

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**UTILITARISMO E PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA:
BUSCA DA EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO
CONSTITUCIONALISMO COM UMA JUSTIÇA SUSTENTÁVEL**

RODRIGO ROTH CASTELLANO

Itajaí-SC
2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**UTILITARISMO E PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA:
BUSCA DA EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO
CONSTITUCIONALISMO COM UMA JUSTIÇA SUSTENTÁVEL**

RODRIGO ROTH CASTELLANO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Soares

Itajaí-SC
2016

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, ao meu Orientador, Professor Doutor Josemar Soares, profissional que me honrou com suas intervenções e sugestões para esta desafiante Pesquisa, cujo currículo profissional enobrece o presente trabalho. Na pessoa dele registro as homenagens aos demais Professores da Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

No mesmo rumo, enalteço todos os meus Colegas Procuradores do Estado ocupantes de cargos de Direção desta Casa, que tanto trabalharam para que o Curso de Mestrado saísse do campo das ideias e se tornasse uma realidade histórica no seio da Procuradoria Geral do Estado, incentivando todos nós ao aprimoramento profissional e pessoal, mediante estudos aprofundados que certamente rendem frutos para aplicação na labuta diária da Instituição.

No momento em que resolvi assumir a responsabilidade de frequentar as aulas do mestrado em concomitância com o exercício do mister de Procurador, sabia que as dificuldades de conciliação da vida acadêmica com a profissional me trariam forças para encarar os desafios diários, especialmente aqueles relacionados ao aprofundamento do estudo de casos complexos, bem como o mergulho nas tarefas diuturnas necessárias para vencer cada matéria no caminho desta empreitada.

Agradeço, da mesma forma, e por tudo que devo a vocês, o apoio e carinho recebido dos familiares e amigos. Esta base é aquilo que realmente importa, único valor que verdadeiramente temos. Não posso, aqui, também deixar de registrar meu amor por Julie que, parcimoniosamente, esteve ao meu lado nesse período de sacrifício. Você me deu o maior presente. O aperfeiçoamento pessoal e acadêmico é a grande retribuição.

DEDICATÓRIA

A dedicatória nada mais é do que a expressão do agradecimento. Por isso,
Ho'oponopono. Muito obrigado, sou grato.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do trabalho.

Itajaí-SC, 2016

Rodrigo Roth Castellano

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional da Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
IRDR	Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
V.G.	<i>Verbi gratia</i>

ROL DE CATEGORIAS

Utilitarismo: doutrina moral e ética, baseada especialmente no princípio da Utilidade, que afirma serem as ações boas quando tendem a promover a felicidade e Bem-estar e más quando tendem a gerar o oposto de felicidade e Bem-estar.

Utilidade: princípio segundo o qual toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o Bem-estar das partes afetadas. A ação é útil ante sua característica de proporcionar o Bem-estar, o bem, a beleza, a felicidade, as vantagens etc.

Produção Legislativa: conjunto de normas legais emanadas pelo Poder Legislativo, após atendido o necessário trâmite previsto na Constituição de 1988.

Efetividade: princípio aqui entendido no seu enfoque de jurisdição e tempestividade do processo, sobretudo ante o prisma da efetividade da prestação jurisdicional com a razoável duração do processo.

Eficácia: princípio entendido no sentido de concretização da decisão judicial proferida, a qual deverá atender aos fins impostos pelo Poder Judiciário, sobretudo para assegurar o exercício do direito ao titular declarado pela sentença/acórdão transitado em julgado.

Constitucionalismo: movimento social, político e jurídico do qual emergem as constituições nacionais. Possibilita o estabelecimento de normas fundamentais em um ordenamento jurídico, localizadas no topo da pirâmide normativa – constituição, revestindo-se em técnica de limitação do poder estatal.

Sustentabilidade: em sentido amplo, princípio segundo o qual o uso dos recursos naturais para a satisfação de necessidades presentes não pode comprometer a satisfação das necessidades das gerações futuras.

Justiça Sustentável: aquela em que o Poder Judiciário consiga dar uma resposta aos conflitos de maneira célere, tempestiva, justa, efetiva, eficiente e proferida por seu Juiz natural, após esse dedicar tempo adequado ao estudo de seu caso, garantindo-se aos cidadãos o efetivo exercício de seus direitos e garantias fundamentais.

Bem-estar: conjunto de coisas e situações que se fazem necessárias para que o indivíduo consiga viver bem em sociedade, especialmente mediante o fornecimento adequado dos serviços essenciais pelo poder público.

SUMÁRIO

RESUMO	XI
ABSTRACT	XIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	5
UTILITARISMO	5
1.1 ESCOLA HISTÓRICO-FILOSÓFICA	5
1.2 PRINCÍPIO DA UTILIDADE E JUSTIÇA	20
1.3 MORAL E ÉTICA - JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO UTILITARISTA	31
CAPÍTULO 2	45
CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA SUSTENTÁVEL	45
2.1 CONSTITUCIONALISMO	45
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASE DA ORDEM CONSTITUCIONAL	58
2.3 SUSTENTABILIDADE E DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIÇA SUSTENTÁVEL - PRISMA UTILITARISTA	71
CAPÍTULO 3	84
LEGISLAÇÃO E ATUAÇÃO DAS CORTES EXTRAORDINÁRIAS .	84
3.1 LEGISLADOR E A TENDÊNCIA HODIERNA DE PROMOÇÃO UTILITÁRIA	84
3.2 VISÃO PRAGMÁTICA NA EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	125

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a influência da corrente filosófica utilitarista na Produção Legislativa brasileira, especialmente no que toca a atuação das instâncias extraordinárias, em prol da construção de um processo mais ágil, eficaz e seguro, que consiga realizar os anseios de uma justiça dita sustentável, cujo acesso e resposta correspondam às expectativas do público alvo, qual seja, os jurisdicionados. Parte-se, assim, do estudo do Utilitarismo, entendendo-o como corrente filosófica que tem foco na ética e prescreve a ação ou inação como meio de produzir o maior Bem-estar possível entre os seres envolvidos. O mesmo capítulo é finalizado com o estudo acerca dos conceitos de ética e justiça e sua idealização utilitarista. Em seguida, o capítulo segundo aborda o processo histórico de evolução e consolidação do Constitucionalismo, base das constituições das grandes nações democráticas, enfocando-se, sobretudo, a idealização dos direitos fundamentais e suas gerações. Este capítulo ainda trata do conceito de Sustentabilidade, com enfoque na dimensão social, aprofundando o que se entende por direito fundamental a uma justiça dita sustentável. Já o último capítulo permeia as inovações legislativas que buscaram efetivar o acesso material à justiça, mormente no aspecto processual, cujo teor remonta aos conceitos utilitaristas, examinando-se a prática adotada no âmbito dos tribunais superiores com a edição de súmulas vinculantes, aplicação do conceito de repercussão geral em recurso extraordinário e afetação de processos ao rito das demandas repetitivas. Ao final, conclui-se com enfoque nas ideias de como a doutrina utilitarista influencia a nossa Produção Legislativa, mormente no aspecto processual, na busca de concretizar os princípios constitucionais da Efetividade, isonomia e do acesso material à jurisdição, consagrando a existência de uma Justiça Sustentável. A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e produção do Direito.

Palavras-chave: Utilitarismo; Constitucionalismo; Justiça; Sustentabilidade

ABSTRACT

This study analyzes the influence of the utilitarian philosophical current in the Brazilian legislative process, especially in regard to extraordinary instances aimed at building a more efficient, effective and safe process that can fulfil the desire for a so-called sustainable justice, where access and response meet the expectations of the target audience: the population. The study starts by examining utilitarianism, understanding it as a philosophical current that focuses on ethics and prescribes action or inaction as a means of producing the highest possible welfare among those involved. The first chapter ends by examining the concepts of ethics and justice and their utilitarian idealization. The second chapter discusses the historical process of evolution and the consolidation of constitutionalism, as the basis of the constitutions of the great democratic nations, focusing, above all, on the idealization of fundamental rights and their generations. This chapter also deals with the concept of sustainability, focusing on the social dimension and analyzing what is meant by a fundamental right to sustainable justice. The last chapter talks about the legislative innovations that sought to effect material access to justice, especially in the procedural aspect, the content of which goes back to the utilitarian concepts, examining the practice adopted under the higher courts with the publication of binding precedents, the idea of general repercussion in the extraordinary appeal, and the allocation processes to the rite of repetitive demands. Finally, it concludes by focusing on how the utilitarian doctrine influences our legislative process, particularly in the procedural aspect, seeking to materialize the constitutional principles of effectiveness, equality and material access to jurisdiction, establishing the existence of a sustainable justice. This Dissertation is part of the line of research: Constitutionalism and production of Law.

Key Words: Utilitarianism; Constitutionalism; Justice; Sustainability

INTRODUÇÃO

A dissertação em tela coaduna pesquisa que possui como objeto¹ a influência da corrente filosófica utilitarista na Produção Legislativa brasileira, especialmente na atuação das instâncias extraordinárias, em prol da construção de um processo mais ágil, eficaz, isonômico e seguro, que consiga realizar os anseios de uma justiça dita sustentável, cujo acesso e resposta correspondam às expectativas do público alvo, qual seja, os jurisdicionados.

O objetivo institucional da pesquisa centra-se na elaboração de dissertação de mestrado para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica por meio do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ – da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em dupla titulação com a Universidade de Alicante – UA.

Já o objetivo científico é o de aprofundar o estudo das raízes da escola utilitarista, mormente o pensamento de seus filósofos clássicos, identificando, a partir deste paradigma, sua influência na Produção Legislativa nacional que busca consagrar os princípios constitucionais da isonomia, da Efetividade e da razoável duração do processo, bem como garantir o acesso material à prestação jurisdicional. É o avanço da designada Justiça Sustentável.

E este avanço é clamado pela sociedade que vê suas frustrações e lides terem de ser resolvidas por um terceiro a cargo do Estado, ante a incapacidade eloquente de resolver, *per si*, os próprios problemas.

No Brasil, com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ser progressivamente demandado por absolutamente todos os problemas que não conseguem (ou não querem) ser resolvidos no âmbito privado pelos ditos titulares de direitos.

Esse fenômeno da judicialização das relações sociais trouxe uma visibilidade e, ao mesmo tempo, uma sobrecarga de trabalho que o Judiciário não

¹ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.206.

estava preparado para responder, considerada a equação velocidade e qualidade da prestação jurisdicional, ensejando tomada de providências legais que contribuíssem para a construção de uma chamada Justiça Sustentável.

Neste contexto, a hipótese principal a ser perquirida na presente pesquisa condiz com a influência exercida pela doutrina utilitarista na Produção Legislativa brasileira, mormente em temas de processos com repercussão que ultrapassem os meros interesses das partes, bem como naqueles que possuem efetivo potencial de repetição de demandas, como forma de amparar a evolução do Constitucionalismo, inclusive no tocante à formação de elementos normativos tendentes a assegurar o princípio da eficiência previsto na Magna Carta, ensejando o efetivo acesso material à jurisdição e a consagração do ideal de Justiça Sustentável.

Em paralelo, verificar-se-á a mesma influência nas decisões proferidas por cortes superiores, especialmente aquelas que têm por base a gestão do Poder Judiciário e o exame custo-benefício da atuação em cada caso, aplicando-se entendimentos que superam os limites do processo, tendo como consequência a orientação e vinculação da atuação das instâncias ordinárias, sobretudo ante a ótica da primazia da segurança jurídica.

O relato dos resultados da pesquisa está exposto nesta dissertação e sintetizado em três capítulos.

O primeiro deles analisa o Utilitarismo como escola histórico-filosófica, examinando-se seus principais idealizadores e estudiosos. De acordo com os estudos formadores do pensamento utilitarista, de um modo geral, o valor moral do agir está relacionado com as consequências, devendo-se procurar qual a finalidade intrínseca da ação para se avaliar sua qualidade ética. Ou seja, possui cunho consequencialista, cujos preceitos influenciaram, e ainda influenciam, ordenamentos jurídicos em todo o mundo.

Cuida-se de doutrina ética, embasada na Utilidade, consistindo na conquista e na defesa da felicidade pelo maior número de pessoas. Ou seja, a partir da felicidade individual se produz também a felicidade do grupo, da

comunidade, de todos, buscando o interesse comum. Esta parte é concluída com o estudo acerca dos conceitos de ética e justiça e sua idealização utilitarista.

O capítulo dois, na sequência, atém-se ao processo histórico de evolução e consolidação do Constitucionalismo, base das magnas cartas das grandes nações democráticas, enfocando-se, sobretudo, a transição operada com a tomada do poder pela classe burguesa e a idealização dos direitos fundamentais e suas gerações.

O mesmo capítulo cuida do conceito de Sustentabilidade, com enfoque na dimensão social, aprofundando o que se entende por direito fundamental a uma justiça dita sustentável.

O capítulo três trata das inovações legislativas que buscaram concretizar o acesso material à justiça, mormente no aspecto processual, cujo teor remonta aos conceitos utilitaristas, almejando proporcionar segurança jurídica, isonomia, Efetividade e um Bem-estar geral aos jurisdicionados com o mínimo de atos possíveis.

Após o exame de algumas leis nacionais, passa-se à prática adotada no âmbito dos tribunais superiores com a edição de súmulas vinculantes, aplicação do conceito de repercussão geral em recurso extraordinário e afetação de processos ao rito das demandas repetitivas.

