, a ideia de abordar, no presente trabalho, a fundamentação moral que ensejou a ascensão do direito à assistência jurídica integral e gratuita, e, por conseguinte, da Defensoria Pública, desde um serviço caritativo até um elemento essencial à justiça, como previsto na Constituição da República, surgiu de uma divergência doutrinária a respeito da geração de direitos fundamentais que melhor enquadraria este cenário.

Isto é, seria a assistência jurídica estatal gratuita um direito civil, de primeira geração, ou um direito social, de segunda geração?

¹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 236.

Cleber Francisco Alves², em obra paradigma sobre a matéria, afirma que o direito de acesso à justiça, incluindo a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduziria em direito de caráter primordialmente civil, e não propriamente um direito social, vez que indispensável ao exercício pleno da liberdade humana e da igualdade jurídica de todos os cidadãos. Contudo, com a devida vênia, ousamos discordar de tal entendimento. Para tanto, optamos por fugir da tradicional diferenciação realizada, segundo a qual direitos civis se consubstanciariam em posturas estatais negativas e direitos sociais em prestações positivas, e fundamentamos o raciocínio no ideal de igualdade implícito na gênese do direito.

Assim, a verdadeira consagração do direito à assistência jurídica decorreria não apenas da igualdade formal, emersa dos ideais da Revolução Francesa, mas sim da evolução moral vivenciada pela sociedade moderna, até a construção do conceito de igualdade material. Em nossa visão, portanto, o ponto nodal capaz de definir se um direito seria de primeira ou de segunda geração é a ideia de igualdade presente em sua essência.

Inicialmente, de acordo com a lógica moral grega, cada ser humano teria seu talento natural, denominado por Aristóteles de “virtudes”. A finalidade de cada ser humano seria desenvolver com excelência suas virtudes, pois estas apontavam seu lugar no universo. O sujeito que não explorasse suas virtudes, seguindo tal lógica, seria um fracassado. Para o grego, a “dignidade moral” do indivíduo seria desenvolver suas próprias virtudes. A lógica de Aristóteles não se preocupa com o “outro”, como é comum no pensamento moderno. Para os gregos, portanto, a preocupação do indivíduo seria aprimorar os próprios talentos, independente do resultado gerado para a comunidade.

Destarte, o pensamento aristotélico define que os indivíduos “virtuosos” seriam superiores aos demais. Os dotados de virtude deveriam apenas se ocupar em exercitar seus talentos e os desprovidos de tal dádiva, por sua vez, deveriam viver a serviço dos superiores. O trabalho para os gregos era confinado às pessoas de menor valor, pessoas moralmente menos dignas. Nessa toada, no pensamento grego, a igualdade estava excluída do campo da moral. A moral grega é marcada pela diferença, vez que o talento natural é desigualmente distribuído entre as pessoas. A desigualdade de talentos gerava desigualdade moral e esta, por seu turno, gerava desigualdade política, justificando a

² _____, p. 37/38.

noção de que pessoas inferiores deveriam trabalhar, até mesmo em regime de escravidão, para superiores.

Assim, a teoria aristotélica sobre justiça e igualdade não se aplicava a todos os habitantes da Grécia. O pressuposto de igualdade para todos, como veremos adiante, é desenvolvido apenas na modernidade. Na pólis grega, não eram considerados cidadãos, e, conseqüentemente, capazes para a vida civil, as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos. Estes últimos, por vezes, eram tratados como seres animalizados³, como vemos no trecho a seguir:

“Existe, na espécie humana, seres tão inferiores a outros quanto o corpo o é em relação à alma, ou a besta ao homem; são aqueles para os quais a utilização da força física é o melhor que se consegue. Segundo os nossos princípios, tais indivíduos são destinados por natureza à escravidão; pois para eles não há nada mais simples do que obedecer. Assim é o escravo por instinto; pode pertencer a outrem (também lhe pertence ele de fato), e não tem razão mais do que suficiente para dela experimentar um vago sentimento; não possui a razão em sua plenitude. Os outros animais que não a possuem seguem as expressões exteriores”⁴.

