

Possível contribuição de uma teoria da justiça de Rawls para edição de decisões judiciais coerentes: análise de precedentes do STF acerca das inelegibilidades da constituição federal de 1988 (art. 14, §§ 5º e 7º)*

Possible contribution to a theory of justice of Rawls to issue judgments of coherent: analysis of the supreme court precedent regarding the ineligibility of the federal constitution of 1988 (art. 14, § § 5 and 7)

Pablo Zuniga Dourado¹

Resumo

É necessária uma teoria crítica da argumentação para manter a coerência dos julgamentos e evitar a discricionariedade judicial. Pensamos que as bases da teoria de Rawls – Uma Teoria da Justiça –, podem ser aplicadas parcialmente às instituições jurídicas brasileiras. A igualdade deve ser a preocupação central. A teoria (sequência ou esquema) dos quatro estágios, bem como a tese da justiça procedimental pura podem servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. No âmbito das instituições jurídicas, a concepção de Ronald Dworkin sobre o direito pode tornar mais fácil a aplicação da justiça como equidade. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da constituição de 1988, especificamente no que tange às inelegibilidades do art. 14, §§ 5º e 7º, analisados criticamente, demonstram como a falta de uma teoria filosófica crítica de base forte colabora para a falta de coerência e controle das decisões judiciais e como o arbítrio pode estar ligado ao desrespeito aos arranjos institucionais acordados pela comunidade. Questiona-se a legitimidade dos juízes em ponderar os princípios escolhidos na posição original. Sua competência para a pesagem é limitada aos princípios individuais e não aos institucionais. O objetivo é despertar neste artigo a atenção para a necessidade de se adotar uma teoria filosófica e para a mudança de paradigma do Direito.

Palavras-chave: Uma teoria da justiça. Igualdade. Inelegibilidades. Precedentes do STF. Discricionariedade judicial. Teorias da argumentação. Integridade do direito.

Abstract

You need a critical theory of argumentation to maintain the consistency of judgments and avoiding judicial discretion. We believe that the foundations of the theory of Rawls – A Theory of Justice – may be applied, in part, to the legal institutions in Brazil. Equality must be the central concern. The theory (sequence or diagram) of the four stages, as well as the thesis of pure

* Artigo recebido em fevereiro de 2013.
Aceito para publicação em março de 2013.

¹ Exerce o cargo de Juiz Federal do TRF da 1ª Região. Graduado pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especialista em Direito Constitucional-Eleitoral pela Universidade de Brasília – UnB e Processo Civil pelo UNI-CEUMA. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Exerceu magistério no âmbito de graduação e pós-graduação em diversas Instituições de Ensino Superior, bem como em cursos jurídicos no Distrito Federal, lecionando as disciplinas: Direito Constitucional e Direito Administrativo. Experiência em diversos cargos públicos, da área jurídica, com aprovação em concurso e exercício dos cargos de Defensor Público, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, além do que hoje exerce.

procedural justice may serve to reduce the discretion of judges in solving cases. In the context of legal institutions, the design of Ronald Dworkin on the law may make it easier to administer justice as fairness. The precedents of the Supreme Court on the interpretation of the constitution of 1988, specifically with respect to the ineligibility of art. 14, §§ 5 and 7, analyzed critically demonstrate how the lack of a philosophical theory critical of a strong base contributes to the lack of coherence and control of judicial decisions, and how agency can be linked to disrespect for the institutional arrangements agreed by the community. We question the legitimacy of judges to consider the principles chosen in the original position. Its competence is limited to weighing the individual principles, and not institutional. The purpose of this article is to awaken attention to the need to take a philosophical theory and the paradigm shift to the right, in order to ensure consistency and correct judicial decisions.

Keywords: A Theory of Justice. Equality. Ineligibility. The Supreme Court precedents. Judicial discretion. Theories of argumentation. The integrity of the law.

1 Introdução

Como uma teoria sobre princípios da justiça desenvolvida em um contexto social e político distinto do brasileiro pode colaborar para evitar o natural arbítrio dos juízes nas suas decisões sobre os casos? Essa pergunta é a motivação do texto que iremos apresentar. Vamos tentar demonstrar ao longo do artigo que é necessária uma teoria crítica da argumentação para manter a coerência dos julgamentos e evitar o *decisionismo*. Recorremos às bases da teoria de Rawls - *Uma Teoria da Justiça* -, com a proposta de que é possível aplicá-la, parcialmente, às instituições jurídicas brasileiras.

A igualdade é a nossa preocupação central, a exemplo do que ocorre na teoria de Rawls. Defendemos que seus elementos principais, nada obstante as peculiares desigualdades da sociedade brasileira, podem constituir uma argumentação orientadora das decisões judiciais e garantir-lhes correção e coerência. Vamos propor que a alegação de John Rawls para aplicação dos princípios da justiça - a teoria dos quatro estágios -, pode servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. Utilizaremos em conexão com a teoria de Rawls, no âmbito das instituições jurídicas, a concepção de Ronald

Dworkin sobre o Direito, por tornar mais fácil a aplicação da justiça como equidade.

Para viabilizar a nossa hipótese, analisaremos de forma crítica à luz dos princípios da justiça os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da constituição de 1988, especificamente no que tange às inelegibilidades do art. 14, §§ 5º e 7º. Temos a pretensão de demonstrar como a falta de uma teoria filosófica crítica de base forte colabora para a falta de coerência e de controle das decisões judiciais; e como o arbítrio pode estar ligado ao desrespeito aos arranjos institucionais acordados pela comunidade. Queremos demonstrar que não é legítimo aos juízes ponderar com os princípios escolhidos no acordo original; e que sua competência para a pesagem é limitada aos princípios individuais, e não aos institucionais.

Nesse contexto, enfatizaremos que é importante a adoção de uma teoria da argumentação como paradigma, a fim de embasar as decisões judiciais e promover a concretização dos preceitos constitucionais que densificam os princípios da justiça, sobretudo, o princípio de diferença apresentado em *Uma Teoria da Justiça* por Rawls. Nosso objetivo é despertar neste artigo a atenção para necessidade da mudança de paradigma do direito para se evitar a *discricionariedade judicial*, e tentar garantir justiça, pelo menos assegurar que casos semelhantes tenham o mesmo tratamento e solução. Nossa preocupação é com a igualdade de tratamento de todas as pessoas pelas instituições jurídicas, isto é, que haja critérios uniformes de justiça nas decisões tomadas pelos juízes.

2 A justiça como equidade como critério para decisões judiciais coerentes

2.1 Síntese das bases da “justiça como equidade” de Rawls

Iniciamos com a suposição de que a realidade social brasileira é de profunda desigualdade entre os indivíduos. Em seguida perguntamos: o que a “justiça como

equidade”², pensada por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, pode contribuir no âmbito das instituições jurídicas brasileiras para reduzir essa desigualdade? A Constituição de 1988 recentemente completou 23 (vinte e três) anos de vigência, de sorte que, aparentemente, vivemos nestes anos de estabilidade uma espécie de concepção filosófica da democracia constitucional. Assim, nada obstante a “estranheza que sentimos diante das ideias de Rawls” ser “um dado que desvela aspectos importantes da nossa tradição”³ considera “[...] as ideias e os objetivos principais dessa concepção os mesmos da concepção filosófica da democracia constitucional”⁴, de modo que a pretensão do citado autor parece cumprir seus objetivos de ser razoável e útil também na tradição jurídica brasileira. Por ser uma teoria crítica, pode contribuir para uma interpretação de redução das diferenças, por meio de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

Rawls propõe uma releitura da teoria tradicional contratualista – encontrada em Locke, Rousseau e Kant –, com maior abstração e abrangência. Em sua teoria, há um rompimento com as crenças do utilitarismo em todos os seus matizes⁵, tese segunda a qual, de modo geral, o justo é o aumento do saldo geral de satisfação, isto é, a maximização do bem. Ao contrário do utilitarismo, sobretudo o radical, no qual são irrelevantes as cotas de distribuição, a justiça como equidade centra suas preocupações no bem de todos, ou ainda, na distribuição dos recursos escassos

na sociedade. Mas, não vamos concentrar os argumentos nessa contraposição. A consideração é apenas para situar o porquê da importância da obra de John Rawls.⁶ O ponto nesse tópico é expor os seus elementos estruturantes.