O relatório de pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as ideias de como a doutrina utilitarista influencia a nossa Produção Legislativa, na busca de concretizar os princípios constitucionais da Efetividade, da isonomia e do acesso material à jurisdição, consagrando a existência de uma Justiça Sustentável.

Quanto à Metodologia empregada, na fase de investigação o método² utilizado foi o Indutivo; na fase de tratamento dos dados foi usado o método Cartesiano. E, neste relato, a base lógica é a indutiva.

As técnicas de investigação usadas foram as do referente³, da categoria⁴, dos conceitos operacionais⁵, da pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento⁷, destacando-se que as categorias principais possuem seus conceitos operacionais dispostos em glossário inicial.

² "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p.206.

³ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. especialmente p. 54.

⁴ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. especialmente p. 25.

⁵ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. especialmente p. 37.

⁶ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. especialmente p. 207.

⁷ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. especialmente p. 201 e 202.

CAPÍTULO 1

UTILITARISMO

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Jeremy Bentham⁸

1.1 ESCOLA HISTÓRICO-FILOSÓFICA

Questão importante que sempre se põe no estudo desta escola do conhecimento reside em descobrir o que é exatamente o Utilitarismo, identificando-se aquilo que se considera ou o que se tem por “útil”.

Embora o questionamento seja direto, objetivo e claro (a ensejar a mesma resposta), a recíproca não se revela verdadeira, sobretudo quando passamos a investigar o pensamento dos seus principais filósofos, desde os representantes clássicos até a linha de pensamento que se diz moderna.

O Utilitarismo caracteriza-se como corrente filosófica de grande influência nas searas jurídica, econômica e social, com seus primeiros ensinamentos tendo ocorrido no século XVIII, encontrando nos filósofos Jeremy Bentham e John Stuart Mill grandes estudiosos, sem olvidar, ainda, as contribuições de William Paley, Henry Sidgwick e até Adam Smith, entre outros.

Pode-se dizer, em amplo senso e apenas para ter-se um parâmetro de posicionamento inicial, que se cuida de doutrina ética, embasada na Utilidade, consistindo na conquista e na defesa da felicidade pelo maior número de pessoas. Ou seja, a partir da felicidade individual se produz também a felicidade do grupo, da comunidade, de todos, visando ao interesse comum.

⁸ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. (Os pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 3.

Para os doutrinadores Hilari Arnau, José Gutiérrez e Ginés Navarro:

Em sentido amplo, o utilitarismo é aquela doutrina moral, econômica e política, que estabelece a utilidade como o princípio e a fonte de todos os valores, tanto em nível teórico ou do conhecimento, como em nível prático ou da ação [...] Se fazemos extensível a palavra 'útil' a todos os valores sem exclusão alguma, é óbvio que o utilitarismo pode considerar-se como um sistema teórico – utilitarismo epistemológico -, como uma doutrina da ação – utilitarismo moral – ou, também, ambas as coisas⁹ (tradução livre).

J. M. Bermudo traz interessante reflexão, afirmando que o Utilitarismo apresenta-se, em si mesmo, como uma ética adaptada aos novos tempos que assume um caráter empirista, metodologia positivista e concepções naturalistas, negando a moral acética.¹⁰

A afirmação de Bermudo bem retrata a história. Isto porque esta linha filosófica nasceu no velho continente, destacando-se que as considerações utilitaristas sempre estiveram fortemente calcadas no pensamento inglês, fundadas em teses do conhecimento empírico, bem como no método positivista.

Quando se pensa e estuda o Utilitarismo, verifica-se tratar não apenas de uma corrente filosófica, mas de escola do pensamento com abrangência nas searas jurídica, econômica, social e até cultural.

Jeremy Bentham lançou as bases do Utilitarismo, tendo expressado o conceito central desta escola em seu primeiro livro *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, entendendo o princípio da Utilidade como aquele em que toda ação será aprovada ou não ante a tendência de aumentar ou reduzir o Bem-estar das partes atingidas.

⁹ ARNAU, Hilari; GUTIÉRREZ, José M^a; NAVARRO, Ginés. **Qué es el utilitarismo?** Barcelona, PPU: 1993. p. 11. Texto original: “En sentido amplio, el utilitarismo es aquella doctrina moral, económica y política, que establece la utilidad como el principio y la fuente de todos los valores, tanto a nivel teórico o del conocimiento, como a nivel práctico o de la acción [...] Si hacemos extensible la palabra 'útil' a todos los valores sin exclusión alguna, es obvio que el utilitarismo puede considerar-se como un sistema teórico – utilitarismo epistemológico -, como una doctrina de la acción – utilitarismo moral -, o, también, ambas cosas”.

¹⁰ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral.** Barcelona, Editorial Horsori: 1992. p. 35.

Ou seja, a Utilidade estaria na tendência do ato em alcançar o Bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, cujo conceito não deve ser reduzido, compreendendo, inclusive, medidas de governo¹¹.

Aqui entra interessante debate, pois “[...] talvez a questão mais importante a dividir os utilitaristas seja a definição de felicidade ou ‘bem estar’ ou ‘utilidade’ ou ‘o que quer que faça a vida valer a pena’”¹², cujo aprofundamento sucederá no decorrer deste capítulo.

John Stuart Mill, discípulo de Bentham, sustentou que o resultado de felicidade não deve se restringir apenas aos atores envolvidos, mas ao máximo de pessoas possível. Ou seja, seu entendimento extrapola os limites de um pequeno grupo social, para atingir o maior número de pessoas¹³.

Neste primeiro momento, importante anotar que, afora as pontuais diferenças entre os principais idealizadores e estudiosos do Utilitarismo, as quais serão aprofundadas adiante, devemos ter em mente que, no âmago, há unidade retratada no fato de que toda ação está moralmente correta se conseguir propiciar o maior Bem-estar ao maior número possível de pessoas envolvidas. Não se busca estudar e avaliar a motivação do agente, mas, sim, o resultado final de sua ação.

Na essência, pois, para a escola utilitarista a ação estará moralmente correta se propiciar felicidade/Bem-estar ao maior número possível de pessoas, tendo como consequência um ideal de paz e harmonia. Ou seja, o Utilitarismo prescreve não apenas forma de agir, mas de pensar e sentir. Neste trilhar, para garantir direito de todos, os envolvidos (individualmente) devem raciocinar e respeitar a coletividade (bem maior).

Os acontecimentos recentes – 11 de setembro de 2001 até o último ataque terrorista em Paris, com a invasão ao jornal ‘Charlie Hebdo’ no ano de 2015 – ensejam o seguinte exemplo:

¹¹ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948. p. 2.

¹² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 10.

¹³ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora. 2005. Título original: *Utilitarianism*, p. 10.

Devemos torturar o filho (inocente) do terrorista se esta for a única maneira de fazer com que o terrorista revele a localização de uma bomba que ameaça a vida de vários milhões de pessoas? Os utilitaristas argumentam que, se nós realmente soubermos que estamos nesta situação, então devemos torturar – se formos capazes de fazê-lo¹⁴.

Ora, “o utilitarismo não é apenas uma teoria a ser estudada – é um guia para a vida, especialmente para a vida pública e política”¹⁵. Com base nisto, o objetivo comum geral deverá ser perseguido. Contudo, antes de concluirmos esta definição, necessária uma breve regressão para analisarmos o pensamento dos principais filósofos utilitaristas, grandes influenciadores desta corrente filosófica.

Jeremy Bentham. Inglês de nascimento, defendeu que a Sociedade almeja o Bem-estar e a máxima felicidade, tendo fornecido ao legislador de sua época conselhos para alcançar este objetivo.

A sua formação foi fortemente influenciada pelo iluminismo – um movimento intelectual e cultural predominante em toda a Europa e caracterizado pela preponderância da razão humana em oposição à autoridade arbitrária do direito e à crença no progresso guiado por razões naturais.

Para Bentham, a doutrina do direito natural é insatisfatória por duas razões: primeiro, porque não é possível provar historicamente a existência de tal contrato; segundo, porque, mesmo provando-se a realidade do contrato, subsiste a pergunta sobre por que os homens estão obrigados a cumprir compromissos em geral. Em sua opinião, a única resposta possível reside nas vantagens que o contrato proporciona à sociedade¹⁶.

Filho e neto de advogados, Bentham passou a maior parte da sua vida vivendo em Londres, dedicando-se efusivamente ao aprimoramento do direito. “As visões de Bentham foram concebidas na segunda metade do século XVIII,

¹⁴ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 40.

¹⁵ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 39.

¹⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. (**Os pensadores**). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. VIII.

antes da Revolução Industrial. No entanto, ele foi quase completamente ignorado até 1802, quando algumas de suas obras foram traduzidas para o francês”¹⁷.

Conforme já dito, Bentham expressou o conceito central do Utilitarismo em seu primeiro livro – *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, publicado em 1789 e segundo o qual, por princípio da Utilidade, entendemos aquele em que toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o Bem-estar das partes afetadas.

O Utilitarismo se transformou na grande base de toda sua teoria filosófica, o qual, com uma visão de que o prazer e a dor formam a base da moralidade, endossou o chamado hedonismo, que sustenta ser o prazer o bem supremo da vida humana. "Segundo o princípio hedonista a única coisa que é boa em si mesma é o prazer e a única coisa ruim em si mesma é a dor"¹⁸ (tradução livre).

A obra citada acima se consubstanciou em sua principal marca do ponto de vista filosófico, na qual estudou de maneira pormenorizada a aplicação do princípio de Utilidade como conduta individual e social, analisando os motivos que levam o homem a agir de certa forma e não de outra.

Como a Utilidade estaria consubstanciada na tendência das ações em alcançar o Bem-estar e a felicidade, tal conceito não deve ser reduzido, compreendendo, inclusive, medidas de governo¹⁹.

O cidadão, segundo Bentham, deveria obedecer ao Estado na medida em que a obediência contribui mais para a felicidade geral do que a desobediência. A felicidade geral, ou o interesse da comunidade em geral, deve ser entendida como o resultado de

¹⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 16.

¹⁸ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 162. Texto original: "Según el principio hedonista la única cosa que es buena en sí misma es el placer y la única cosa mala en si misma es el dolor".

¹⁹ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. p. 2.

um cálculo hedonístico, isto é, a soma dos prazeres e dores dos indivíduos²⁰.

E, talvez neste ponto, tenha ficado o grande legado de sua doutrina, pois Bentham “oferece ao seu legislador tanto um objetivo quanto [...] conselhos [...] O objetivo é o princípio utilitarista, ou princípio da máxima felicidade. O trabalho do legislador é [...] criar leis que maximizem a felicidade do seu povo.”²¹

Ou seja, Bentham não pretendeu oferecer conselhos aos indivíduos acerca de suas vidas cotidianas. Ao invés, deu subsídios ao legislador, ensinando “que todos os prazeres são realmente igualmente valiosos, mas que ao legislador não cumpre favorecer alguns prazeres em detrimento de outros [...] o legislador deve considerar as preferências das pessoas como guia [...] para felicidade”.²²

Para Bentham, a arte de legislar ensina como uma comunidade pode empreender o caminho que leve à felicidade, mediante a técnica de aplicação de motivos pelo legislador.

Talvez por isso, para ele, o governo deva garantir que ninguém esteja desamparado, permitindo a todos acesso à educação adequada, cuidados com a saúde e, principalmente, meios que a população cuide de sua própria segurança/vida.

Como consequência, o estado idealizado por Bentham “está muito mais próximo do estado do bem-estar moderno do que do estado minimalista tanto da realidade do século XVIII quanto da fantasia libertária contemporânea”.²³

Não se deve olvidar, outrossim, que Bentham escreveu para além do seu interesse pela legislação, cuidando do tema relacionado à moralidade pessoal, tendo defendido que a tarefa do moralista é a de convencer cada pessoa a cumprir seu dever, pois coincidem com seus reais interesses. E quando nos afastamos do autointeresse das pessoas, as medidas produzem raros impactos.

²⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. (Os pensadores). p. VIII.

²¹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 17.

²² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 18.

²³ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 26.

Para ele, todas as condutas sociais pautam-se na busca de prazer e na fuga da dor. Como consequência, incumbe ao legislador usar seus conhecimentos sobre a natureza humana para criar leis que maximizem a felicidade de seu povo.

Outra característica notória do utilitarismo de Bentham é o seu apelo ‘à maior felicidade do maior número’. Em discussões filosóficas subsequentes, este princípio tem sido frequentemente entendido como significando que o utilitarismo sacrifica os poucos infelizes aos muitos poderosos. Por exemplo, o utilitarismo poderia ainda favorecer a escravidão se a infelicidade dos escravos fosse compensada pelos benefícios econômicos que a escravidão provê a outras pessoas. Quando Bentham usa a frase ‘a maior felicidade do maior número’, no entanto, ele invariavelmente quer dizer tanto (a) que os interesses dos muitos impotentes devem ter precedência sobre os interesses dos poucos poderosos, ou (b) se um determinado benefício não puder ser provido a todos, então ele deve ser provido a tantas pessoas quantas seja possível.²⁴

Ou seja, Bentham defendia que a sociedade almeja a maior felicidade ao maior número de pessoas possível. Como consequência, tal doutrinador propõe um chamado cálculo da felicidade, tentando quantificar matematicamente o seu grau em cada indivíduo e na sociedade a que pertence²⁵.