Pelo exposto, a partir da lógica aristotélica, considerando a integralidade dos indivíduos das cidades-estados, não há que se falar em igualdade, seja formal ou material, prevalecendo a lógica “deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual”, mas jamais com a finalidade de igualá-los.

Tal cenário evolui a partir da lógica kantiana. Em Kant, a igualdade dos homens se dá pela sua racionalidade. O homem se identifica com a razão e todo ser racional é um fim em si mesmo, pois pode agir com autonomia. Sendo assim, o autor atribui igual valor a todo ser humano pelo simples fato de ser racional. Rompendo com o pensamento grego, aristotélico, Kant afirma que “não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito, sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio

³ SILVA, Nícolas Trindade da. Da igualdade formal a igualdade material. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556&revista_caderno=9>. Acesso em julho 2016.

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 18.

do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus dependentes”⁵. Assim, o autor afasta qualquer possibilidade de discriminação entre indivíduos com base em talentos naturais predispostos, asseverando que a dignidade moral depende da “boa vontade”⁶ de cada um, ou seja, do uso que cada um faz de seus talentos.

Neste sentido, a igualdade para Kant é inclusiva⁷, pois é acessível a todos os homens, no claro intuito de universalização. Tem-se, assim, uma igualdade aritmética, onde todos tem o mesmo valor na sociedade, podendo dela participar, influenciando na construção da norma social. A lógica kantiana foi decisiva para a definição dos parâmetros de igualdade formal e, por conseguinte, dos direitos fundamentais de primeira geração, decorrentes das Revoluções Liberais. Parte-se da suposição de que todos os homens são igualmente capacitados para decidir o que fazer com seus talentos, a fim de justificar a nova lógica, qual seja, “tratar igualmente os desiguais, não importando a medida da desigualdade”.

Ocorre que nenhuma dessas versões de igualdade, acima expostas, reflete com fidelidade a essência por trás da garantia de assistência jurídica estatal gratuita aos hipossuficientes. A mera igualdade formal perante a lei, vale frisar, permite a subsistência de um espaço negativo de atuação estatal, responsável por aprofundar a diferenciação de classes. Pensamos que este direito fundamental e, por conseguinte, a ascensão institucional da Defensoria Pública, no ordenamento pátrio, estão mais afinados com os novos paradigmas trazidos por Rawls, notadamente em sua obra “Uma Teoria da Justiça”⁸, publicada em 1971. Nesta obra, o autor lança novas bases epistemológicas sobre o paradigma moral de igualdade, fundamentais para compreendermos o novo momento da assistência jurídica estatal, que culminou, no Brasil, com a Constituição da República de 1988, primeiro texto constitucional a mencionar expressamente a Instituição Defensoria Pública.

Rawls dedicou toda sua vida acadêmica na elaboração de uma teoria da justiça capaz de conjugar os principais valores morais do mundo moderno, aparentemente

⁵ KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1988, p- 57- 102, p. 77 e ss.

⁶ WOOD, Allen. A boa vontade. Disponível em <http://www.sociedadekant.org/wp-content/uploads/2013/02/STUDIA-KANTIANA-9.7-40-Wood.pdf>

⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.99

⁸ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Capítulos I, II, III e V.

inconciliáveis à luz das teorias dominantes no século XX, quais sejam, liberdade e igualdade. O grande mérito de sua obra foi a tentativa de construir uma teoria da justiça ao mesmo tempo cuidadosa com a liberdade e a igualdade, buscando responder o grande questionamento da filosofia política: o que é uma sociedade justa?