A questão nevrálgica é como ter certeza de que, sob determinadas circunstâncias, os princípios da justiça serão fundamentos racionais para a organização da sociedade⁷. Retornamos então a maior abrangência e abstração da teoria contratualista, pois Rawls norteia sua teoria na noção nuclear que “[...] os princípios da justiça para estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original”⁸. Rawls propõe a posição original nos seguintes termos:

São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça.

Assim, devemos imaginar que aqueles que entram em cooperação social escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta fundacional de sua sociedade. Assim como cada pessoa deve decidir por meio de reflexão racional o que constitui seu bem, isto é, o sistema de fins que lhe é racional procurar, também um grupo de pessoas deve decidir, de uma vez por todas, o que entre elas será considerado justo ou injusto. A escolha que os seres racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios da justiça.⁹

² A palavra “equidade” não deve ser compreendida no sentido conferido pela língua portuguesa, tampouco no dado pelo Direito brasileiro, porquanto decorre do inglês “*fairness*” e está inserida no contexto da teoria de Rawls com outros elementos que exporei no decorrer do texto. Segundo Abreu: “A ideia de justiça como equidade então poderia ser traduzida da seguinte maneira para um leitor brasileiro: é o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, *distorcer a igualdade fundamental entre todos*; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da *igualdade substantiva* dos cidadãos como o parâmetro de construção do político”. ABREU, Luiz Eduardo Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. p. 160.

³ ABREU, Luiz Eduardo Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. p. 160.

⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.

⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.

⁶ A obra de John Rawls intitulada *Uma Teoria da Justiça* causou uma verdadeira revolução nas teorias e práticas políticas e filosóficas a partir de sua publicação em 1977. Na década de 80 e nas seguintes, desenvolveu-se um debate presente até os dias atuais, concebido por críticas e ataques à obra de Rawls e seus seguidores, feitas pelos comunitaristas. NEAL Patrick, PARIS David. Liberalism and the communitarian critique: a guide for the perplexed. *Canadian Journal of Political Science*, v. 23, n. 03, p. 419-439, Sept. 1990.

⁷ ABREU, Luiz Eduardo Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43 n. 172, out./dez. 2006. p. 161.

⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 13.

⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 14.

Os indivíduos na posição original estão sob o véu de ignorância, porquanto “[...] desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigados a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais”¹⁰ Rawls estabelece algumas presunções necessárias para o sentido da justiça como equidade. Na posição original por trás do véu de ignorância, os indivíduos são racionais e conhecedores das discussões políticas e dos princípios e teorias econômicas, bem como dos fatos genéricos acerca da sociedade humana. Possuem esclarecimento sobre as bases da organização social. Em resumo, “[...] conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios de justiça”¹¹ Ele pressupõe agentes racionais – com certo tipo de educação –, iguais, com a mesma capacidade de decisão e desinteressados. Em outras palavras, propõe a necessidade de cooperação entre os indivíduos, ou seja, um esforço conjunto para escolher as normas que conduzirão a convivência e limitar a competição; as pessoas se juntam e decidem os princípios. Por isso é imprescindível a presunção de um tipo de indivíduo moral (racional, razoável e com senso de justiça) que concorda com sua ação no mundo, sujeito aos limites escolhidos. Essas são as bases iniciais da justiça como equidade.

A justiça como equidade não está isenta de críticas profundas alinhavadas por aqueles que se contrapõem aos elementos centrais acima descritos.¹² Os comunitaristas descem tinta pesada, sobretudo, ao tipo-ideal de indivíduo presumido por Rawls, tendo em vista que o véu

de ignorância o leva ao “atomismo”,¹³ ou seja, uma pessoa isolada do contexto de suas tradições.¹⁴ Vale dizer: a justiça social decorre dessas relações sociais. A concepção de bem, o seu sentido e significado, decorre das entranhas das instituições sociais, ou ainda, da sensação de pertencimento [membership] a uma determinada comunidade.¹⁵ Outra perspectiva da crítica é apresentada por Sandel (2005), segundo o qual – em uma leitura própria dos

¹³ Segundo Taylor: “The term ‘atomism’ is used loosely to characterize the doctrines of social-contract theory which arose in the seventeenth century and also successor doctrines which may not have made use of the notion of social contract but which inherited a vision of society as in some sense constituted by individuals for the fulfillment of ends which were primarily individual. Certain forms of utilitarianism are successor doctrines in this sense. The term is also applied to contemporary doctrines which hark back to social-contract theory, or which try to defend in some sense the priority of the individual and his rights over society, or which present a purely instrumental view of society”. TAYLOR, Charles. “Atomism”. In: AVINERI, Shlomo; DE-SHALIT, Avner (Ed.). *Communitarianism and individualism*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 29.

¹⁴ Outra crítica forte à falta de contextualização (“atomismo”) é a elaborada por MacIntyre (2001, p. 343-378) ao afirmar que adota uma perspectiva narrativista de indivíduo, segundo a qual o tipo de ente que uma pessoa é tem de ser expresso integralmente pelas narrativas que ela mesma e sua comunidade moral e cultural constroem. Não existiria nada além dessas narrativas que permanecesse oculto, e não haveria nenhum impedimento *a priori* para que as narrativas descrevessem a “verdadeira natureza” das pessoas. Essa perspectiva integral de narrativa leva a algumas características, a saber: uma história com começo, meio e fim; existência de personagens; intrigas etc. A ação não equivale a qualquer coisa que se diga, deve ser uma ação inteligível. MacIntyre enfatiza a integralidade, que dá sentido ao que acontece. Faz crítica a Locke e aos seus seguidores contemporâneos, apontada para a intenção de promover a separação entre o *self* e seus papéis sociais, dispensando qualquer papel relevante que a inserção do indivíduo em uma comunidade moral específica teria na constituição da identidade pessoal, isto é, para o fato de não levarem em conta o papel das narrativas transmitidas por uma tradição. Para MacIntyre, as pessoas são histórias de vida incorporadas, ou melhor, são personagens reais de narrativas reais. Uma história de vida não deve ser descrita como uma sucessão de ações; uma ação só tem sentido se for compreendida como “um episódio em uma história possível”. Assim, ele critica as generalizações fáceis e a descontextualização, que na sua visão, encontram-se no fundamento teórico dos liberais, bem como destaca que a nossa linguagem tem limites.

¹⁵ Segundo Walzer (2003, p. 85-87) não é o indivíduo que muda a sociedade, mas sim o pertencimento [membership] à sociedade que influencia o modo de ver do indivíduo. Em outras palavras: a visão de mundo dos indivíduos é construída pela tradição, o que denota que esse autor se contrapõe a Rawls. Ele alega que o indivíduo está imerso no sentido de pertencimento. Assim, o critério de distribuição passa a ser justamente o pertencimento à comunidade.

¹⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 16.

¹¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 167.

¹² A obra de Rawls desencadeia uma série de debates em torno das estruturas básicas da sociedade e da forma de conduzir questões políticas fundamentais. É o debate entre liberais e comunitaristas, que tem como ponto de partida as bases da teoria lançada por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*.

argumentos de Rawls sobre a justiça como virtude prioritária –, a justiça não deve ser prioritária sobre o bem, este deve ser prioritário sobre a justiça. Essa posição decorre da ideia de que o indivíduo não pode se desvencilhar de seu contexto. As concepções sobre o bem é anterior à virtude da justiça.