Este método designado para definir a quantidade (valor) das condutas - “cálculo” – consistiu em um algoritmo formulado para materializar a felicidade, tornando-a dissecável para o tratamento científico. Embora o cálculo não seja uma tarefa fácil, foram incluídas variáveis que identificavam dor e prazer.

Bentham propõe os seguintes critérios para um correto exercício do cálculo: 1) intensidade, quanto mais bem-estar produza um ato mais útil será. 2) duração, quanto mais tempo perdure o bem-estar provocado por um ato, melhor será este ato. 3) extensão, quanto maior seja o número de pessoas beneficiadas por este bem-estar, melhor e mais útil cabe considerar o ato. Em todos estes critérios o ato, sem embargo, não se considera bom por si mesmo, mas pelo prazer ou bem-estar que produz (intensidade, duração, extensão) às pessoas²⁶ (tradução livre).

²⁴ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 19.

²⁵ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 19.

²⁶ ARNAU, Hilari; GUTIÉRREZ, José M^a; NAVARRO, Ginés. **Qué es el utilitarismo?** p. 20. Texto original: “Bentham propone los siguientes criterios para un correcto ejercicio del cálculo: 1) intensidad, cuanto más bienestar produzca un acto más útil será. 2) duración, cuanto más tiempo perdure el bienestar provocado por un acto, mejor será este acto. 3) extensión, cuanto mayor sea el número de personas beneficiadas por ese bienestar, más Bueno y útil cabe considerar el acto.

Após a soma dos elementos e contraposição das variáveis, obteria-se um resultado indicativo de prazer ou dor. Aquele apontaria que o ato adotado era bom; já este resultado retrataria que o ato possuiria tendências maléficas.

Interessante que quando Bentham utiliza a frase ‘a maior felicidade do maior número’, na verdade busca dizer que tanto os interesses de muitos desfavorecidos devem ter precedência sobre os interesses de poucos poderosos, quanto que se um determinado benefício não puder ser provido a todos, então deverá ser alcançado a quantas pessoas seja possível.²⁷

Como se vê, embora com uma visão clássica e oriunda de uma experiência vivenciada há mais de dois séculos, os ensinamentos de Bentham foram decisivos para o robustamento do Utilitarismo moderno, provocando forte influência sobre o pensamento dos filósofos que o sucederam e deixando um legado de grande valia para a humanidade.

John Stuart Mill. Também nascido em Londres (1806), para ele o resultado de felicidade não deve se restringir apenas aos atores envolvidos, mas ao máximo de pessoas possível²⁸.

Stuart Mill foi historiador, economista e filósofo, tendo desenvolvido sua linha de pensamento calcado no empirismo e no eudemonismo, que busca na felicidade o fundamento da moral.

Recebeu seus primeiros ensinamentos do próprio pai, James Mill, e sua educação foi orientada e dirigida dentro do Utilitarismo e das obras de Jeremy Bentham, tendo contribuído de forma decisiva para a teoria da indução, método científico por excelência, atendo-se aos fatos e partindo da experiência como base de todo conhecimento, quer nas ciências físicas, nas sociais ou mesmo na matemática.

“A metodologia fundamentada nas regras da indução possibilitaria, segundo Mill, o progresso do conhecimento científico em todos os campos”²⁹.

En todos estos criterios el acto, sin embargo, no se considera bueno por si mismo, sino por el placer o bienestar que produce (intensidad, duración, extensión) a las personas”.

²⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 19.

²⁸ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 10.

Inclusive, acreditava ser essencial a concordância entre os homens para obter-se coesão e unificação social.

Para o filósofo, há quatro regras metodológicas fundamentais para o bom uso da indução, capazes de levar a resultados seguros e ao conhecimento do mundo objetivo: (a) concordância entre os fenômenos; (b) diferença entre eles; (c) a chamada regra dos resíduos; e (d) a regra das variações concomitantes. Por meio dessas regras seria possível chegar-se às relações de causalidade entre os fenômenos, estabelecendo-se os antecedentes invariáveis e incondicionais.

“De um ponto de vista estritamente filosófico, todo o pensamento de Stuart Mill insere-se dentro da tradicional corrente do empirismo, que caracteriza a filosófica desenvolvida na Inglaterra”³⁰. Além do empirismo, como dito acima, Mill calçou seus estudos no eudemonismo, que busca na felicidade o fundamento da moral. Defendia que educação e opinião pública trabalham juntas para obter a felicidade do indivíduo e o Bem-estar comum da população. Para ele, prazer e felicidade devem-se calcular a partir do maior bem para o maior número de pessoas.

Entendia que sua teoria era mais prática, defendendo que educação e opinião pública trabalham juntas para obter a felicidade do indivíduo e o Bem-estar comum da sociedade em geral; ou seja, o prazer e a felicidade devem-se calcular a partir do maior bem para o maior número de pessoas.

Assim, para acompanhar o pensamento de Mill, é necessário descobrir qual prazer é ‘melhor’ e, para tal, temos de encontrar um julgador competente que já tenha experimentado ambas as opções postas à escolha do cidadão para que sua decisão seja efetivamente utilitária, nunca olvidando a ideia de Mill que a dor deve ser pensada como ausência de prazer.³¹

²⁹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. (Os pensadores). p. 76.

³⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. (Os pensadores). p. 74.

³¹ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 150.

Mill não restringiu o prazer ao quantitativo do comensurável pela duração e intensidade, pois “há mais no prazer do que a sua intensidade”³². Com efeito, “ele buscou uma prova do princípio utilitarista. Para um empirista, isso significa derivar o princípio da observação. Isso daria ao utilitarismo um embasamento mais sólido do que o de qualquer um dos seus oponentes”³³.

Deste modo, Mill defendeu a “tese de que o utilitarismo é compatível com o reconhecimento de prazeres superiores, defendendo uma hierarquia de prazeres com base na qualidade de seu valor”³⁴ (tradução livre).

Os prazeres superiores, contudo, poderiam ser vistos de formas diversas, pois alguns produziram mais satisfação, afora o fato que outros teriam um caráter mais duradouro, enquanto, ainda, outros seriam de efeitos secundários na vida das pessoas.

Mill almejou acomodar o Utilitarismo na moralidade costumeira, trazendo-o para o senso de justiça de cada indivíduo, pois esta corrente de pensamento fornece-nos não apenas uma forma de agir, mas também de pensar e sentir.

Teve o mérito de elaborar uma forma sofisticada de Utilitarismo, buscando coincidir o prazer individual com a Utilidade da coletividade. Partindo da idéia fundamental de Bentham de que “o princípio da máxima felicidade, [...] da qual todas as outras coisas são desejáveis, é uma existência tanto quanto possível isenta de dores e mais rica possível de prazeres”³⁵, Mill concluiu que se deve levar em conta não somente a quantidade do prazer, mas também a qualidade, sem olvidar, no entanto, que não deve haver contraste entre a maior

³² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 36.

³³ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 32.

³⁴ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 158. Texto original: “tesis de que el utilitarismo es compatible con el reconocimiento de placeres superiores, defendiendo una jerarquía de placeres en base a la cualidade de su valor”.

³⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, DÁRIO. **História da Filosofia: do romantismo ao empirismo**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 309.

felicidade do indivíduo e a do conjunto, uma vez que “é a própria vida social que nos educa, e radica em nós sentimentos desinteressados³⁶”.

Assim, o Utilitarismo altruísta de John Stuart Mill “considera mais a qualidade dos prazeres e conclui que o indivíduo, por interesse, deve finalmente querer o máximo da felicidade de todos”³⁷. Entre a felicidade do agente e dos outros, o Utilitarismo exige que o agente seja imparcial como um espectador desinteressado e benévolo.

Desta forma, a finalidade da ação humana constitui também o critério da moral, pois

sendo o fim último de todo o agir humano uma existência na medida do possível, livre da dor e repleta de alegria; ambos os conceitos entendidos do ponto de vista tanto da quantidade como da qualidade, esse fim último do agir é necessariamente, ao mesmo tempo, critério da eticidade³⁸.

Aprofundando o dito acima, enquanto o Utilitarismo clássico de Bentham adota um princípio hedonista da felicidade, Mill, concordando com ele, introduz uma novidade ao afirmar que há prazeres superiores e inferiores, ou seja, haveria prazeres com mais valor do que outros devido, *verbi gratia*, à sua natureza, “não obstante, deve-se admitir que os prazeres mentais são em sua maioria de maior permanência, segurança, menos custosos, etc., que os corporais... atendendo à sua natureza intrínseca”³⁹.

Mill inovou, ainda, ao atribuir maior importância aos prazeres do espírito: pensamento e sentimento, pois são frutos da experiência, sobressaindo-se ante os prazeres inferiores, que seriam os ligados às necessidades físicas.

Outrossim, ressaltou o valor do altruísmo como forma de superação do egoísmo, dando ênfase à busca da felicidade, formando-se o homem com um

³⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, DÁRIO. **História da Filosofia: do romantismo ao empirismo**. p. 309.

³⁷ DUROZOI, G. & ROUSSEL, A. **Dicionário de Filosofia**. Porto: Porto Editora, 2000. p. 380.

³⁸ DLTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Icone, 1994. p. 45.

³⁹ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 111.

ideal de desenvolvimento democrata e social, ensinando que os maiores bens são aqueles que servem à humanidade como um todo.

Haja vista ser grande defensor da indução, por óbvia consequência a prova de Mill acerca do Utilitarismo nos remete ao método indutivo, afirmando que "a única evidência que poderíamos possivelmente possuir de que algo é desejável seria o fato de que as pessoas geralmente a desejam".⁴⁰

Compreendidas, pois, as ideias destes filósofos do Utilitarismo clássico, importa verificar um dos pilares que fundamentou a concepção de dor e prazer, o hedonismo.

Muito embora sejam raros os estudiosos que tenham ousado aprofundar análise acerca da sistematização dos princípios utilitaristas, mormente quanto ao seu número, identificação, hierarquia, implicações etc, entre eles pode-se citar o especialista A. Quinton⁴¹, que caracterizou a base utilitarista sob dois princípios: o primeiro, consequencialista, pelo qual a correção ou incorreção da ação advém do bem ou mal que dela resulte.⁴²

O outro princípio é o chamado hedonismo, a mais simples e popular teoria do estado mental, que se caracteriza por colocar no prazer o bem máximo da vida. Ou seja, o prazer é a única coisa boa em si mesma, enquanto a dor é a única coisa má em si mesma.

Os utilitaristas clássicos acabaram sendo, apesar de suas especificidades, hedonistas. Isto porque, para eles, a felicidade consiste no prazer (e consequente ausência de dor).

Derivado da palavra grega *hedonê*, que significa prazer e vontade, esta linha de pensamento baseia-se em duas concepções de prazer: a primeira delas o considera como critério das ações humanas; já a segunda eleva-o a único valor supremo.

⁴⁰ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 71.

⁴¹ QUINTON, Anthony. **Utilitarian Ethics**. Londres, Macmillan, 1973. p. 4.

⁴² BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 162.

Há diversas classificações sobre o hedonismo, cuja uniformidade não tem encontrado voz nos doutrinadores que se aprofundaram sobre o tema.

O conselho de Bentham ao legislador é baseado no hedonismo psicológico: a afirmação de que as pessoas são motivadas pelo prazer e pela dor. Bentham claramente endossa tanto o hedonismo psicológico quanto o hedonismo ético (a afirmação de que a moralidade trata basicamente da promoção do prazer e da redução da dor)⁴³.

Como Bentham considerava que as pessoas motivavam-se apenas pelo prazer e pela dor, entendia que nesses sentimentos encontrava-se a base da moralidade. Em vista disso, sugere que o hedonismo psicológico suporta o hedonismo ético. Este prescreve que a procura pela felicidade não pode ser confundida com a tese metafísica ou antropológica que afirma ser a felicidade o bem e a infelicidade o mal⁴⁴.

Já o hedonismo psicológico não passa de uma tese empírica, afirmando a tendência do homem à sua própria felicidade ou prazer. “Se afirma a tendência do homem a sua felicidade ou prazer. Prazer ou felicidade? É o primeiro tema a aclarar”.⁴⁵ (tradução livre)

Além do hedonismo ético e psicológico, por outro lado encontramos o egoísmo hedonista, no qual o indivíduo busca somente o seu próprio bem. Esta linha diferencia-se do hedonismo universalista ou utilitário, que busca o bem de todos (*the greatest happiness to the greatest number is the foundation of morals and legislation*, “a maior felicidade para o maior número de pessoas é a base da moral e das leis”). É a ideia de que é possível a realização do máximo de Utilidade com o mínimo de restrições pessoais, numa perspectiva que reduz o direito a um simples moral do útil coletivo. Naquele, por outro lado, não se busca a felicidade da maioria, senão a própria.⁴⁶

⁴³ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 24.

⁴⁴ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 165.

⁴⁵ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 168. Texto original: “Se afirma la tendencia del hombre a su felicidad o placer. Placer o felicidad? Es el primer tema a aclarar”.

⁴⁶ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 164.

Referidas diferenciadas classificações, posto que importantes, não constituem o objetivo do presente estudo. O que, de fato, releva entender diz respeito ao conceito de prazer e dor. A sua definição deve partir de uma experiência agradável? Deve perpassar pelas sensações? Realização de preferências?