Solucionar tal indagação, na obra de Rawls, passa, necessariamente, pela releitura do contrato social. O autor imagina um contrato hipotético, firmado sob condições ideais e no qual é respeitado nosso caráter de seres livres, racionais e iguais. Seu contrato é relevante porque reflete a ideia de que, do ponto de vista moral, todos se equivalem. O contrato em questão serve para construir a ideia de que nenhuma pessoa está subordinada às demais, diferente do contrato hobbesiano, por exemplo, que determina, para superar as desigualdades naturais, a indispensável transferência de poderes a um terceiro, o soberano.

Rawls insculpe uma teoria da justiça com base na equidade, partindo de pressupostos básicos fundamentais, quais sejam, a noção de escassez moderada de recursos, o reconhecimento do fato do pluralismo e a visão de que todos os membros da sociedade são indivíduos racionais e razoáveis.

Ao analisar a escassez moderada dos recursos, o autor pondera que a totalidade dos recursos a ser distribuída é menor que a demanda, ou seja, existem bens escassos em contraposição ao desejo ilimitado de posse por parte dos indivíduos. Não há abundância total, não há escassez absoluta, há escassez moderada de recursos, devendo a sociedade buscar a justa repartição dos bens. Rawls pensa a justiça de acordo com o conflito permanente entre bens disponíveis e o desejo ilimitado de se apoderar desses bens. Por reconhecimento do fato do pluralismo, o autor explicita o desacordo profundo e irreduzível entre as concepções de bem entre os indivíduos da sociedade moderna. A sociedade moderna é marcada pelo pluralismo das formas de vida, não havendo comunhão de uma única doutrina de bem compartilhada por todos. Como último pressuposto, ao asseverar que todos os membros da sociedade são indivíduos racionais e razoáveis⁹, o autor aponta que todos indivíduos são capazes de formular sua concepção de bem e desenvolver um conceito de justiça. Racionalidade e razoabilidade são poderes

⁹ D'AVILA, Edson. Construindo pontes entre "Uma teoria da justiça" de John Rawls e a ação pastoral. Disponível em: http://www2.ifsp.edu.br/edu/davila/Ciencias_religiao/Acao_Pastoral%20e%20Teoria_Justica.pdf

morais intrínsecos aos indivíduos, sendo cada membro da sociedade apto a realizar sua própria noção de bem. Para Rawls, todo indivíduo respeita os termos equitativos da cooperação social, elegendo seus próprios fins, mas conjugando-os com o livre arbítrio dos demais membros do corpo social.

Com base nesses pressupostos, Rawls configura o conteúdo de sua concepção política da justiça, fundado no pilar da equidade. O arranjo social, assim, se organizaria em torno de princípios de justiça tendentes a garantir igual liberdade para todos e, principalmente, a distribuição de desigualdades econômicas e sociais, de maneira a garantir maiores benefícios possíveis aos menos favorecidos e igualdade de oportunidades para todos. Para o autor, todo homem, nas condições hipotéticas adequadas, seria capaz de alcançar soluções justas e benéficas, inclusive para os menos favorecidos. Por condições hipotéticas adequadas, aptas a ensejar um contrato social hipotético equitativo, o autor parte da noção de que, na posição originária, ou seja, numa situação artificial, puramente idealizada de imparcialidade, seria possível alcançar um acordo entre os indivíduos acerca de princípios de justiça, a partir de um segundo elemento neutralizador, qual seja, o ideal de véu da ignorância, responsável por subtrair dos participantes informações sobre suas respectivas posições e convicções, na eventual sociedade que se formará, obrigando-os, assim, a adotar o ponto de vista imparcial de quem pudesse estar em qualquer posição social e ter qualquer convicção substantiva.

Justamente nesta experiência de equalização entre desigualdades e oportunidades surge a semente da assistência jurídica estatal gratuita e, por conseguinte, da Defensoria Pública. Nesse cenário, ganha relevo, na teoria de Rawls, o princípio do “maximin”, isto é, favorecer ao máximo quem está na pior posição social, e o princípio da igualdade de oportunidades, tornando as mais diversas posições sociais acessíveis a todos, em circunstâncias de justa igualdade de oportunidades.