Destes dois modos de ligar a justiça a concepções do bem, o primeiro é insuficiente. O mero fato de determinados comportamentos serem sancionados pelas tradições de uma tradição específica não é suficiente para os tornar justos. Elevar a justiça à condição de produto de uma convenção equivale a retirar-lhe o seu caráter crítico, mesmo quando se abra espaço para a apresentação de interpretações distintas daquilo que é exigido por uma tradição relevante. Os argumentos acerca da justiça e dos direitos acarretam inevitavelmente um juízo de valor. Os liberais, que crêem que a defesa dos direitos deve ser neutral relativamente às doutrinas morais e religiosas substantivas, e os comunitaristas para quem os direitos devem decorrer dos valores sociais dominantes, cometem o mesmo erro; ambos procuram evitar emitir um juízo de valor sobre as finalidades promovidas pelos direitos. Porém, estas não são as únicas alternativas possíveis. Há uma terceira possibilidade, mais plausível, em meu entender, segundo a qual a justificação dos direitos depende da importância moral das finalidades que estes servem.¹⁶

Os comunitaristas parecem apontar para a ilusão que o liberalismo tem de si mesmo, vale dizer, no fundo, a teoria liberal também é parte de uma tradição, embora se trate de uma teoria que se pensa universalizável, a demonstrar, possivelmente, certa incoerência¹⁷. Em resumo: as críticas, nada obstante apresentarem diferenças, compartilham alguns temas básicos. Neal e Paris pontuam os argumentos coincidentes, a saber: o excessivo individualismo da teoria política liberal, de modo a produzir uma peculiar visão do “eu”, divorciado das relações sociais, ao mesmo tempo em que considera neutras as concepções de bem, falhando em compreender a ideia de comunidade; o fato das sociedades liberais promoverem certas virtudes e ignorarem outras; e, finalmente, a proposição

de princípios transcendentais desconsiderando a história e os fatores contingentes das comunidades liberais.

As alegações, principalmente a do isolamento do indivíduo, são fortes e de difícil objeção. Todavia, os liberais reivindicam que a teoria liberal é totalmente capaz de acomodar a ideia de comunidade, porquanto a sua noção de “eu” está situada nela. Além disso, têm proposto alguns desafios aos comunitaristas, como tornar mais clara uma proposta alternativa, seja na teoria ou na prática, às garantias dos direitos e liberdades tradicionalmente associadas ao liberalismo (direitos fundamentais individuais). Desse modo, seja por meio de acomodação ou contra-ataque, os liberais têm levado as críticas comunitaristas a sério e desenvolvido suas respostas de modo cada vez mais sofisticado e aprofundado. Nessa perspectiva, acreditamos que o melhor caminho é “temperar” os argumentos dos liberais com as críticas pertinentes dos comunitaristas.

Retornamos a *Uma Teoria da Justiça*. A justiça como equidade é uma teoria crítica. Tem como principal objetivo a argumentação. Assim, Rawls parece oferecer resposta às principais contraposições comunitaristas – sobretudo o “eu” descontextualizado –, por meio do equilíbrio reflexivo, que é o processo pelo qual os indivíduos passam para decidir quais princípios de justiça vão adotar. Na realidade social, a situação hipotética ideal da posição original não se sustenta, pois o véu de ignorância se descortina paulatinamente, haja vista os interesses pessoais de cada indivíduo na conquista dos bens. Mas, o equilíbrio reflexivo formula suas concepções em princípios de justiça numa relação dinâmica e circular, com uma ou outra variação. Uma pessoa pode modificar a maneira de pensar e de se relacionar com a outra. É possível voltar atrás e repensar para agir de modo diferente. Há um permanente ajuste entre os princípios e as intuições. O processo se autoalimenta; é circular, de sorte que a justiça, como equidade, é uma teoria que conta com o apoio do indivíduo a partir do pressuposto de que passou pelo equilíbrio reflexivo. Rawls explica:

Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este

¹⁶ SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 12. Ver, também, uma espécie de resumo da ideias do livro *O Liberalismo e os Limites da Justiça* do mesmo autor: SANDEL, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: SANDEL, Michael J. (Ed.) *Comunitarianism and individualism*. New York: New York: University Press, 1992. p. 149-58.

¹⁷ GUTMANN, Amy. *Communitarian critics of liberalism*. *Philosophy and Public Affairs*. v. 14, n. 3, p. 308-22, 1985.

ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da posição inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos à reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo.¹⁸

Não podemos perder de vista que a teoria dá a descrição de sociedade ideal “teoricamente”. É diferente de convencer que, de fato, são aqueles os princípios segundo os quais as pessoas se guiarão. Se mudar os pontos da posição original, chegar-se-á a outros princípios. Desse modo, parece que o equilíbrio reflexivo é um modo de contextualizar o indivíduo, porque leva ao ajuste das convicções pessoais mais profundas a princípios de justiça gerais, concebidos no seio de uma sociedade histórica e geograficamente localizada.

Assim, pode ser possível para facilitar a adoção da teoria de Rawls segundo a posição original na sociedade brasileira, a proposta de Dworkin. Vamos supor que fundaremos um novo Estado; que precisamos promulgar uma nova Constituição e novas instituições fundamentais; e devemos propor uma teoria política de distribuição geral, ou seja, uma teoria de como a comunidade terá acesso aos bens fundamentais e às oportunidades. Aparentemente, se adotarmos a teoria de Rawls como “exercício de argumentação”, poderemos contribuir para melhorar a coerência das decisões judiciais e o funcionamento das instituições jurídicas, segundo os princípios escolhidos na posição original.

Ressaltamos que temos consciência da dificuldade da aceitação desse tipo de proposta e da própria teoria de Rawls, conforme já destacado, tendo em vista as especificidades da sociedade brasileira quanto à questão

das desigualdades,¹⁹ porém, a nossa pretensão é apenas demonstrar a fragilidade da argumentação em determinados julgados do Supremo Tribunal Federal; e como a

¹⁹ Luiz Eduardo Abreu destaca esta dificuldade ao comparar a ideia de igualdade segundo Rui Barbosa, adotada pelas instituições jurídicas brasileiras como princípio e a concepção de John Rawls: “Não é preciso muito para perceber que estamos defronte a duas perspectivas completamente diferentes de pensar a igualdade – diferentes visões de mundo”. Em primeiro lugar, Barbosa inverte a fórmula que encontramos em Rawls. A justiça como equidade, vimos, consistia em um procedimento que pudesse fazer emergir a igualdade substantiva de todos, igualdade que as injustiças sociais tratavam de esconder. A tese de Rui Barbosa é justamente a contrária, existe uma situação de desigualdade “natural” que a sociedade distorce quando ignora. Em segundo lugar, Barbosa utiliza o termo desigualdade num sentido diferente daquele que Rawls empregaria. Para este último (como para toda literatura política desde, pelo menos, Rousseau), a desigualdade é aquilo que se opõe à igualdade enquanto um valor: a desigualdade é assim uma derivação e uma perversão da igualdade. Para Barbosa, a desigualdade é uma diferença de valor (e, portanto, hierárquica) que permite estabelecer uma ordem de precedência: cada um tem o seu lugar de acordo com o seu valor. A igualdade só existe entre aqueles que possuem o mesmo valor: uma igualdade derivada da diferença e da hierarquia e contida nelas portanto. Vê-se assim que, no nosso caso, trata-se de um individualismo que subordina o indivíduo à sua posição social, mesmo se essa posição for mais o fruto de uma negociação conjuntural que o resultado de regras prescritivas. Por fim, há um terceiro contraste que convém examinar. No caso de Barbosa (2006), a distribuição dos direitos e deveres e do produto social é justa na medida em que reconhece e reproduz a diferença de valor. A afirmação é sutil porque utiliza o verbo “quinhonar”, um verbo que já perdeu o seu uso corrente, mas que significa repartir em quinhões, partilhar, dar a cada um a parte que lhe cabe. Novamente, esse é exatamente o oposto de Rawls, para quem os princípios da justiça escolhidos na posição original garantiriam um sistema de direitos e liberdades básicas iguais para todos, e as desigualdades – sejam na distribuição das posições políticas, sejam na distribuição do produto social – só seriam justas caso beneficiassem mais os menos favorecidos (o segundo princípio da justiça, Cf. RAWLS, 2002, p. 333-334; 2005, p. 5-6). Daí não fica difícil perceber a dificuldade e a abstração para o leitor brasileiro de um procedimento cujo objetivo é, justamente, o de fazer emergir a igualdade substantiva dos indivíduos”. “Daí não fica difícil perceber a dificuldade e a abstração para o leitor brasileiro de um procedimento cujo objetivo é, justamente, o de fazer emergir a igualdade substantiva dos indivíduos”. ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, p. 165-166, out./dez. 2006.