Isto porque a dor pode não significar algo efetivamente ruim. Por exemplo: se formos ao médico relatando dor intensa e recebermos como diagnóstico que não há nada de errado com nossa saúde. E de onde viria tal dor?

Da mesma forma parece espinhoso afirmar que o prazer é sempre bom, pois alguns deles podem refletir uma situação moralmente errada.

Por isso que, ao largo do pensamento hedonista, caminham teorias como a da preferência e do Bem-estar. As preferências acabam se revelando mais fáceis de se medirem, haja vista serem reveladas na própria ação dos sujeitos. “Esta vantagem é particularmente significativa se aplicarmos o utilitarismo a grandes instituições. Não podemos conceber instituições que maximizem o prazer total. Mas podemos maximizar satisfação de preferências”⁴⁷, ao concebermos instituições nas quais as pessoas sejam livres para realizarem escolhas.

Por ser mais palpável e permitir conexão com a realidade, a teoria das preferências acaba levando vantagem sobre o hedonismo, recebendo, conseqüentemente, mais receptividade.

De outro norte, a teoria do Bem-estar estatui, por meio de seus defensores, que “nem a satisfação do prazer nem a da preferência é necessária ou suficiente para o bem-estar”.⁴⁸, pois não são todas as preferências melhoram a nossa vida.

Em vista disso, em suma, podemos afirmar que para o hedonismo, o prazer é a única coisa valiosa para todos, pouco importando o que se pensa acerca disso. Já a teoria da preferência diz que, para todos, o Bem-estar revela-

⁴⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 103.

⁴⁸ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 119.

se a partir da maximização da satisfação de preferências. Por outro lado, a teoria do Bem-estar – subjetiva – sustenta que o Bem-estar está representado naquilo que, de fato, queremos, pouco importa o que seja.

Vistos tais conceitos e aprofundamentos que revelam a existência de correntes diferenciadas dentro do Utilitarismo, importa, agora, seguir com o exame da principal fonte desta escola filosófica - princípio da Utilidade, cujos conceitos e entendimentos muito auxiliam para a correta compreensão e aplicação desta escola filosófica.

1.2 PRINCÍPIO DA UTILIDADE E JUSTIÇA

Muitas das dificuldades teóricas enfrentadas pelo Utilitarismo permeiam a ambiguidade do conceito de felicidade, especialmente no tocante à contradição entre uma proposta metodológica que exige quantificação e um princípio que toma por bem supremo uma realidade qualitativa.

Neste ponto entra importante contribuição do princípio da Utilidade.

No livro *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, publicado em 1789, Bentham entende que o princípio da Utilidade é aquele em que toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o Bem-estar das partes afetadas.

Inclusive, Bentham define tal princípio como o critério de avaliação das ações humanas segundo sua tendência de aumentar ou diminuir a felicidade daqueles cujos interesses estejam em jogo. O objeto é útil ao indivíduo quando tende a aumentar seu prazer, no sentido psicológico, e diminuir a sua dor⁴⁹.

Bentham entendia por Utilidade as propriedades que qualquer objeto possui tendentes a produzir vantagem, prazer, felicidade, bem como prevenir a preponderância do dano, da dor, do mal e da infelicidade.⁵⁰

Para o doutrinador, o princípio da Utilidade consubstancia-se no dever de buscar a felicidade de todos aqueles cujos interesses podem ser afetados por determinada ação.

Ou seja, o princípio da Utilidade pode ser aplicado à conduta humana em diferentes graus de abrangência, conforme o agente e os destinatários da ação propriamente dita. Assim, refere-se tanto a ações individuais quanto àquelas governamentais, atingindo a felicidade não só de um indivíduo, mas, outrossim, de toda a comunidade.

E este raciocínio torna o princípio interessante, pois nos aproxima do entendimento acerca da moralização⁵¹ da ação no contexto da política

⁴⁹ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** p. 2.

⁵⁰ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral.** p. 149.

econômica, da Produção Legislativa, da produção de objetos, bens, serviços, entre outros.

Contudo, de uma situação não podemos olvidar e sequer nos afastar: embora haja uma relação objetiva entre Utilidade e felicidade, ambas não podem ser abarcadas sob o mesmo guarda-chuva, ainda que a primeira seja condição da segunda.

Na visão de Bentham, a Utilidade é um princípio estratégico, de cunho instrumental, que traça objetivos claros ao legislador (*verbi gratia*), ao passo que a felicidade é o fim último a ser alcançado pelos indivíduos.

Embora o fim último da ação moral seja a felicidade, o fim que pode propor-se ao agente social é a utilidade. A felicidade parece algo excessivamente subjetivo e privado para poder ser perseguido por uma estratégia racional e universal; mudando a utilidade, como propriedade dos objetos de produzir diretamente felicidade ou condições favoráveis, parece um fim alcançável racionalmente⁵² (tradução livre).

Essa síntese, objetivando maximizar a Utilidade e criando condições para que os indivíduos possam realizar sua felicidade é coerente com o pensamento de Jeremy Bentham, sobretudo em seus conselhos dirigidos aos legisladores.

Stuart Mill, por sua vez, analisa o princípio em sua máxima abrangência, referindo que a Utilidade é considerada como fim último da ação humana.⁵³ Como critério moral, a Utilidade consistiria na conquista e na defesa da felicidade do maior número.

Para o filósofo, a Utilidade inicialmente recomendaria que as leis e dispositivos sociais deveriam colocar a felicidade, ou o interesse de todo indivíduo (visão prática) em máxima harmonia com o interesse do todo; além disso, a

⁵¹ Aqui entendida no sentido de facilitar a decisão a ser tomada, abstraindo-se os estados mentais ou afetivos dos sujeitos.

⁵² BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 195. Texto original: "Aunque el fin último de la acción moral sea la felicidad, el fin que puede proponerse el agente social es la utilidad. La felicidad parece algo excesivamente subjetivo y privado para poder ser perseguido por una estrategia racional y universal; en cambio la utilidad, como propiedad de los objetos de producir directamente felicidad o condiciones favorables para la misma, parece un fin perseguible racionalmente".

⁵³ MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 1998, p. 58.

educação e a opinião, que têm poder amplo sobre o caráter humano, deveriam usar tal poder para estabelecer no espírito de todo indivíduo uma associação indissolúvel entre sua própria felicidade e o bem geral, este último servindo como motivo para as ações individuais.⁵⁴

Segue dizendo que a multiplicação da felicidade é, de acordo com a ética utilitarista, o objetivo da virtude. As raras situações que impõem ao homem realizar isso em escala aumentada o põem como benfeitor público. Contudo, a grande parte das ações dos indivíduos ocorre na escala privada⁵⁵.

Ou seja, o princípio da Utilidade gera a felicidade individual e, como corolário em sua essência, produz, outrossim, a felicidade do grupo, da comunidade, de todos, visando, em último fim, a felicidade geral da coletividade envolvida.

Prosseguindo a análise de seu pensamento, em outros termos, para que a ação atinja em grau máximo a felicidade geral, deve estar envolvida com o critério da Utilidade que, por seu turno, deve ter em vista as consequências resultantes dessa ação, as quais são direcionadas ao bem comum.

O britânico Tim Mulgam, ao examinar tal princípio, traz ótima referência da definição instituída por John Stuart Mill:

Em seu breve ensaio *o utilitarismo*, John Stuart Mill oferece uma explicação bastante sucinta do Princípio da Utilidade. As ações são certas na proporção em que tendem a promover a felicidade, e erradas na proporção em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade entende-se prazer, e a ausência de dor; e, por infelicidade, dor e a privação de prazer (Mill. *O utilitarismo*, 55)⁵⁶.

Essas ideias fundamentais de Mill incentivam a busca, na vida do homem, de motivações que possam substituir concretamente os antigos ideais de inspiração religiosa ou metafísica que, desde a antiguidade e particularmente desde a difusão do cristianismo, permeavam a atividade humana, especialmente quem estava no comando social.

⁵⁴ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 34.

⁵⁵ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 36.

⁵⁶ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 7.

Em suma: é útil o que é para o bem de todos, para a felicidade geral e para o Bem-estar, que elimine a dor, o sofrimento, a miséria. Mill, como dito, identifica o princípio de Utilidade com o princípio da maior felicidade, referindo-se a eles como equivalentes, como se Utilidade e felicidade fossem sinônimos.

Aqui entra interessante distinção oriunda da visão de cada autor: para Bentham o objeto da Utilidade é de cunho predominantemente psicológico, pois felicidade é prazer, ausência de dor; já a infelicidade representa dor e privação de prazer. Assim, o prazer é medido em sua função quantitativa. Mill, por outro lado, defende que o grau de felicidade pode variar de acordo com a qualidade do prazer experimentado, dependendo do refinamento e percepção do animal exposto a tal situação. Ou seja: faculdades superiores ensejam prazeres de qualidade superior.

Para Mill há, entre os animais, diferenças de inteligência e de percepção, sendo que quanto maior o refinamento de tais faculdades, mais sensível o animal se torna às impressões da dor, produzindo um senso de dignidade própria que se incorpora à felicidade do animal, fazendo com que a degradação em modos inferiores de existência torne-se algo indesejável⁵⁷.

Neste ponto que, para os críticos, talvez resida a grande dificuldade da escola utilitarista, mormente do pensamento de seus estudiosos clássicos, pois apesar da ideia de prazer, dor e felicidade serem razoavelmente claras, bem como ser concebível o conceito de diferentes níveis de tal sentimento, tal perpassa por uma parcela elevada de subjetivismo, não sendo lógico comparar prazeres e dores diferentes de modo a obter a Utilidade resultante.

Ou seja: como medir qual prazer experimentado por indivíduos diversos é mais valioso? Ainda, como verificar em dores experimentadas qual é mais intensa e profunda?

Talvez as críticas sejam exageradas.

⁵⁷ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 24.

Isto porque o Utilitarismo é critério de avaliação da conduta humana, e não elemento que visa a verificar motivações psicológicas. Mesmo ações egoístas podem levar o indivíduo a atender finalidade utilitarista. Ou seja, a noção do ideal utilitarista contém critérios que funcionam como guias para aplicação do princípio da Utilidade nas ações cotidianas do cidadão integrado à sociedade.

Stuart Mill, inclusive, insere interessante explicação sobre a força vinculante da moralidade popular. Para ele, um indivíduo teria imensa dificuldade em identificar a Utilidade de suas ações haja vista a complexidade das relações sociais e sua falta de experiência. Em vista disso, deveria basear-se na experiência adquirida pela sociedade através dos tempos, a qual constitui valiosa medida sobre a maior ou menor Utilidade nas ações humanas, conforme as situações se apresentarem ao longo da vida. É o juízo do homem o árbitro último da Utilidade. Tais preceitos constituem, segundo ele, seguro instrumento para a promoção da felicidade geral, ainda que os indivíduos ignorem que tais preceitos repousem no ceio utilitarista⁵⁸.

Ou seja, Mill repele as críticas de que o Utilitarismo estaria eivado de (paradoxalmente) egoísmo e altruísmo excessivos, admitindo, porém, a dificuldade de compatibilizar Utilidade e justiça, especialmente quando determinados atos/fatos criminosos ou manifestamente imorais possam ser admitidos em nome da promoção da felicidade geral.

Tal situação também é bem observada por Peluso:

A aplicação desse princípio pode conduzir à conclusão de que o mais sórdido prazer que o mais temível dos malfeitores consegue obter de seu crime não haveria de ser reprovado se esse indivíduo existisse sozinho, ou se sua ação não afetasse a felicidade dos demais.⁵⁹

A moralidade utilitária extrai sua força vinculante daquilo que Mill denominou sentimentos sociais da humanidade, pois para que haja convívio entre os homens, ou seja, para que exista uma relação igual, e não de mero domínio de

⁵⁸ MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. p. 107.

⁵⁹ PELUSO, Luis Alberto. A propósito dos fundamentos de uma ética da recompensa. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.). **O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007. p. 21.

uns sobre os outros, é necessário que o interesse de cada indivíduo seja devidamente reconhecido e consultado pelos demais.

A cooperação envolve a identificação de cada ser individual com o todo. Assim, cada um considerará como seus os interesses dos demais, servindo como pilar para o princípio da Utilidade.

Com efeito, na concepção utilitarista, o útil aparece como critério da moralidade e, conseqüentemente, da eticidade. Assim, a moralidade das ações depende das suas conseqüências; se promovem ou não uma satisfação aos implicados, estando em evidência aquilo que atinge a maioria. No entendimento de Dussel: “o utilitarismo é sumamente complexo e contém pelo menos quatro dimensões: um momento do prazer, um momento de utilidade ou critério de eficácia da ação ..., um momento de conseqüências e um efeito social”⁶⁰.

Na verdade, o que parece bastante claro é que o princípio da Utilidade é verdadeiro critério de ética utilitarista, ao menos quando visualizamos na dimensão da ética pública. Isto porque intenta atingir a Utilidade máxima nas ações sociais, entendendo por Utilidade todos aqueles bens, serviços e condições que maximizam um consumo agradável por parte dos indivíduos.