Rawls parte então de uma concepção geral de justiça fundada na noção de que todos os bens sociais primários, como, por exemplo, liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da autoestima (um conceito impreciso), devem ser distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos estes bens beneficie os menos favorecidos. Identificamos neste ponto da obra de Rawls a famosa ideia de “tratar desigualmente os desiguais para igualá-los”, facilmente verificável na concepção de prover, gratuitamente, assistência jurídica a pessoas menos

favorecidas, a fim de garantir paridade de armas, seja diante de outros cidadãos, “hipersuficientes” econômica ou organizacionalmente, ou do próprio Estado. Faz-se mister observar que a obra de Rawls, “Uma teoria da justiça”, e a obra de Cappelletti e Garth, “Acesso à justiça”, foram produzidas em momentos próximos, o que nos permite especular sobre o fato de ambas terem comungado dos mesmos pressupostos teóricos.

Destarte, em síntese, no presente trabalho, esposamos o entendimento de que a assistência jurídica estatal gratuita, e sua Instituição garantidora, a Defensoria Pública, adequadamente se colocam no contexto dos direitos fundamentais de segunda geração, pois defluem da evolução do paradigma de igualdade, responsável por transportar a moral social abstrata desde a desigualdade, presente na sociedade helênica, passando pela igualdade meramente formal, dos direitos de primeira geração, frutos das revoluções liberais, finalmente alcançando a noção de igualdade material, embasada na luta por igualdade de oportunidades e paridade de armas para todos. Esta busca social pela igualdade material, orientada pelos ensinamentos de Rawls, serviu como estopim para o processo de valorização, pelo menos teórica, da Defensoria Pública, estampada em sua previsão constitucional, de maneira inédita, no direito pátrio, por ocasião da Lei Maior de 1988.

Conclusão

No presente trabalho, demonstrou-se a noção de que a processo de constitucionalização da assistência jurídica e, conseqüentemente, da Defensoria Pública, decorreu, no plano teórico, da evolução moral do conceito de igualdade, desde a desigualdade inspiradora da obra de Aristóteles, passando pela igualdade formal kantiana, chegando, finalmente, à igualdade material infundida por Rawls. Inicialmente, como pressuposto necessário para o aprofundamento do estudo, se buscou traçar, em estreita síntese, um breve histórico da assistência jurídica em território nacional, desde as Ordenações Filipinas até o presente texto constitucional. Superada esta etapa, foi realizada análise comparativa dos conceitos de igualdade dos citados autores, com destaque para a obra de Rawls. A igualdade inculpada por Rawls busca equalizar desigualdades e oportunidades, destacando a ideia de maximin, ou seja, maximizar o favorecimento daquele que está em pior posição social, bem como o princípio da igualdade de oportunidades, tornando as mais diversas posições sociais acessíveis a todos.

Vislumbramos nessa teorização a base da assistência jurídica estatal gratuita e a noção de equilibrar as partes, através de um serviço estatal gratuito de assistência jurídica.

Bibliografia

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

D'AVILA, Edson. Construindo pontes entre “Uma teoria da justiça” de John Rawls e a ação pastoral. Disponível em: http://www2.ifsp.edu.br/edu/davila/Ciencias_religiao/Acao_Pastoral%20e%20Teoria_Justica.pdf

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p- 57- 102, p. 77 e SS.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Capítulos I, II, III e V.

SILVA, Nícolas Trindade da. Da igualdade formal a igualdade material. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556&revista_caderno=9>. Acesso em julho 2017.

WOOD, Allen. *A boa vontade*. Disponível em <http://www.sociedadekant.org/wpcontent/uploads/2013/02/STUDIA-KANTIANA-9.7-40-Wood.pdf>