¹⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 24-25.

adoção de uma teoria crítica de base pode ser útil a decidir com coerência os casos difíceis²⁰ levados aos juízes.²¹

2.2 Os princípios da justiça propostos por Rawls

Aqui, pelas razões antes expostas, não iremos questionar os princípios concebidos por Rawls, mesmo porque a justiça como equidade perderia sentido. A intenção é adotá-los como premissas para a crítica aos precedentes jurisprudenciais que teceremos adiante. Eles servem, como veremos à frente, de base para conferir coerência na fundamentação das decisões. Então, iremos apenas pontuá-los e descrevê-los com a premissa de que eles seriam os princípios escolhidos na posição original sob o véu de ignorância. Rawls estabelece os dois princípios da justiça como: o (I) princípio de iguais liberdades fundamentais, ou seja, “[...] cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”²²; e (II) o princípio de diferença, segundo o qual “[...] as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”²³.

Os princípios são organizados em uma ordem de prioridade, de modo que o primeiro deve ser prioritário em relação ao segundo. A preocupação com o princípio de diferença pressupõe iguais liberdades fundamentais a todos. Os princípios de justiça dizem respeito às institui-

ções²⁴ e não aos indivíduos separadamente. Portanto, vale a advertência que “Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias”²⁵. Eles ficam dispostos na posição original e resultam do equilíbrio reflexivo, porquanto nossas instituições são estabilizadas por meio deles.

Para a concepção dos princípios, Rawls afirma que “A inevitável vagueza das leis em geral e a grande discricção concedida à sua interpretação incentivam uma arbitrariedade ao tomar decisões que só a fidelidade à justiça pode atenuar”²⁶. Seu objetivo com a propositura dos princípios acima descritos é realizar justiça substantiva. As ponderações para o encontro dos princípios de justiça ocorrem no âmbito da justiça procedimental pura, ou seja, um “[...] sistema social de modo que o resultado seja justo, qualquer que seja, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites”²⁷ que se diferencia dos sistemas de justiça procedimental perfeita, cujas características são a existência de “[...] um critério independente para definir o que é divisão justa, um critério definido em separado antes do processo que deverá seguir” e onde “[...] é possível elaborar um método que com certeza produzirá o resultado desejado”²⁸; e de justiça procedimental imperfeita, segunda a qual “[...] embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente”²⁹.

Por conseguinte, para aplicar a idéia de justiça procedimental pura às parcelas distributivas, é necessário estabelecer e administrar de maneira imparcial um sistema justo de instituições. É só contra o pano de fundo de uma estrutura básica justa, que conta com uma constituição política justa e uma organização justa das instituições

²⁰ Quanto à denominação do problema das “lacunas”, o que o positivismo jurídico denomina “lacunas”, Dworkin chama de *hard cases* (casos difíceis). Mas a essência é a mesma; ocorrem quando não há lei positiva a reger o caso concreto.

²¹ Segundo Dworkin, mesmo quando se trata de *discricionabilidade em sentido forte* [“quando nenhuma regra regula o caso”], o juiz tem o dever legal de decidir de uma determinada forma: “Em minha argumentação, afirmei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente”. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010.

²² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 73.

²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 73.

²⁴ Por instituições, Rawls entende [...] “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 66.

²⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 66.

²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 72.

²⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 103.

²⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 103.

²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 104.

sociais e econômicas, que podemos afirmar que existe o necessário procedimento justo.³⁰

Rawls ainda distingue justiça formal e justiça substantiva e oferece a seguinte hipótese:

Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as conseqüências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e as liberdades de outros e de repetir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social. Um desejo costuma-se associar-se ao outro.³¹

Nosso ponto é que, ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls está também preocupado com a coerência das decisões dos juízes e de outras autoridades em relação à igualdade e à justiça. A hipótese da correspondência entre justiça formal e substantiva parece adequada ao funcionamento das instituições jurídicas, sobretudo por considerar que “Um tipo de injustiça ocorre quando juízes e outras autoridades deixam de aderir às leis e às suas interpretações apropriadas ao tomar decisões”.³² Para Rawls, a formulação dos princípios mais razoáveis de justiça substantiva; as condições em que se chega a afirmá-los, bem como a descoberta de viver de acordo com eles, pode tornar plausível a argumentação segunda a qual, onde há justiça formal, também encontraremos justiça substantiva. Em outras palavras, deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, compartilhamos com a ideia de que há necessidade de critérios

públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais.

2.3 A teoria dos quatro estágios como sistema para a aplicação dos princípios da justiça e a edição de decisões judiciais coerentes

Rawls propõe um sistema para a execução dos dois princípios da justiça que tentaremos resumir de modo menos complexo possível. Ele argumenta que é necessária uma sequência de quatro estágios para simplificar a aplicação dos dois princípios. O esquema proposto apresenta-se de forma que o primeiro passo é a definição dos princípios da posição original; o “segundo estágio” é a elaboração de “[...] um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos”³³. Supõe que, nesse estágio, o véu de ignorância já começa a se descortinar, de sorte que uma constituição justa é aquela estruturada com base nos dois princípios da justiça já escolhidos, porquanto no sistema de justiça procedimental pura, eles definem um padrão independentemente do resultado desejado. O próximo passo na sequência é o estágio legislativo, que se caracteriza pela análise da justiça das leis e das políticas. E, finalmente, o quarto estágio da sequência “[...] é o da aplicação das normas aos casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral”³⁴.

Nossa hipótese, relativamente à sequência dos quatro estágios e a coerência das decisões, tendo em vista que o sistema é “[...] uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social” e que “Essa divisão corresponde, grosso modo, às duas partes da estrutura básica”³⁵ dos dois princípios da justiça, é propor que o juiz e o administrador colocados no quarto estágio devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da *posição original*. Com o véu de ignorância afastado, não haveria como proceder à pesagem dos princípios, pois os pressupostos (sobretudo os desinteresses mútuos) não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas (talentos individuais, poder, fortuna, propriedade etc.) já seriam conhecidas. Vale dizer, esses agentes não poderiam modificar ou subverter os princí-

³⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 105.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 72.

³² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 71. É razoável sustentar que há sempre uma teoria política por trás das normas, ou seja, todas elas têm um objetivo e consequência, motivo pelo qual os legisladores dissimulam esses aspectos para que as pessoas os cumpram. Podemos propor que o intérprete não pode escapar da análise do que está “por trás das normas”, sob pena de tomar decisões incorretas e injustas.

³³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 24-241.

³⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 24-245.

³⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 24-244.

pios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo, de modo que o esquema garantiria a coerência das decisões judiciais e reduziria a discricionariedade³⁶ natural na interpretação das instituições jurídicas. É claro que não é possível eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas a argumentação com base em uma teoria crítica forte reduziria a tentação de cometer o arbítrio. Nesse contexto, tendo em vista a justiça procedimental pura, parece-nos que não importa o resultado último das decisões judiciais – se procedente ou improcedente o julgamento –, mas a argumentação que foi consignada pelos juízes, ou seja, se os fundamentos são coerentes com os princípios da justiça e sua representação na constituição.³⁷

Rawls propõe, como ficou claro no tópico passado, princípios institucionais: “Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em deter-

minadas circunstâncias”.³⁸ Nosso ponto é que esses princípios não são passíveis de ponderação, porquanto dizem respeito à distribuição dos bens na sociedade na posição original; tarefa não reservada aos juízes e aos administradores. A ponderação possível ao juiz ocorreria quanto aos princípios individuais, pois eles têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo; e as políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo. Assim, o papel dos juízes no quarto estágio não seria realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas tentar aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis; podem pesar os princípios aplicados aos indivíduos, sem alterar o arranjo institucional estabelecido por acordo pela sociedade quanto aos princípios da justiça. Acreditamos, com fundamento na justiça procedimental pura, que esse tipo de procedimento levaria à justiça substantiva.