Um governante pode – e deve, procurar a máxima Utilidade, proporcionando bens e condições sociais que coloquem ao alcance das mãos dos indivíduos a possibilidade de atingir sua felicidade.⁶¹

O que se deve evitar é confundir o princípio da Utilidade com comodidade pessoal ou promoção de meros interesses egoístas. O Utilitarismo prega a felicidade geral, sempre com uma visão holística de cada ação/decisão. O agente deverá considerar a felicidade de todos os indivíduos afetados por sua ação.

Mill é inequívoco quando leciona que

⁶⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis. Vozes, 2002. p. 111.

⁶¹ BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. p. 199.

se a utilidade é a fonte última das obrigações morais, ela poderá ser chamada a decidir entre elas quando suas demandas forem incompatíveis. Embora a aplicação do padrão possa ser difícil, é melhor do que não dispor de nenhum afinal: enquanto em outros sistemas todas as leis morais reivindicam autoridade independente, não há um árbitro comum qualificado a interferir entre elas [...] Não há nenhum caso de obrigação moral no qual alguns princípios secundários não estejam envolvidos; e se apenas um estiver envolvido, raramente poderá haver qualquer dúvida real no espírito de uma pessoa que reconhece o princípio em questão⁶².

Assim, conforme se infere dos estudos formadores do Utilitarismo, especialmente as linhas de raciocínio vistas no capítulo anterior, a Utilidade é um princípio da moral e critério de ética, ou seja, está atrelada ao resultado final. Cuida-se de um critério de avaliação da conduta humana. O “útil” é aquilo que se converte não em um bem que se deseja por si mesmo, mas em um meio para outra finalidade. E, amparado na ética, podemos verificar reflexos de sua influência em ordenamentos pelo mundo e até mesmo na adoção de políticas econômica e de governo.

Inclusive, na visão utilitarista, o legislador deveria dispor de algum aparato que o permitisse avaliar as ações humanas, construindo, deste modo, leis com regularidade e consistência, o que redundaria numa jurisprudência definida que retratasse a aspiração legal.

Ou seja, o conjunto normativo descreveria com clareza os atos que os indivíduos têm direito de praticar, além daqueles que não poderiam ser tomados sob pena de ofensa ao direito. A lei refletiria o sistema de obrigações, sendo importante instrumento de governo.

“O útil está pois a serviço do homem como meio para conseguir um objetivo desejável ou agradável, isto é, um bem [...] em um sentido mais amplo, o útil é uma característica primordial da conduta humana”⁶³ (tradução livre).

⁶² MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 43.

⁶³ ARNAU, Hilari; GUTIÉRREZ, José M^a; NAVARRO, Ginés. **Qué es el utilitarismo?** p. 9. Texto original: “Lo útil está pues al servicio del hombre como medio para conseguir un objetivo deseable o agradable, esto es, un bien. [...] en un sentido más amplio, lo útil es una característica primordial de la conducta humana”.

Neste contexto, poderia-se cogitar um (teórico) afastamento entre o fim útil almejado e justiça, o que leva à necessidade de compreender-se a própria justiça na concepção utilitária, situação que será vista em adiante tópico próprio.

A propósito, como bem citado por Dworkin ao avaliar as diferentes correntes que estudam o conceito de justiça, os utilitaristas acreditam que é justo qualquer arranjo social que produza maior felicidade a longo prazo para o maior número de pessoas⁶⁴.

A essência utilitarista traz discurso que pretende alcançar os governantes, servindo como guia para ações políticas e jurídicas, enquanto apoia uma ideia racional e justa de atuação dos engajados e legitimados para prestação pública, constituindo-se, assim, numa verdadeira ciência da legislação.

Ao mesmo tempo, outrossim serve como uma ética individual dirigida aos particulares, aos cidadãos que devem assumir comportamentos e atitudes que surtirão efeitos sobre os demais, bem como aos homens que devem cumprir uma função juridicamente regrada - juízes, professores, médicos.

Aliás, este ponto força a entrada em debate de questão que não pode ser olvidada: a prova utilitarista.

O objeto da prova de Bentham está no próprio Utilitarismo em geral, pois esta linha de pensamento ofereceria o único teste definitivo possível para as instituições, os códigos públicos de ética ou a moralidade pessoal.⁶⁵

Ou seja, para ele, o contexto essencial da prova reside na razão humana, a qual é elemento chave para derrocar a tradição irracional que imperou nos séculos anteriores, sob os auspícios religiosos de controle, falta de diálogo e resignação.

Já a prova utilitarista de Mill é indutiva. Acreditava que o ceticismo moral não deveria ser alvo de preocupação, pois o Utilitarismo se sairia melhor

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000. pp.320-321.

⁶⁵ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 69.

que seus opositores quando necessário – e chamado fosse - a fundamentar o critério de moralidade.

Tais concepções não passaram ao largo de críticas:

Assim como a prova de Bentham, a prova de Mill não vai longe o suficiente. Existe um grande passo da afirmação de que apenas a felicidade é desejável para o utilitarismo completo. [...] o utilitarismo moderno combina uma afirmação sobre o que é desejável com uma maneira distintiva de responder às coisas desejáveis. Os utilitaristas procuram promover ou maximizar o valor [...] Não utilitaristas poderiam concordar que a felicidade seja desejável, mas concluiriam que, ao invés de tornarmo-nos utilitaristas, deveríamos evitar tornar os outros infelizes ou procurar tornarmo-nos a nós mesmos felizes – deveríamos respeitar ou incorporar ou expressar a felicidade ao invés de promovê-la⁶⁶.

Por outro lado, o objeto da prova do filósofo utilitarista Henry Sidgwick é a benevolência universal, para quem, mediante forte rigor acadêmico, o Utilitarismo deveria dissociar-se do egoísmo. A prova de Sidgwick, pois, está atrelada à moralidade de senso comum, implicando em princípios relacionados a dizer a verdade ou manter promessas.⁶⁷

Tais conceitos retirados do Utilitarismo clássico certamente serviram de parâmetro para que estudiosos contemporâneos formulassem suas teorias, ainda que, de certa maneira, criticando o pensamento de outrora.

Com efeito, hodiernamente pensadores têm utilizado um estilo de argumentação baseado em intuições ponderadas. Entre eles destaca-se o filósofo John Rawls, que viveu no século XX e foi destacado professor de filosofia política na Universidade de Harvard.

Rawls⁶⁸, ferrenho crítico da teoria utilitarista clássica, criou o chamado método do equilíbrio reflexivo, cujo objetivo é conduzir os nossos julgamentos a um equilíbrio ponderado – um todo coerente. O resultado, como consequência,

⁶⁶ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 73.

⁶⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 75.

⁶⁸ John Rawls foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de *Uma Teoria da Justiça* (*A Theory of Justice*, 1971), *Liberalismo Político* (*Political Liberalism*, 1993) e *O Direito dos Povos* (*The Law of Peoples*, 1999). Nasceu nos Estados Unidos da América, no ano de 1921, mesmo local onde faleceu em 2002.

não traria à lume intuições isoladas, mas uma visão moral do todo de forma consistente, em que eventuais conflitos ou inconsistências entre diferentes intuições morais ou julgamentos são resolvidos por um processo de reflexão e argumentação.

Inclusive, ao citar o domínio formal exercido pela filosofia política anglo-americana, Dworkin afirma que, para John Rawls, nenhuma desigualdade no que ele chama de bens primários é justificada, a menos que melhore a posição geral da classe menos favorecida⁶⁹.

Talvez influenciados por Rawls, modernos utilitaristas costumam socorrerem-se de um dos seguintes princípios para justificar o apelo intuitivo:⁷⁰

a) a razão para promover o bem. Em bons termos, se um ato promoverá felicidade humana, já temos motivo suficiente para executá-lo; se dois atos ensejarão felicidade, devemos escolher aquele que conseguirá promover a maior felicidade. Se usarmos, pois, a razão para nossas escolhas, sempre optaremos pela ação que maximizará a felicidade;

b) princípio da prevenção de danos. Se pudermos tomar medidas que impedirão a ocorrência de um mal, sem com isso comprometer alguma regra moral, devemos fazê-lo;

c) ajuda aos inocentes. Quando for possível ajudar uma pessoa inocente em grave necessidade, não devemos poupar esforços, desde que não haja um custo significativo para nós mesmos;

d) números efetivamente contam. Se, em determinada ocasião, for necessário escolher entre as vidas de pessoas integrantes de determinado grupo em detrimento de pessoas de grupo diverso, devemos optar pelo grupo maior.

Tais pontos serviriam de justificativa às ações. Veja-se o seguinte exemplo:

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 320.

⁷⁰ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 81.

Um cidadão está caminhando de manhã para o trabalho quando passa por uma criancinha se afogando em uma lagoa. O transeunte não é de forma alguma responsável pela situação da criança. Contudo, pode salvá-la, ao custo de um terno molhado e a perda de alguns poucos minutos. O que ele deve fazer?⁷¹

Pensadores utilitaristas contemporâneos referem que o Utilitarismo possui sensibilidade preponderante aos nossos julgamentos morais, utilizando-se o equilíbrio reflexivo para justificar a ação particular correta.

Desta maneira, os utilitaristas dirão que o fato da pessoa estar em necessidade fornece uma razão moralmente relevante para o ato de ajuda. Por conseguinte, o transeunte, no exemplo acima, é obrigado a ajudar a criança que estava prestes a se afogar.

Ora, o Utilitarismo, como instituidor de conduta humana, posiciona-se no sentido de que as pessoas devem agir de acordo com a vontade de promover os interesses gerais da Sociedade, seja diretamente, seja por via reflexa, através das ações nos âmbitos privado e governamental. Cuida-se de obrigação moral imposta com base no bem comum.

Assim, as acusações de egoísmo e altruísmo excessivos parecem não servir de fundamento suficiente a elencar dificuldades para o Utilitarismo. Talvez, como já dito acima, o grande desafio esteja no enfrentamento da aparente incompatibilidade entre ética e justiça, o que passaremos a estudar no próximo trecho.

⁷¹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 82.

1.3 MORAL E ÉTICA – JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO UTILITARISTA

O tópico revela-se de fundamental importância, pois a filosofia utilitarista cuida de verdadeiro critério de avaliação da conduta humana, consubstanciando uma doutrina ética de cunho consequencialista, cuja ação é valorada em vista de suas proporções.

Neste contexto, necessário vir à luz alguns conceitos que, por mais basilares que possam ser considerados, não podem ser olvidados no silogismo da construção do capítulo em tela, destacando que entre os doutrinadores não é possível encontrar uniformidade de pensamento no que concerne ao tema.

O entendimento de ética perpassa pelo exame das condutas do indivíduo em suas relações interpessoais, donde correlaciona-se sua atuação tanto em nível profissional quanto em relação à sociedade em si. O vocábulo advém do grego *èthos*, que remete a costume, uso. Embora com termos distintos, busca ser justificada pelos estudiosos do tema, merecendo destaque os conceitos que seguem.

Ética é a área da filosofia que investiga os problemas advindos do agir humano, concernentes aos valores morais. Procura discutir e fundamentar os juízos de valor relacionados às ações quando neles edificam seus objetivos, critérios e fins⁷².

É o estudo sistematizado das diversas morais, no sentido de explicitar os seus pressupostos, ou seja, as concepções sobre o ser humano e a existência humana que sustentam uma determinada moral. Ética é uma disciplina teórica sobre uma prática humana, que é o comportamento moral⁷³.

Pelo que se percebe, o estudo da ética busca refletir filosoficamente o conceito de moral, pretendendo desdobrar conceitos e argumentos que possibilitem o entendimento da dimensão moral da pessoal humana⁷⁴.

⁷² SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia**. São Paulo: Cortez, 1992. p. 196.

⁷³ COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264.

⁷⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PASSOS, João Paulo Nery dos. **Ética no direito**. Petrópolis: Vozes, 2007. pp. 15-16.

Interessante, ainda, passagem de Gabriel Valle o qual, citando Hegel, afirma que povo sem ética é templo sem altar. Prossegue dizendo que "com ética [...] a natureza sobreviverá. O indivíduo será dignificado. O Estado valerá por seus filhos. As Nações se aproximarão. Cada um [...] seja ético. Para seu bem e o de todos nós"⁷⁵.

Moral, por outro lado, é o conjunto de normas e condutas reconhecidas como adequadas ao comportamento humano por uma dada comunidade. Estabelece princípios de vida capazes de orientar o homem para uma ação moralmente correta⁷⁶.

As normas morais são peculiares, pois cumpridas a partir da convicção íntima do indivíduo, abrangendo não apenas noções de direito e ética, mas, outrossim, vários aspectos da vida humana, referindo-se apenas aos seres humanos dotados de consciência e vontade⁷⁷.

Tim Mulgan, citando Shelly Kagan, apresenta a moralidade de senso comum como uma posição moderada, concordando que somos obrigados a sacrificar interesses próprios em nome de um bem maior. Tais conceitos incluem restrições que proíbem certas ações, como por exemplo, matar⁷⁸.

Neste contexto, Sodré afirma que a ética seria a ciência da moral, pois

a ética pressupõe uma reflexão sobre a moral – repetimos – porque ela nos obriga a pensar na moralidade dos nossos atos, bitolados dentro das regras morais práticas, orientadoras da nossa conduta, esclarecedora de nossa consciência profissional.⁷⁹

Já Luiz Lima Langaro entende que ética ou moral são denominações dadas à filosofia moral, conceituando-se como o estudo das leis ideais que regulam os atos humanos e a arte de aplicá-los às diversas situações da vida, preocupando-se com o bem e o dever⁸⁰.