³⁶ Dworkin, ao analisar a ausência de lei a regular o caso concreto – a ação judicial –, não aceita a possibilidade de existir “o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra” porquanto considera que, nesses casos, o juiz, conforme a teoria positivista, na verdade, “[...] ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 127.

Nessa perspectiva, haveria apenas uma decisão (resposta) correta para cada caso, fundamento central e diferenciador do construtivismo dworkiano. O ataque ao positivismo, nesse ponto, deve-se à base de sua filosofia jurídica nos direitos individuais, principalmente no direito à igual consideração e respeito, que seriam “trunfos” frente à maioria. Assim, a função do juiz seria acudir esses direitos, mesmo que exista lacuna legal (*hard cases*), com recurso aos princípios tradicionalmente construídos ao longo da história, entretanto, sem estabelecer novos direitos retroativos.

³⁷ Dworkin, assim como John Rawls, “[...] defende que, por mais que contribua para o bem-estar geral, nenhuma política social pode ser justificada se violar direitos individuais”. A semelhança entre os dois autores no ponto de vista dos direitos individuais como “trunfos”, pode ser apresentada de modo mais geral: “As posições de Rawls e de Dworkin são também semelhantes num sentido mais geral. Uma e outra são teorias baseadas em direitos perspectivados em oposição explícita às concepções utilitaristas, ao mesmo tempo que procuram defender certas reivindicações individuais contra o cálculo do interesse social” SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 184-187.

³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 66. Como Dworkin distingue: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 36.

3 Análise de precedentes do STF com fundamento na teoria da justiça de Rawls

Vamos analisar dois casos na jurisprudência do STF que tratam das inelegibilidades³⁹ dos parentes dos Chefes do Poder Executivo para o mesmo cargo do titular, na mesma circunscrição territorial,⁴⁰ ou seja, mesma jurisdição do titular, conforme estabelece o art. 14, § 7º, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal sempre afirmou que a finalidade última dessa norma seria evitar a formação de oligarquias, bem como a prática do nepotismo (RE 247416). A história de decisões do Tribunal se traduz no seguinte excerto de decisão:

Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos s eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral. (STF. RE 158.314-2/PR. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 12 de fevereiro de 1993).

Nossa hipótese é que os problemas concretos colocados à decisão do Supremo Tribunal Federal, no que tange à inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, envolvem o princípio de diferença, especificamente na segunda parte: a da igualdade equitativa de oportunidades. As posições devem estar abertas a todos, de

modo a proibir a restrição de acesso aos cargos. Segundo Rawls⁴¹:

Esse princípio expressa a convicção de que, se alguns cargos não estão abertos a todos em condições equitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupá-los. Sua queixa seria justificada não só porque foram excluídos de certas recompensas externas dos cargos, mas também porque foram impedidos de vivenciar a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado de deveres sociais. Seriam privados de uma das principais formas de bem humano.

Propomos que, no primeiro estágio – posição original –, seja este (igualdade equitativa de oportunidades) o princípio escolhido, sem olvidar a presunção de iguais liberdades fundamentais já definidas anteriormente. No passo seguinte da sequência, supomos que a Constituição de 1988, mesmo depois da redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, tenha densificado o citado princípio por meio dos princípios republicano e democrático, vazados no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, como fundamentos do Estado brasileiro. No âmbito dos direitos políticos, são corolários desses princípios a soberania popular e o sufrágio universal (art. 14, *caput*, da Constituição Federal). O terceiro estágio, da legislação, é apenas a regulamentação da cláusula constitucional, que, para os objetivos deste trabalho, não tem grande importância, sobretudo por não influenciar na decisão judicial criticada. A lei somente disciplina questões de procedimento, porquanto a norma constitucional já encerra todos os elementos para gerar efeitos práticos. E a última posição, qual seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 344882 (julgado que alterou a posição histórica do Tribunal).

O Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da possibilidade do titular de mandato eletivo de chefe do Executivo se reeleger (art. 14, § 5º, da Constituição Federal), sempre interpretou que os parentes continuariam inelegíveis, nada obstante a desincompatibilização⁴² do

³⁹ Para um cidadão poder concorrer a qualquer cargo eletivo, não basta que possua as condições de elegibilidade (condições impostas aos candidatos para que possam participar dos pleitos eleitorais). É necessário também que não incida em nenhuma causa de inelegibilidade. Estas estão elencadas na Constituição ou em lei complementar, conforme exigido pelo próprio texto constitucional em seu art. 14, § 9º. Mas já fazem parte de nosso ordenamento jurídico desde a primeira Carta Política da República (Constituição de 1891, art. 47, § 4º), na qual constava regra única de inelegibilidade. Assim, presente uma das causas de inelegibilidade, o cidadão fica impedido de ser votado. Segundo Silva (2001, p. 391): “Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). obsta, pois, à elegibilidade. Não se confunde com a inalistabilidade, que é impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao exercício do depois de eleito”.

⁴⁰ Podemos relacionar circunscrição eleitoral com o local onde ocorrem as eleições. Assim, a circunscrição é municipal se o pleito é municipal; regional, se estadual; e nacional nas eleições presidenciais.

⁴¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 10.

⁴² Desincompatibilização é o ato pelo qual o pretenso candidato afasta a causa de inelegibilidade a fim de concorrer à eleição almejada. Em outras palavras, é o modo pelo qual o candidato afasta inelegibilidades relativas, de tal sorte que, tempestivamente, possa concorrer ao pleito eleitoral. Por meio da desincompatibilização, o cidadão afasta a circunstância que o deixava inelegível para o cargo cogitado.

titular do cargo, conforme se percebe do precedente jurisprudencial RE 247416.⁴³ Nesse julgado, os magistrados não aprofundaram motivos para declarar a inelegibilidade de parente do chefe do executivo local, ancorados em argumentos supostamente já consolidados, conforme destacamos acima.

O Tribunal limitou-se a invocar razões formais. Aparentemente para fugir a maiores críticas, simplificou sobremaneira a discussão sobre os princípios republicano e democrático, bem como sobre a igualdade e a justiça. De fato, sequer houve menção a esses preceitos. Esse tipo de cultura formalista dos juízes é parte de nossa tradição positivista legalista de matriz *kelseniana*,⁴⁴ o que impossibilita a crítica e o controle das decisões. Como saber se os juízes aderiram às leis e se suas interpretações são apropriadas na tomada de decisão? Como predicar se a jurisdição administrou de modo imparcial e coerente as leis e as instituições? Vale dizer: de que forma poderemos sindicalizar se houve respeito à igualdade equitativa de oportunidades? Não há na decisão esgrimida qualquer aproximação a qualquer teoria de justiça forte, como nos parece, por exemplo, a teoria de Rawls. Os magistrados parecem se esquivar de prestar contas à sociedade sobre a coerência com os arranjos institucionais sociais.

Essa prática do Judiciário brasileiro – formalismo positivista legalista de matriz *kelseniana* –, não é adequada à nossa proposta neste artigo. Acreditamos que a argumentação com fundamento na justiça como equidade só é possível com a superação desse paradigma⁴⁵ e a adoção do sistema monofásico ou de análise holística de identificação e justificação da lei (*Teoria Construtivista*) proposta por Dworkin⁴⁶. Nossa hipótese é que, relativamente às instituições jurídicas, a teoria de Dworkin⁴⁷ o *direito como integridade* encontra fundamento e conexão com a teoria crítica liberal de Rawls por compartilhar as bases sobre a concepção de igualdade⁴⁸. Parece que, para o escopo deste artigo e no âmbito do direito, podemos fazer a correlação das duas teorias da argumentação, a fim de melhor fundamentar a necessidade de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

⁴³ Transcrevemos a ementa do julgado citado: “É inelegível o filho do Prefeito titular que haja exercido por qualquer tempo o no período imediatamente anterior – Constituição art. 14, § 7º – sem que se possa considerar modificado esse preceito ante a redação dada ao § 5º do mesmo art. 14, pela Emenda 16, de 1997.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 247.416/SP. Relator: Min. Octavio Gallotti. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 ago.2011.

⁴⁴ Segundo Freitas Filho, são características deste “modelo paradigmático juspositivista”: “a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis – delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como instrumento de engenharia social)”. FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 43-44.

⁴⁵ Sobre o exaurimento do paradigma positivista, ver Freitas Filho, p. 38-44. Sobre a superação do paradigma positivista e a contribuição de Dworkin, ver também Carvalho Netto, 1997.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.

⁴⁸ KYMLICKA, Will. “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”. In: AVINERI, Shlomo; DE-SHALIT, Avner. (Ed.). *Communitarianism and individualism*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 165-85. p. 168.

No RE 344882,⁴⁹ houve radical mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O referido julgamento ocorreu em um contexto semelhante. Novamente o Tribunal se deparava com a possibilidade de influência do § 5º, art. 14, da Constituição Federal, que autoriza reeleição para um único período subsequente, no § 7º, do mesmo dispositivo constitucional, que impede a candidatura de parentes e cônjuges do titular do mandato de chefe do Poder Executivo na mesma circunscrição territorial. A alteração de entendimento ocorreu de uma eleição municipal para a outra, ou seja, num intervalo de quatro anos apenas; sem mudança do texto constitucional, tampouco de modificação nas bases institucionais ou sociais brasileiras; em momento de aparente estabilidade. Nada de novo na realidade histórica. As razões invocadas pelo magistrado no voto condutor do acórdão foram as seguintes, no que interessa:

⁴⁹ EMENTA: Elegibilidade: cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo: elegibilidade para candidatar-se à sucessão dele, quando o titular, causador da inelegibilidade, pudesse, ele mesmo, candidatar-se à reeleição, mas se tenha afastado do cargo até seis meses antes do pleito. 1. A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato dos titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Const. 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto absoluto). 2. As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar. 3. Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo. 4. Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente a inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis, que, interpretado no absolutismo da sua literalidade, conduz a disparidade ilógica de tratamento e gera perplexidades invencíveis. 5. Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios: por isso, é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional nº 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro eletivo. 6. Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do TSE, que o STF endossa, abandonando o seu entendimento anterior (STF – RE 344882 – BA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06.08.2004).

A evolução do Direito Eleitoral brasileiro, no campo das inelegibilidades, girou durante décadas em torno do princípio basilar da vedação de reeleição para o período imediato do titulares do Poder Executivo: regra introduzida, como única previsão constitucional de inelegibilidade, na primeira Carta Política da República (Const. 1891, art. 47, § 4º), a proibição se manteve incólume ao advento dos textos posteriores, incluídos os que regeram as fases de mais acendrado autoritarismo (assim, na Carta de 1937, os arts. 75 a 84, embora equívocos, não chegaram à admissão explícita da reeleição; e a de 1969 (art. 151, § 1º, a) manteve-lhe o veto absoluto).

As inspirações da irreelegibilidade dos titulares serviram de explicação legitimadora da inelegibilidade de seus familiares próximos, de modo a obviar que, por meio da eleição deles, se pudesse conduzir ao continuísmo familiar.

Com essa tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97, que, com a norma permissiva do § 5º do art. 14 CF, explicitou a viabilidade de uma reeleição imediata para os Chefes do Executivo.

Subsistiu, no entanto, a letra do § 7º, atinente à inelegibilidade dos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, dos titulares tornados reelegíveis.

De minha parte, sigo convencido que a leitura isolada do § 7º é dissonante do sistema que se insere, no qual tinha a função de reforço da eficácia da vedação radical da reeleição dos titulares do Poder Executivo, objeto do § 5º - a qual, no entanto, dela se tornou expressamente permissiva, por força da EC 16/97: a inversão da regra matricial, somada à persistência do § 6º - impõe, a meu ver, uma nova leitura do § 7º, de modo a salvar a consistência sistêmica do conjunto normativo da questão. (STF – RE 344882 – BA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06.08.2004).

Pensamos que, por recurso à retórica e à tradição legalista formalista, houve tratamento distinto para casos semelhantes, ou ainda, manejo da igualdade segundo a

histórica concepção de Rui Barbosa.⁵⁰ Sem qualquer justificativa mais sólida; discussão mais aprofundada sobre a virtude da justiça, ou de seus princípios básicos; e recorrer aos aspectos práticos de funcionamento das instituições democráticas e republicanas (evitar a formação de oligarquias e o nepotismo), o Supremo Tribunal Federal autorizou que a mesma família ocupasse o cargo de chefe do Executivo no Município. Deu “maquiagem” de legitimidade ao continuísmo familiar (oligarquias) e estimulou o vício cultural do nepotismo.

Na verdade, postulamos o que estava por trás da norma constitucional e do caso posto à decisão não era

a engenharia formal do relacionamento entre normas,⁵¹ mas princípios institucionais de acesso com igualdade de oportunidades a cargos (bem fundamental) e a equidade no tratamento do processo eleitoral, para evitar o continuísmo familiar (perpetuação de oligarquias), além do funcionamento mais isento possível do processo democrático. Desse modo, não existe como sustentar como fez o magistrado que, “[...] com a tradição uniforme do constitucionalismo republicano, rompeu, entretanto, a EC 16/97”. Como assim, rompimento do constitucionalismo republicano? O que foi alterado nos fundamentos sociais brasileiros para se chegar a essa conclusão? Os princípios da justiça foram modificados? Houve equilíbrio reflexivo para esse rearranjo? O que levou o magistrado que houvera participado do julgamento anterior e votado no sentido da inelegibilidade mudar seu posicionamento em intervalo tão curto de tempo?

Quer nos parecer que ocorreu, de verdade, recurso à discricionariedade, sob o rótulo de “consistência sistêmica do conjunto normativo” para decidir de acordo com as contingências de momento. Nossa reivindicação é que faltou coerência ao Supremo Tribunal Federal com os princípios da justiça em julgamento de caso tão difícil. O Tribunal ponderou os princípios institucionais da justiça, sem ter legitimidade para exercer esse papel. Violou o procedimento, de modo que não se adequou à justiça procedimental pura. Esse é um dos pontos essenciais: os juízes, segundo a teoria dos quatro estágios, não podem pesar os princípios institucionais da justiça. Igualdade e princípio republicano não cuidam de interesses individuais ou de grupos, mas de distribuição de bens escassos na sociedade; princípios estabelecidos na posição original por toda a comunidade. Acreditamos que uma argumentação com fulcro na teoria crítica de Rawls – justiça como equidade –, pode reduzir esse tipo de postura (procedi-

⁵⁰ “O direito brasileiro utiliza-se da fórmula de Barbosa, mas ela ganha em complexidade, plasticidade e permeia, às vezes com resultados contraditórios, vários de nossos momentos institucionais (Cf. ADEODATO, 2002, p. 124-135). Não temos espaço para mais do que algumas considerações muito gerais. De uma perspectiva mais ampla, boa parte da nossa legislação estabelece a igualdade e a dignidade como valores, como, por exemplo, no texto constitucional. A doutrina, no entanto, interpreta os dispositivos da igualdade a partir da ideia Barbosiana de tratar desigualmente os desiguais e, para tanto, divide a igualdade em igualdade formal (aquela da lei) e igualdade material (aquela da sociedade). É uma solução engenhosa que é capaz de integrar igualdade e desigualdade numa mesma fórmula, tornando ambas legítimas ao mesmo tempo. O mesmo princípio por detrás dessa solução doutrinária se encontra na legislação e na sua aplicação. Assim, parte de nossa legislação tem, por exemplo, um caráter assistencialista, cujo objetivo é proteger os mais necessitados e (o que não é tecnicamente a mesma coisa) “hipossuficientes”, quer dizer, aqueles que estão no polo inferior de uma relação assimétrica – caso, por exemplo, das leis trabalhistas. No entanto, ao mesmo tempo, estabelece-se uma quantidade imensa de possibilidades recursais em nome da garantia dos direitos individuais.