⁷⁵ VALLE, Gabriel. **Ética e direito**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 53.

⁷⁶ COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**. p. 264.

⁷⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PASSOS, João Paulo Nery dos. **Ética no direito**. p. 17.

⁷⁸ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 143.

⁷⁹ SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1975. p. 40.

⁸⁰ LANGARO, Luiz Lima. **Curso de deontologia jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 8.

Por outro lado, Tereza Vieira e João Paulo Nery dos Passos compreendem ética no sentido de visar a identificar e sistematizar as regras de comportamento criadas pela sociedade, bem como o valor atribuído por esta mesma sociedade às condutas de seus cidadãos. Assim, ser ético consistiria em agir de forma correta, nos termos dos valores morais da sociedade em determinado lugar e época⁸¹.

Já Volnei Ivo Carlin recorda que a ética surgiu como doutrina dos costumes, aludindo ao comportamento moral e, dentro dele, ao comportamento jurídico. Classifica o sentido de ética em senso amplo, quando se relaciona com a ciência do direito e a doutrina moral, bem como em sentido estrito, nas hipóteses que se refere aos atos humanos e às normas que constituem determinado sistema de conduta moral⁸².

Robert Alexy ensina que o elemento central da correção é a justiça. Para ele “há união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. O argumento principal para essa união [...] é a tese que o direito [...] promove uma pretensão de correção”⁸³.

Um dos grandes contemporâneos que se ocupou do estudo da equidade e justiça (sem olvidar moral e ética), foi o norte-americano Ronald Dworkin, para quem, ao lado das regras, existem princípios que consubstanciam a incorporação de exigências de justiça e de valores éticos⁸⁴.

Segundo Dworkin, as proposições jurídicas seriam verdadeiras apenas quando decorressem dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal que uma dada sociedade colocou em vigor. Os princípios, conforme o filósofo, consubstanciam as exigências de justiça e de valores éticos, denominando

⁸¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PASSOS, João Paulo Nery dos. **Ética no direito**. p. 18.

⁸² CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica. Ética e justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 33.

⁸³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2010. p. 36.

“princípio um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”⁸⁵.

Inclusive, e a propósito do autor agora citado, a tese utilitarista, numa visão de Dworkin, pode ser separada entre razões de princípio e razões de política pública. Assim, toda justificativa moral (princípio) poderia ser reduzida a uma razão de política pública, assegurando aos interesses de cada indivíduo igual peso nas tomadas de decisões gerais.

Ou seja, cada cidadão deve ter seu grau de importância respeitado, bem como reconhecida a responsabilidade que possui sobre sua própria vida. Forma-se, assim, um termo de justiça como fundamento da legitimidade política e fonte abstrata dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva conceitual, não podemos perder de vista que o Utilitarismo seria a teoria em que toda justificativa da conduta do indivíduo estaria apoiada, em última análise, em razões de política pública, no intuito de provocar Bem-estar à população. Para os utilitaristas, o fundamento de toda moralidade (individual e coletiva) é a igualdade de importância para o Bem-estar de cada indivíduo.

Ou seja, em outros termos, seríamos capazes de afirmar que justificativas fundadas em um direito moral poderiam ser reduzidas a uma razão de política pública - produzindo-se Bem-estar e felicidade geral, assegurando-se a cada indivíduo peso igual no cálculo de Utilidade geral.

Na filosofia moral contemporânea, o Utilitarismo é visto como uma teoria consequencialista (em que a moralidade promove valor e a ação correta é aquela que produza o maior valor) somada à teoria do Bem-estar. “A característica que define o utilitarismo é a ideia de que a moralidade está preocupada com o bem-estar humano”⁸⁶.

A visão de Mill é interessante e não pode ser olvidada:

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

⁸⁶ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 204.

Não há nenhuma doutrina ética que não modere a rigidez de suas leis, permitindo, sob a responsabilidade do agente, uma latitude para acomodar as peculiaridades das circunstâncias; e em qualquer doutrina, pela porta desta forma aberta, o engano e a casuística desonesta são introduzidas. Não há nenhum sistema moral do qual não surjam casos inequívocos de obrigações conflitantes. Estas são as verdadeiras dificuldades, os pontos difíceis tanto na teoria da ética quanto na orientação conscienciosa da conduta pessoal. São superadas praticamente com maior ou menor sucesso de acordo com o intelecto e a virtude do indivíduo.⁸⁷

Para Mill, é obrigação da ética revelar quais os deveres dos cidadãos, ou, ao menos, como se deve reconhecê-los. Considera muito injusto com o Utilitarismo as críticas relacionadas ao sentimento de dever, pois a esmagadora maioria de nossas ações não refletem apenas deveres. Sustenta que a quase totalidade das ações visam não ao benefício do mundo, mas dos indivíduos que o compõem⁸⁸.

A moralidade utilitária extrai sua força vinculante daquilo que Mill denominou sentimentos sociais da humanidade, pois para que haja convívio entre os homens, ou seja, para que exista uma relação igual, e não de mero domínio de uns sobre os outros, é necessário que o interesse de cada indivíduo seja devidamente reconhecido e consultado pelos demais.

Bentham também traz interessante contribuição, afirmando que há diferença entre a ética privada considerada como uma arte ou ciência e o setor da jurisprudência que comporta a arte ou ciência da legislação. Prossegue:

A ética privada ensina como um homem pode dispor-se para empreender o caminho mais eficaz que o conduz à sua própria felicidade, e isto através dos meios que se oferecem por si mesmos. A arte da legislação - a qual pode ser considerada como um setor da ciência da jurisprudência - ensina como uma coletividade de pessoas, que integram uma comunidade, pode dispor-se a empreender o caminho que, no seu conjunto, conduz com maior eficácia à felicidade da comunidade inteira, e isto através de motivos a serem aplicados pelo legislador⁸⁹.

⁸⁷ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. pp. 42-43.

⁸⁸ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 35.

⁸⁹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. (Os pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 68.

Para Bentham, porém, o objetivo tanto da ética privada quanto da legislação é o mesmo: a felicidade. "A ética privada diz respeito a cada membro, isto é, à felicidade e às ações de cada membro, de qualquer comunidade que seja; a legislação, por sua vez, tem a mesma meta [...] andam de mãos dadas"⁹⁰.

Assim, a cooperação envolve a identificação de cada ser individual com o todo. Neste enredo, o útil aparece como critério da moralidade e a moralidade das ações depende das suas consequências; se promovem ou não uma satisfação aos implicados, estando em evidência a maioria, promovendo e satisfazendo, assim, o Bem-estar geral bem como a felicidade dos seres envolvidos.

Vejamos o seguinte exemplo: seis nadadores estão presos em duas rochas. Na primeira delas há cinco nadadores, enquanto o último encontra-se na segunda rocha. A maré está subindo e todos irão se afogar ao menos que chegue o resgate. O barco-patrolha possui tempo para aportar em apenas uma das rochas antes que sejam tomadas pela água. O que deveria ser feito?

A resposta utilitarista indica inequivocamente que o salvamento deverá ocorrer na primeira rocha, pois salvar cinco vidas proporcionará mais felicidade. Ou seja, o Utilitarismo ingressa no âmago, enfatizando problemas encontrados por todos no âmbito da moral.

Passemos a outra situação: um indivíduo está parado em uma ponte com o seu amigo Joseph, quando vê um bonde desgovernado transportando dez pessoas indo de encontro a uma ponte interrompida. A menos que o próprio observador pare o bonde, ele vai mergulhar de um íngreme penhasco e dez pessoas morrerão. A única maneira de interromper o trajeto é empurrar Joseph na sua frente, cuja colisão matará o amigo, mas fará o bonde parar antes do penhasco⁹¹. O que deveria ser feito?

⁹⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. (**Os pensadores**). p. 65.

⁹¹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 134.

O Utilitarismo afirma que Joseph deverá ser empurrado, pois o sacrifício de sua vida será compensado pelas dez vidas das pessoas que andavam no bonde.

Outro caso: durante a final da copa do mundo, a transmissão - ao vivo - está obtendo uma audiência de bilhões de pessoas ao redor do mundo. Um indivíduo é encarregado do transmissor de energia próximo ao estádio, tendo ficado preso nas linhas do transmissor. Sua vida somente será salva se o transmissor for desligado por quinze minutos. Isto, porém, privaria bilhões de pessoas de assistir aos quinze minutos finais da final⁹². O que fazer?

O entendimento utilitário é de que o trabalhador não deve ser resgatado, pois sua morte é compensada por todas aquelas bilhões de unidades de prazer.

Mais um exemplo: um determinado indivíduo, policial, está interrogando um conhecido terrorista que admitiu ter plantado uma bomba em uma área movimentada da cidade, porém está resistindo severamente a contar o local exato. Para o Utilitarismo, o policial estará autorizado a torturá-lo na tentativa de obter a resposta, pois o sofrimento do terrorista é compensado pela preservação de inúmeras vidas que serão poupadas após o desarme da bomba.

As questões, sem dúvida, são polêmicas e envolvem uma carga de subjetivismo muito grande, o que enseja discussões acerca dos posicionamentos a serem adotados em cada caso concreto.

Como se retira das respostas acima, os utilitaristas estão interessados na quantidade total de felicidade. Para eles, há uma superação sobre o modo como a felicidade é produzida, ou quem é a pessoa cuja felicidade está em jogo. Assim, como agentes morais, deveríamos nos ocupar dessas duas coisas.

Conforme a filosofia utilitarista, a ação moral passa a ser considerada legítima se de suas consequências advier o maior grau de felicidade e Bem-estar para o maior número de pessoas possível. De tais premissas teremos, em

⁹² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 135.

silogismo, o progresso da humanidade, entendido como progresso moral e prático.

O Utilitarismo, pois, é uma ética global não convencional, pois rejeita abordagens nacionalistas, defendendo que qualquer distinção entre as pessoas deve ser justificada nos próprios termos utilitaristas. “Se quisermos atribuir importância às nações devemos justificar essa decisão demonstrando como ela promove o bem-estar global”⁹³.

Assim, aliás, é toda atividade política que, por suas ações, busca o progresso e o Bem-estar comum da população numa perspectiva de felicidade para todos.

Na verdade, o que parece bastante claro é que o princípio da Utilidade, visto acima, é verdadeiro critério de ética utilitarista, tanto nas ações individuais, quanto no contexto da dimensão da ética pública. Isto porque intenta atingir a Utilidade máxima nas ações sociais, entendendo por Utilidade todos aqueles bens, serviços e condições que maximizam as possibilidades de um consumo agradável por parte dos indivíduos e proporcionem maior Bem-estar e felicidade.

Stuart Mill, a propósito, prescreve que conforme a opinião utilitarista, a finalidade da ação do homem perpassa necessariamente pelo padrão da moralidade, podendo, portanto, definir as normas e preceitos para a conduta humana, cuja observação daquilo que uma existência tal como tem sido descrita possa ser assegurada a toda a humanidade.⁹⁴

Entende que os valores da individualidade e liberdade devem ser respeitados, buscando proteger o indivíduo da tirania da maioria. Os códigos morais e as instituições sociais devem garantir que cada pessoa desfrute de uma vida plena, com uma liberdade pessoal adequada e conforto material.

Mill defende que é tarefa da ética nos informar sobre nossos deveres; porém, nenhum sistema ético requer que o único motivo de tudo que fazemos deva ser um sentimento de dever. Ao invés, a grande maioria de nossas ações é

⁹³ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 230.

⁹⁴ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 28.

realizada por outros motivos, e corretamente realizada, se a norma do dever não os condenar. Prossegue dizendo que os moralistas utilitaristas foram além do que todos os outros ao afirmar que o motivo não tem relação com a moralidade da ação, embora tenha com o mérito do agente.⁹⁵

Mill defendia que as críticas ao pensamento utilitarista (generalidade e abstração sem considerar o sentimento individual) decorreram de uma má interpretação de tal linha filosófica. Isto porque a grande maioria das ações boas não visa ao benefício do mundo, mas dos indivíduos que o compõem, atingindo a coletividade por via consequente. "A multiplicação da felicidade é, de acordo com a ética utilitarista, o objetivo da virtude"⁹⁶, sendo que as poucas pessoas cujas ações influenciam a sociedade em geral necessitam cotidianamente preocupar-se com assunto tão amplo.

Inclusive, por mais exigente que seja a moralidade, não se pode rejeitar suas imposições apenas por discordar delas. A partir da definição de 'exigência razoável' em termos utilitaristas, ela somente será absurda se o sacrifício envolvido for maior que o aumento no Bem-estar total⁹⁷.

A questão é que a teoria utilitarista não passou ao largo de críticas, especialmente pelo fato de que a felicidade geral deveria ser restringida por proibições morais em certos tipos de ações, como matar inocente, prejudicar povos ou torturar pessoas.

A característica marcante da visão utilitarista da justiça consiste em que não importa senão indiretamente, como essa soma de satisfações é distribuída entre os indivíduos, assim como não importa, senão indiretamente, como um homem distribui as suas satisfações ao longo do tempo. A distribuição correta em ambos os casos é aquela que produz a máxima realização [...] O utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas⁹⁸.