Ora, o resultado dessas possibilidades processuais é, em alguns casos, o de retardar ao máximo a resolução da lide, beneficiando o pólo superior da relação assimétrica: assim, “[...] a prática processual brasileira mostra que quem pode aguardar a decisão por mais tempo vence, e uma olhada em muitos dos acordos levados a efeito na Justiça do Trabalho atesta o fato” (ADEODATO, 2002, p. 132). Como conseqüência, mesmo quando a legislação estabelece distinções assimétricas favoráveis ao pólo inferior, a diferença de valor, hierárquica (e portanto a desigualdade, nos termos de Barbosa), pode ser reintroduzida pela prática jurisdicional, seja no uso de instrumentos processuais, seja na interpretação concomitante de outros dispositivos legais, seja ainda de alguma outra forma (Cf. LIMA, 1989; 2004)”. ABREU, Luiz Eduardo. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, p. 163-164. out./dez. 2006.

⁵¹ Podemos notar o recurso ao formalismo legalista no seguinte trecho da decisão: “[...] sigo convencido que a leitura isolada do § 7º é dissonante do sistema que se insere, no qual tinha a função de reforço da eficácia da vedação radical da reeleição dos titulares do Poder Executivo, objeto do § 5º - a qual, no entanto, dela se tornou expressamente permissiva, por força da EC 16/97: a inversão da regra matricial, somada à persistência do § 6º - impõe, a meu ver, uma nova leitura do § 7º, de modo a salvar a consistência sistêmica do conjunto normativo da questão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344882/BA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 6 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011

mento) das instituições jurídicas. Nossa proposta é que, na aplicação dos princípios da justiça, segundo a teoria dos quatro estágios, os juízes não possam fazer esse tipo de “ponderação” com a “tradição do constitucionalismo republicano”. Devem manter-se fiéis aos princípios da justiça já escolhidos na posição original e na tradição histórica brasileira.

No âmbito das instituições jurídicas, *o direito como integridade* de Dworkin parece ser consentâneo com a teoria da justiça de Rawls, porquanto é uma forma de adotar um comportamento hermenêutico que recorre sempre aos princípios, que podem ser os da justiça apresentados por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, além de ser de inspiração nitidamente liberal. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade⁵² é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes.

Desse modo, o juiz-intérprete deve buscar e aceitar a concepção de integridade do direito, motivo pelo

⁵² Segundo Dworkin, comunidades políticas têm uma vida comunitária que é parte do que determina se a vida de seus membros é boa ou ruim. Em outras palavras: “Citizens identify with their political community when they recognize that the community has a communal life, and that the success or failure of their own lives is ethically dependent on the success or failure of that communal life” DWORKIN, Ronald. *Liberal Community*. In: SANDEL, Michael J. (Ed.). *Liberalism and its critics*. New York: New York University Press, 1984. p. 205-23. p. 217. A teoria de Dworkin é peculiar, entre outros aspectos, porque admite como fontes do direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem elementos formais para a identificação do direito. A moralidade não convencional, sustentada em proposições substanciais também. A completude do ordenamento jurídico é construída a partir da compreensão da citada moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e da demonstração de que os direitos se originam não apenas de regras expressas, mas, também, de princípios morais substantivos. Ao que nos parece Dworkin (1996, p. 3-4) pretende resgatar a moralidade como um valor nominal. O autor faz diversas considerações sobre a neutralidade e a austeridade do ceticismo sobre a moral. Para Dworkin, mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o “quê” a moralidade exige, e não haveria argumento decisivo sobre questões do que não é ou não inclui premissas e pressupostos sobre o “quê” é ou para o “quê” é a moralidade. Até porque a moralidade seria uma dimensão da nossa experiência, distinta e independente, e que exerceria a sua própria soberania. O sentido de “decisionismo” é aqui aplicado à decisão jurídica e não à decisão política. O que se quer evitar é a idéia de “decisionismo” no sentido de uma concepção metodológica cética, ou seja, sem haver qualquer controle possível sobre ato decisório.

qual estará limitado pelos princípios da justiça; os fundamentos éticos da Constituição e pela história política da comunidade a fim de adequar a interpretação aos ideais de justiça e equidade geral, sob pena de agir de má-fé e sem legitimação. A teoria proposta por Rawls, como vimos ao longo deste texto, possui um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas quanto à liberdade e igualdade. A melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade é aceitar esse ideal interpretativo da integridade, de modo que os casos difíceis sejam resolvidos com base nos princípios da justiça.

Essa visão holística do direito na interpretação das instituições jurídicas garantirá que diferentes juízes estabelecerão decisões coerentes com a verdadeira história política de sua comunidade e restringirá suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral aos princípios da justiça e valores ético-constitucionais. Vale dizer: toda interpretação deve ser pautada em argumentos decorrentes de uma teoria base forte, de maneira a diminuir e até mesmo impedir o *decisionismo*, a discricionariedade judicial, e garantir decisões judiciais uniformes.

As normas constitucionais pautadas pelos direitos políticos só podem ser concretizadas com fundamento em elementos que cercam o texto, entre outros, os princípios da justiça e valores morais neles delineados. Qualquer decisão judicial incompatível com essa estrutura não é correta; é injusta, pois pautada pelo arbítrio, e desvinculada do “acordo” feito pela sociedade no que tange aos princípios da justiça.

Portanto, nenhum dos precedentes criticados deu a melhor solução para o problema. O *déficit* de argumentação e a falta de uma teoria filosófica embasadora das decisões tornam-nas indiscutíveis pela sociedade. A fundamentação formal, com recursos à fórmula jurídicas prontas, separada dos princípios institucionais “blinda” a decisão do controle social e permite que se decida de acordo com as contingências de momento. A interpretação sobre o art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição de 1988, somente se mostra legítima quando alicerçada em argumentos de princípio – os princípios da justiça concebidos na justiça como equidade, de acordo com a sequência dos quatro estágios, conforme propusemos ao longo do texto –, e nos termos da integridade do direito; um sistema que deve primar pela coerência e harmonia. É imprescindível que a utilização da interpretação não recorra à “discricio-

nariedade judicial”, a fim de atingir a melhor decisão para os casos postos, ou seja, embasada em pressupostos aplicáveis a situações similares⁵³, de sorte que se evitariam as influências arbitrárias dos juízes no processo de escolha dos representantes do povo.

4 Conclusão

É verdade que sentimos perplexidades diante das ideias de Rawls, porém, sua pretensão parece cumprir seus objetivos de ser razoável e útil também na tradição jurídica brasileira. Por ser uma teoria crítica, pode contribuir para uma interpretação de redução das diferenças, por meio de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça. Os elementos essenciais de sua teoria (posição original, véu de ignorância, equilíbrio reflexivo e princípios da justiça) são profundamente constituídos e desencadearam um importante debate moderno. Seja por meio de acomodação ou contra-ataque, os liberais seguidores de Rawls têm levado as críticas comunitaristas a sério e desenvolvido suas respostas de modo cada vez mais sofisticado e aprofundado, de sorte que a essência das discussões deve ser aproveitada. O melhor caminho é “temperar” os argumentos liberais com as críticas pertinentes dos comunitaristas na busca por uma sociedade mais justa.

Podemos afirmar que, se adotarmos a teoria de Rawls como “exercício de argumentação”, bem como a ideia de justiça procedimental pura com a aplicação dos princípios segundo os quatro estágios, contribuiremos para melhorar a coerência das decisões judiciais e o funcionamento das instituições jurídicas, segundo os princípios da justiça escolhidos. A fragilidade da argumentação em determinados julgados do Supremo Tribunal Federal, como exemplificativamente mostrado, ratifica essa convicção. A adoção de uma teoria crítica de base pode ser útil a decidir com coerência os casos difíceis levados aos juízes.