Percebe-se, tirando-se por amostragem o pensamento de Rawls, que as exigências severas do Utilitarismo receberam admoestações, mormente pelo fato de a linha utilitarista supostamente ignorar a individualidade de cada vida, o

⁹⁵ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 35.

⁹⁶ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 36.

⁹⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 142.

⁹⁸ RAWLS, John. **A Theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1971. pp. 26-27.

que a levaria ao fracasso enquanto teoria moral. Além disso, o fato de basear-se em cálculos precisos de Utilidade acaba fazendo com que os críticos o taxem de impraticável.

Tim Mulgan chega a citar que a exigência de que sempre se adote a perspectiva impessoal, faz com que o Utilitarismo aliene as pessoas de suas vidas, violando a sua integridade⁹⁹.

Inclusive, afirma-se que as ideias utilitaristas tornam o homem frio e pouco solidário, precipuamente por desconsiderar individualidades e pregar a adoção de uma perspectiva impessoal.

Afirma-se que algumas preferências defendidas pelo Utilitarismo criam situações incompatíveis com a igualdade e a imparcialidade. Isto porque agir com preferência poderia significar um menor peso às preferências dos indivíduos que compõem o grupo minoritário.

Assim, a felicidade geral poderia custar sacrifício da igualdade e da imparcialidade, pois somente poderia ser atingida com violação de um destes princípios.

Dentro deste contexto, não podemos olvidar que, nos últimos (dois) séculos de filosofia moral, a promoção de valor tem sido seguidamente contrastada com uma resposta conhecida como honrar ou respeitar o valor. Ou seja, pensar uma resposta adequada ao tipo de valor encontrado nos seres humanos.

Este ponto foi o principal foco da filosofia do grande pensador alemão, Immanuel Kant, o qual desenvolveu um senso de ética (kantiana) em oposição ao Utilitarismo.

Para Kant, o que é valioso acerca dos seres humanos não é aquilo que sentimos de prazer ou dor, mas a nossa capacidade de autonomia racional, ou seja, a liberdade de vivermos nossas vidas em conformidade com a lei moral, que nos orienta a respeitar a liberdade humana e a racionalidade de nós mesmos e

⁹⁹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 141.

nos outros. As pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmas, e não meramente como um meio para fins de terceiro. Assim, a ética de Kant é construída sob um compromisso estrito com a imparcialidade¹⁰⁰.

O seguinte exemplo demonstra a filosofia moral desse filósofo, separando-o da linha utilitarista.

Há uma casa em que os amigos do dono estão se escondendo no forro, fugindo da polícia que os procura por crime que não cometeram. O dono da casa sabe que, se a polícia os capturar, haverá tortura e até morte. Os policiais batem na porta e perguntam onde estão os fugitivos. O dono é um cidadão respeitável e, caso minta que eles não estão lá, a polícia acreditará e irá embora. O que fazer¹⁰¹?

O pensamento Kantiano caminha no sentido de que não se deve mentir mesmo nestas circunstâncias, pois as pessoas devem ser respeitadas com fins em si mesmas, e não como ferramentas. Assim, o dono deve tentar persuadir os policiais a não torturarem os suspeitos, após contar a verdade.

Deveras, estudados os diversos pontos de vista, não é possível, sequer adequado, firmarmos entendimento acerca da existência de uma teoria moral avassaladora, cuja razão excluiria ou preponderaria sobre eventual pensamento contrário.

Tim Mulgan, inclusive, traz interessante reflexão; não existe qualquer teoria moral que se diga adequada, pois se nenhuma teoria acomoda todas as nossas intuições, então todas as teorias morais são inadequadas. Prosseguindo, afirma que uma teoria moral pode ser adequada mesmo que seja reprovada em algum teste e viole alguma intuição, haja vista a procura existente da melhor teoria moral, a qual não poderá ser presumida de antemão.

Afirma, ainda, que a nossa busca por uma teoria moral adequada é incompleta. Isto porque se diferentes teorias têm diversos pontos fortes e fracos,

¹⁰⁰ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. pp. 196-201.

¹⁰¹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 198.

então talvez devêssemos buscar uma nova teoria moral que combine os pontos fortes e evite os fracos¹⁰².

Os utilitaristas, a propósito, argumentam que, dada a força do Utilitarismo, a nova teoria moral deveria ser extraída desta linha filosófica de pensamento ou, pelo menos, que daqui se retirassem os elementos principais.

Isto porque, no espírito de rejeição clássica do Utilitarismo ao ceticismo radical – sustenta-se que não vale se preocupar com opiniões céticas extremas, devendo-se, sim, concentrar esforços em conferir a cada pessoa um peso igual. “Isso certamente está em conformidade com o ditado que Mill atribui a Bentham como expressão da essência da tradição utilitarista: ‘cada um conta como um, e nenhum como mais de um’¹⁰³”.

A propósito, e neste enredo acerca de moral, ética e conceito de justiça, será que o Utilitarismo é capaz de lidar com o mundo real?

Opositores afirmam que não, por dois motivos precípuos: inviável obtermos informações sobre o Bem-estar de todos, haja vista a impossibilidade de realizarem-se estudos detalhados das preferências individuais em populações inteiras; e não é possível prever o impacto de ações individuais e de códigos de regras completos, pois não se saberia o que aconteceria se todos seguissem um conjunto de regras ao invés de outro¹⁰⁴.

Os utilitaristas respondem afirmando que é possível identificar quando um resultado é melhor que outro, mesmo sem medir com precisão o Bem-estar gerado. Para tanto, utilizam-se componentes normalmente correlacionados com o Bem-estar.

Ora, se uma medida de governo agregue qualidade ao País, especialmente no tocante à melhora da saúde, educação, segurança pública, saneamento básico, direitos civis, pleno emprego, então por óbvio que a

¹⁰² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 86.

¹⁰³ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 219.

¹⁰⁴ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. pp. 222-223.

sociedade reflexamente melhorará o seu Bem-estar. Tais sintomas são fáceis de medir e dispensam cálculos precisos.

Ainda, afirma-se que inobstante o Utilitarismo de regras não consiga ser inteiro e radical – no fator determinação de preceitos para cada detalhe – outrossim poderá identificar-se que determinada situação incluirá a regra "w" e não a regra "y". Por exemplo: todos saberão que um determinado código que proíba a tortura produzirá melhores resultados que outro olvidando tal proibição. Isto porque todos sabem que a tortura é errada.

Se um código de regras permitiu a nossa sociedade sobreviver e prosperar, então esta é uma boa evidência de que essas regras promovem o bem-estar humano [...] Assim, só devemos adotar uma nova regra se estivermos razoavelmente certos de que fará melhor. É mais provável que se possam provar as divergências se for possível demonstrar que uma regra existente só promoveu o bem-estar devido a circunstâncias específicas que agora mudaram, ou se for possível encontrar alguma explicação para o fato de uma determinada regra ter persistido apesar de ser prejudicial ao bem-estar humano¹⁰⁵.

Outro argumento utilitarista diz com o estudo empírico da felicidade, mediante a distribuição de questionários indagando às pessoas o seu grau de felicidade, especialmente através de comparações temporais no tocante à adoção de determinadas políticas públicas, como a diminuição da carga tributária, por exemplo.

Assim, os utilitaristas buscam lidar com a complexidade desconcertante do mundo moderno embasados nos principais ideais morais contemporâneos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a democracia. O compromisso utilitarista com a liberdade (escolhas) é temperado pelo compromisso com a igualdade (iguais oportunidades).

Deste modo, partindo-se de uma posição de igualdade, os cidadãos poderão fazer suas próprias escolhas, consagrando a democracia e a consolidação de governos não autoritários e fundados em estados de direito que respeitem suas próprias constituições.

¹⁰⁵ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 224.

Portanto, dentro de todo enredo posto, não há dúvidas de que o Utilitarismo cuida de teoria sobre a moral de grande influência. Porém, por si só - e sobretudo ante o que defende seus doutrinadores mais clássicos - acaba encontrando críticas que apontam algumas dificuldades de solução de problemas morais e éticos sem chocar-se com direitos fundamentais.

A propósito, os direitos fundamentais – que serão aprofundados em tópico seguinte – desempenham importante papel no discurso jurídico e, conseqüentemente, social, pois expressam aquilo que John Stuart Mill interpretou como parte do significado do princípio da Utilidade quanto aos ideais relativos à igualdade e à imparcialidade.

Aliás, estamos com Mill quando identifica não haver sistema moral no qual não surjam casos inequívocos de obrigações conflitantes. Estas acabam sendo as verdadeiras dificuldades, os pontos difíceis tanto na teoria da ética quanto na orientação consciente da conduta pessoal¹⁰⁶.

Assim, nenhuma teoria, aí incluída o Utilitarismo, é capaz de nos oferecer todas as respostas.

Porém, não se pode olvidar que isso ocorre porque o Utilitarismo “reconhece que as decisões políticas dependem, em parte, de questões empíricas extremamente complexas. Problemas de medição surgem da natureza do mundo, não de algum defeito do utilitarismo¹⁰⁷”.

Deste modo, no contexto em que expostas as diversas visões sobre a teoria moral e os conceitos de ética, para a marcha com silogismo do presente estudo, mister o exame dos direitos fundamentais através da evolução do Constitucionalismo e da moderna visão de Sustentabilidade, o que se fará no capítulo seguinte.

¹⁰⁶ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. p. 43.

¹⁰⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. p. 228.

CAPÍTULO 2

CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA SUSTENTÁVEL

Os direitos fundamentais são a base nuclear do constitucionalismo discursivo [...] são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de positivar direitos do homem. Essa tentativa de positivação dos direitos do homem pode, como cada tentativa, dar mais ou menos bom resultado [...] A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso, estão no conceito de direitos fundamentais unidos direito e moral.¹⁰⁸

2.1 CONSTITUCIONALISMO

Canotilho, um dos grandes estudiosos acerca do tema, identificou várias espécies de Constitucionalismo, que preferiu chamar de “movimentos constitucionais”, definindo-o da seguinte maneira:

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo¹⁰⁹.

Kildare Carvalho, por seu turno, enfoca nas perspectivas jurídica e sociológica, afirmando que, juridicamente, o Constitucionalismo refere a um sistema normativo enclausurado na constituição, estando acima dos detentores do poder. No contexto social, cuida de movimento que sustenta a limitação do

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. pp. 10-11.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.51.

poder, inviabilizando aos governantes que seus interesses pessoais preponderem na condução das políticas do estado¹¹⁰.

Os acontecimentos ao longo das civilizações nos mostraram que o movimento constitucionalista serviu como importante limitador do poder arbitrário de governantes soberanos, identificando-se com a imposição de cartas escritas de cunho social, político, cultural e, sobretudo, jurídico, ensejando a evolução histórico-constitucional de determinado estado.

Ou seja, o Constitucionalismo atuou como marca indelével na proteção dos direitos individuais contra a interferência estatal, positivando direitos e garantias aptos a salvaguardar os cidadãos em face dos arbítrios cometidos pelo Estado.

Em um rápido apanhado histórico, podemos identificar quatro grandes períodos do povo ocidental: a chamada Idade Antiga, a qual perdurou até o século V d.c., com a tomada do império romano do ocidente pelos povos bárbaros; a Idade Média, que teve seu lapso temporal entre o século V e a queda do império romano do oriente (Constantinopla), no século XV; a Idade Moderna, iniciando no século XV (1.453) e perdurando até 1.789 (Revolução Francesa); e a Idade Contemporânea, que iniciou em 1.789 e produz reflexos até os tempos atuais.

Examinando a antiguidade clássica, Karl Loewenstein aferiu, entre os hebreus, o surgimento tímido do Constitucionalismo, estabelecendo-se no Estado Teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos. Cita, ainda, o exemplo das Cidades-Estados gregas como importante exemplo de democracia constitucional, cujo poder político era distribuído entre os cidadãos ativos¹¹¹.

Já durante a Idade Média, a Magna Carta de 1.215 acabou representando o grande marco do Constitucionalismo medieval, prescrevendo,

¹¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 211.

¹¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. pp. 154-155.

mesmo que formalmente, a proteção a direitos individuais de extrema importância à época.

Ingressando no Constitucionalismo moderno, verifica-se que consistiu no movimento político e ideológico que se contrapôs ao absolutismo, considerado a primeira versão do Estado Moderno¹¹².

O Estado Absolutista representava a forma pela qual o titular do poder governamental o exercia sem dependência e/ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores.¹¹³ Conforme Bobbio, a formação do Estado absoluto se deu através de um duplo processo (paralelo) de concentração e de centralização do poder em um território determinado¹¹⁴.

Tamanho poder conferido a um soberano ou a um restrito grupo de pessoas acabava permitindo excessos, como a abusiva imposição tributária e a ausência de prerrogativas legais/processuais aos cidadãos comuns. Além disso, a submissão à vontade do monarca tornava insegura a vida das pessoas, sobretudo da classe burguesa, que crescia juntamente com o capitalismo.

Neste contexto, o Constitucionalismo emergiu como forma de limitar o poder absoluto conferido ao soberano e garantir a segurança da população, especial a classe burguesa, que reclamava estabilidade para o exercício de suas atividades.¹¹⁵ Esse movimento se deu em meados do século XVIII e foi afirmado com as revoluções emanadas da burguesia, sobretudo a americana (1776) e a francesa (1789).¹¹⁶

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 45-46.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. p. 46.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**, 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 115.