Os princípios de justiça apresentados por Rawls se referem às instituições; não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias. Eles ficam dispostos na posição original e resultam do equilíbrio reflexivo, porquanto nossas instituições são estabilizadas por meio

deles. Seu objetivo com a propositura desses princípios é realizar justiça substantiva. Ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls está também preocupado com a coerência das decisões dos juízes e outras autoridades em relação à igualdade e à justiça.

Não negamos que deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e das leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões, de acordo com os princípios de justiça, pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, há necessidade de critérios públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais.

A sequência dos quatro estágios é “[...] uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social”⁵⁴, de modo que os juízes colocados no quarto estágio devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da posição original. É que, com o véu de ignorância afastado, não haveria como proceder à pesagem dos princípios, pois os pressupostos (sobretudo os desinteresses mútuos) não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas (talentos individuais, poder, fortuna, propriedade etc.) já seriam conhecidas. Os juízes não devem modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo. Esse esquema (justiça procedimental pura) pode garantir a coerência das decisões judiciais e reduzir a discricionariedade natural na interpretação das instituições jurídicas. É claro que não é possível eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas a argumentação com base em uma teoria crítica forte reduziria a tentação de cometer o arbítrio. Assim, parece que não importa o resultado último das decisões judiciais – se precedente ou improcedente o julgamento –, mas a argumentação que foi consignada pelos juízes, ou seja, se os fundamentos são coerentes com os princípios da justiça e sua representação na constituição.

Pensamos que os princípios da justiça não são passíveis de ponderação, fora da posição original, porquanto dizem respeito à distribuição dos bens na sociedade; tarefa não reservada aos juízes. A ponderação possível ao

⁵³ THE FORUM of Principle. *New York University Law Review*, New York, n. 56, p. 469-518, 1981.

⁵⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 244.

juiz ocorre quanto aos princípios individuais, pois estes têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo e não a proteção de algum bem coletivo. O papel dos juízes no quarto estágio não é realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas tentar aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis; podem pesar os princípios aplicados aos indivíduos, sem alterar o arranjo institucional estabelecido por acordo pela sociedade quanto aos princípios da justiça.

O Judiciário brasileiro tem como prática o formalismo positivista legalista de matriz *kelseniana*. Ela não é adequada à utilização da justiça como equidade como argumentação. Esta só é possível com a superação desse paradigma e a adoção do sistema monofásico ou de análise holística de identificação e justificação da lei (*Teoria Construtivista*). Relativamente às instituições jurídicas e de acordo com o escopo deste trabalho, o direito como integridade encontra fundamento e conexão com a teoria crítica liberal de Rawls por compartilhar as bases sobre a concepção de igualdade. Para cumprir nosso objetivo e no âmbito do direito, podemos fazer a correlação das duas teorias da argumentação, a fim de melhor fundamentar a necessidade de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

Os problemas concretos colocados à decisão do Supremo Tribunal Federal, no que tange à inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, envolvem o princípio de diferença, especificamente na segunda parte: a da igualdade equitativa de oportunidades. As posições devem estar abertas a todos, de modo a proibir a restrição de acesso aos cargos. Na verdade, o que estava por trás da norma constitucional e do caso posto à decisão do Supremo Tribunal Federal nos precedentes criticados neste artigo, não era a engenharia formal do relacionamento entre normas, mas princípios institucionais de acesso com igualdade de oportunidades a cargos (bem fundamental) e a equidade no tratamento do processo eleitoral, para evitar o continuísmo familiar (perpetuação de oligarquias). Houve, de fato, recurso à discricionariedade para decidir de acordo com as contingências de momento. Faltou coerência ao Supremo Tribunal Federal com os princípios da justiça em julgamento de casos tão difíceis. O Tribunal ponderou os princípios institucionais da justiça, sem ter legitimidade para exercer esse papel. Distanciou-se da justiça procedimental pura. Os juízes,

segundo a teoria dos quatro estágios, não podem pesar os princípios institucionais da justiça. Igualdade e princípio republicano não cuidam de interesses individuais ou de grupos, mas de distribuição de bens escassos na sociedade; princípios estabelecidos na posição original por toda a comunidade, logo, não seriam passíveis de pesagem pelos juízes. Uma argumentação com fulcro na teoria crítica de Rawls – justiça como equidade –, pode reduzir esse tipo de postura (procedimento).

No âmbito das instituições jurídicas, o direito como integridade parece ser consentâneo com a teoria da justiça de Rawls, porquanto é uma forma de adotar um comportamento hermenêutico que recorre sempre aos princípios, que podem ser os da justiça apresentados por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, além de ser de inspiração nitidamente liberal. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade, é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes. Essa visão holística do direito na interpretação das instituições jurídicas garantirá que diferentes juízes estabelecerão decisões coerentes com a verdadeira história política de sua comunidade e restringirá suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral aos princípios da justiça e valores ético-constitucionais. É dizer: toda interpretação deve ser pautada em argumentos decorrentes de uma teoria base forte, de maneira a diminuir e até mesmo impedir a discricionariedade judicial, e garantir decisões judiciais uniformes.

Portanto, nenhum dos precedentes criticados deu a melhor solução para o problema. O déficit de argumentação e a falta de uma teoria filosófica embasadora das decisões tornam-nas indiscutíveis pela sociedade. Com efeito, a interpretação sobre o art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição de 1988 somente se mostra legítima quando alicerçada em argumentos de princípio – os princípios da justiça concebidos na justiça como equidade, conforme propusemos ao longo do texto –, e nos termos da integridade do direito; um sistema que deve primar pela coerência e harmonia. É imprescindível que a utilização da interpretação não recorra à “discricionariedade judicial”, a fim de atingir a melhor decisão para os casos postos, ou seja, embasada em pressupostos aplicáveis a situações similares, de sorte que se evitariam as influências arbitrárias dos juízes no processo de escolha dos representantes do povo.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 43 n. 172, out./dez. 2006.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. The deceptive nature of rules. *University of: Law Review*, ano 142, n. 4, 1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 158.314-2/PR*. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 247.416/SP*. Relator: Min. Octavio Gallotti. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 ago.2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 344882/BA*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, 6 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. Trad. Raíssa R. Mendes. *Rev. Menelick de Carvalho Netto: Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 27-71, jan./jun.1997.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. The forum of principle. *New York University Law Review*, New York, n. 56, p. 469-518, 1981.
- DWORKIN, Ronald. “Liberal community”. In: SANDEL, Michael J. (Ed.). *Liberalism and its critics*. New York: New York University Press, 1984. p. 205-23.
- DWORKIN, Ronald. “Liberalism”. In: SANDEL, Michael J. (Ed.). *Liberalism and its critics*. New York: New York University Press, 1984. p. 60-79.
- DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, v. 25, n. 2, Spring, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- GUTMANN, Amy. Communitarian critics of liberalism. *Philosophy and Public Affairs*, Pennsylvania, v. 14, p. 308-22, 1985.
- KYMLICKA, Will. “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”. In: AVINERI, Shlomo; DE-SHALIT, Avner (Ed.). *Communitarianism and individualism*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 165-85.
- MACINTYRE, Alasdair. Depois da virtude. *Um estudo em teoria moral*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Universidade do Sagrado Coração, 2001.
- NEAL Patrick, PARIS David. Liberalism and the communitarian critique: a guide for the perplexed. *Canadian Journal of Political Science*, v. 23, n. 03, p. 419-439, Sept. 1990.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SANDEL, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: SANDEL, Michael J. (Ed.). *Communitarianism and individualism*. New York: New York University Press, 1992. p. 149-58.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAYLOR, Charles. “Atomism”. In: AVINERI, Shlomo; DE-SHALIT, Avner (Ed.). *Communitarianism and individualism*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 29-50.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003.

**Para publicar na revista Universitas/JUS,
acesse o endereço eletrônico
www.publicacoesacademicas.uniceub.br.**

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.