¹¹⁵ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago 2012, p. 134. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrp/article/viewFile/363/289. Acesso em 09 jan. 2015.

¹¹⁶ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. p. 134.

Promulgaram-se, então, constituições escritas, que garantiam a separação de poderes e reconheciam direitos de natureza individual em face do Estado.¹¹⁷

Destacaram-se o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tanto a Magna Carta de 1215 como o *Petition of Rights*, de 1628, são exemplos dos denominados pactos firmados durante a história constitucional inglesa, correspondendo a convenções entre monarca e súditos no que toca à forma de governo e às garantias dos direitos individuais, tendo como fundamento o acordo de vontades¹¹⁸.

Na história do continente americano, é possível identificar como indícios do Constitucionalismo os então chamados contratos de colonização, marcantes na América do Norte. Destacou-se, entre eles, as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Pode-se citar, outrossim, a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, constituição dos Estados Americanos, de 1781.

Dois marcos históricos e formais do Constitucionalismo moderno devem ser ressaltados: a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1791, sob forte influência do iluminismo e concretizadas como contraposição ao absolutismo reinante, elevando-se o povo como titular legítimo do poder.

A propósito, o famoso lema da revolução francesa "liberdade, igualdade e fraternidade" serviu de base para a idealização do estado não interventor, ensejando o "Estado Liberal", caracterizado pela passividade frente às desigualdades, permitindo isonomia apenas formal e livre regulação na seara econômica.

¹¹⁷ AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista constitucional e internacional**, v. 77, ano 19, p. 41-61, out.-dez/2011. p. 42.

¹¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 4-5.

Ora, como movimento essencialmente fomentado pela classe burguesa, o Constitucionalismo moderno naturalmente formou estados liberais.

Sob a égide do Estado liberal, a Constituição tinha como mandamentos essenciais valorização da liberdade individual; garantia e proteção da propriedade privada; declaração de direitos individuais para todas as classes (para as classes menos favorecidas tais direitos eram concedidos apenas formalmente); e previsão da separação de poderes. A respeito deste último mandamento, ao Poder legislativo cabia elaborar as leis, havendo, por esse motivo, uma sobreposição desse poder em relação aos demais nesse período; ao Executivo, aplicar o direito, respeitando a segurança e a liberdade; e ao Judiciário, aplicar impor a lei por meio da subsunção.¹¹⁹

Inclusive, a Constituição Francesa de 1791 trouxe como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os direitos fundamentais se confundiam, pois, com direitos individuais.

A racionalização do poder político significou a necessidade de estabelecimento dos direitos individuais, com a consequente tripartição das funções estatais nas constituições que se seguiram, deixando de serem monopolizadas. “O poder deixa de ser absoluto e autorreferente, para ser relativo, condicionado, limitado na constituição e nela fundado, embora ainda bastante amplo e com larga presença de discricionariedade na produção normativa”.¹²⁰

Neste primeiro momento, houve a concepção do Constitucionalismo liberal, fortemente marcado pelo liberalismo clássico, destacando-se valores como o individualismo, o absentéismo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo, os quais chegaram a influenciar de maneira precípua as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Tal concepção liberal desencadeou o processo de concentração de renda e exclusão social. Além disso, causas várias como a Revolução Industrial, a Primeira Guerra Mundial e as crises econômicas ensejaram com que o Estado interviesse para evitar abusos e limitar o poder econômico, evidenciando a

¹¹⁹ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. p. 134.

¹²⁰ FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 11-34. p. 14.

chamada segunda geração de direitos, cujos documentos mais marcantes foram a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, conceitos estes que influenciaram a Constituição brasileira de 1934 (Estado Social de Direito) ¹²¹.

Nesta nova fase do Constitucionalismo moderno – Estado social – os governos passaram a intervir nas relações privadas e na própria economia, buscando assegurar o Estado de bem-estar-social.

Streck e Moraes, inclusive, mencionam a existência de um novo contrato social, nominado de socialismo liberal, pelo qual incluem-se princípios de justiça distributiva em que o governo busque a implementação da democracia efetivamente igualitária.¹²²

Não obstante todos esses propósitos almejados pelo Estado social, os governos não conseguiram ser efetivos na concretização dos direitos que anunciavam, tampouco mantiveram uma sociedade que pudesse viver em paz e feliz. Tanto que sobreveio, justamente sob a égide de estados sociais, a maior guerra que a humanidade já viu, deixando milhões de vítimas, bem como cicatrizes que talvez jamais sejam esquecidas pela população mundial.

Na sequência, chegamos ao chamado Constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo. Tal período produziu a ideia de constituição programática, tendo como bom exemplo a constituição brasileira de 1988.

“Fala-se em ‘totalitarismo constitucional’ na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas¹²³ [...] e se destacando aquela ideia de constituição dirigente”¹²⁴. Luís Roberto Barroso aborda o período sob três marcos fundamentais: histórico, teórico e filosófico.

¹²¹ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. p. 135

¹²² STRECK, Lenio Luiz. DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. p. 80.

¹²³ Entendidas como metas a serem atingidas pelo Estado e programas de governo.

¹²⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 7.

O marco histórico do neoconstitucionalismo, na Europa continental, foi logo após a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Itália e na Alemanha. Nesse período, a formação de novas constituições, aproximando ideias de Constitucionalismo e de democracia, ensejou nova visão de organização política, conhecida como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático.¹²⁵

A principal referência deste novo Constitucionalismo é a Constituição Alemã de 1949 (Lei fundamental de Bonn) e, notadamente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, de 1951. “A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.”¹²⁶

Os mais relevantes fatos que desencadearam a mudança foram o genocídio, por todos conhecido, patrocinado com fundamento legal; a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Julgamento de Nuremberg e a instrução sobre os crimes contra a humanidade.¹²⁷

No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu quando da sua redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual transformou o Estado autoritário e intolerante em um Estado democrático de direito.¹²⁸

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido,

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 3. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 10 jan. 2015.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** pp. 3-4.

¹²⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio-ago de 2010, p. 289. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2599/1801>>. Acesso em 10 jan. 2015.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 4.

mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.¹²⁹

O marco filosófico do Constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, é o pós-positivismo, também nominado de positivismo ético e soft-positivismo.¹³⁰ Tal perpassa pela confluência das duas maiores correntes do pensamento que ofereceram paradigmas opostos para o Direito: o positivismo e o jusnaturalismo.¹³¹

Em rápido sumário, sob a ótica do positivismo jurídico, se a norma for válida, deve ser cumprida, independentemente de ser justa ou injusta. Para essa teoria o direito se reduz a uma imposição da força social, sendo a justiça considerada um elemento estranho para sua formação e validade.¹³²

Já o jusnaturalismo propõe que o direito natural é superior ao direito positivo. Segundo Cretella Júnior, o homem é um ser social, motivo por que as regras jurídicas de convivência social surgem como essenciais à regulamentação. Assim, a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade são princípios universais e essenciais à natureza humana, constituindo-se em fundamento e expressão do direito natural.¹³³

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. pp.. 4-5.

¹³⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. p. 291.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 5.

¹³² MONTOSO citado por CAMARGO, César Floriano; CARVALHO, Thomaz Jefferson. Crise do direito liberal positivista e jusnaturalismo: uma leitura jurídica de Alessandro Severino Valler Zenni. **Revista Âmbito Jurídico**. N. 111, Ano XVI, Abril de 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13074&revista_caderno=15>. Acesso em 14 jan. 2015.

¹³³ CRETELLA JUNIOR citado por CAMARGO, César Floriano; CARVALHO, Thomaz Jefferson. Crise do direito liberal positivista e jusnaturalismo: uma leitura jurídica de Alessandro Severino Valler Zenni. p. 20.

Segundo Barroso, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação”.¹³⁴

O pós-positivismo, segundo Marmelstein, resultou de uma releitura do positivismo clássico, trazendo para ele aspectos do direito natural, como a inserção de valores, especialmente a dignidade da pessoa humana, colocando-os no topo da hierarquia normativa.¹³⁵

O pós-positivismo, pois, busca mais do que a legalidade estrita; pretende empreender uma leitura moral do direito. Sob a nova ótica, a aplicação e a interpretação do direito devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, sem acobertar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais. Os princípios passam a deter também normatividade, com clara definição de suas relações com regras e valores, concebendo-se uma nova hermenêutica constitucional e desenvolvendo-se uma teoria de direitos fundamentais edificada sob o postulado da dignidade da pessoa humana.¹³⁶

No plano teórico, Barroso identifica três grandes transformações na aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da constituição.¹³⁷

O reconhecimento da força normativa à Constituição enseja o *status* de norma jurídica do texto constitucional. A Lei Fundamental passa a ser vista não mais como um documento político, que apenas direcionava a atuação dos poderes, de forma discricionária. À Constituição é reconhecido caráter vinculativo,

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 5.

¹³⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 6.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 6.

de modo que os agentes responsáveis pela sua concretização passam a ter deveres.¹³⁸

Já a expansão da jurisdição constitucional envolve, notadamente, a ampliação da participação do Poder Judiciário como ator na concretização de direitos fundamentais.

Até a década de 40, na maior parte da Europa vigorava um modelo de supremacia do Poder Legislativo, “na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.”¹³⁹

Segundo Barroso, a partir deste período, a nova onda constitucional da Europa trouxe novas constituições e também um novo modelo, inspirado na América do Norte: o da supremacia da Constituição, que tinha como uma de suas fórmulas a constitucionalização de direitos fundamentais. Assim, tais direitos ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário, sob a proteção do Poder Judiciário.¹⁴⁰

Neste novo prisma, o Poder Judiciário, além de aplicar a lei ao caso concreto, passa, outrossim, a julgar a própria lei, ou, em casos extremo, a ser forçado a decidir mesmo quando ela não exista, realizando atividade integradora.

Outro marco teórico apontado por Barroso consiste em um novo modelo de interpretação constitucional, decorrente da força normativa da Constituição e da especificidade das normas constitucionais. Doutrina e jurisprudência passaram a desenvolver um elenco próprio de princípios, de natureza instrumental, como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. pp. 7-8.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 8.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 8.

Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da Efetividade.¹⁴¹

O princípio da primazia da constituição, dada sua importância, merece especial aprofundamento. De acordo com ele, a Constituição é a norma máxima, cujos ditames devem ser obedecidos por toda legislação infraconstitucional.

Assim é que nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desacordo com as normas e princípios constitucionais, sob pena de ser rechaçada do ordenamento jurídico. Nesta senda, a validade jurídica de qualquer ato praticado pelo Poder Público está condicionada à sua conformidade material e formal com a Carta Magna.

Apesar de tal supremacia, é importante frisar que a Constituição não pode ser vista como uma norma pura e isolada da realidade social, mas, sim, inserida num conjunto de valores sociais, políticos e positivos, integrando-se à ordem estatal.

Segundo Canotilho, o princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando demonstra que o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes. Disso decorre que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não de maneira isolada, mas, sim, como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios¹⁴².

Inclusive, do princípio da supremacia da Constituição também emana a rigidez da norma máxima, pois sem tal, as normas constitucionais estariam no mesmo grau hierárquico das demais, distinguindo-se apenas quanto à matéria. José Afonso da Silva, com propriedade, entende que a constituição está “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. pp. 10-11.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162.

poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”¹⁴³.

Assim, a supremacia constitucional se aplica aos poderes do Estado, sendo que todas as decisões e normas deles emanadas devem, necessariamente, obedecer às diretrizes constitucionais.

Em suma, o princípio da supremacia da Constituição aponta no sentido de que os poderes dela oriundos são limitados, tanto expressa quanto implicitamente. De outra banda, todas aquelas normas que integram o ordenamento jurídico só serão válidas se estiverem em conformidade com as regras inseridas na Magna Carta.

Baseando-se nos ensinamentos de Dworkin, alguns doutrinadores têm apontado que o neoconstitucionalismo propõe, como interpretação, uma leitura moral da constituição, com foco para a natureza específica de suas normas. “Trata de uma análise dos dispositivos mais genéricos sob uma ótica de decência e justiça que deve estar intrínseca ao próprio processo interpretativo”¹⁴⁴.

Verifica-se, assim, que o neoconstitucionalismo permeia as searas jurídica, política e filosófica, modificando “a concepção e interpretação do direito, ao introduzir conteúdos axiológicos e ao atribuir força normativa à Constituição, reposicionando-a como principal elemento na ordem jurídica.”¹⁴⁵

Do mesmo modo, ao limitar o poder autoritário e pregar regras de prevalência dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo desenvolve-se no sentido de consagrar o Estado Democrático de Direito e, como corolário, a própria soberania popular.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 45.

¹⁴⁴ SILVA, Tassyla Queiroga Sousa. A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional. **Revista Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, Ano 2, 2013, n. 11. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_13037_13067.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

¹⁴⁵ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. p. 138.

Neste contexto em que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser o de encontrar mecanismos de sua efetiva concretização, aproximando-se o direito, a ética, a moral e a justiça, conceitos estes já vistos em tópico alhures. Tal, conseqüentemente, protegerá e concretizará os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Inclusive, como visto em capítulo anterior, a teoria filosófica utilitarista pode auxiliar na efetiva consolidação dos ideais neoconstitucionais, sobremaneira por fornecer conceitos sobre ética, moral e justiça, permitindo com que governantes e juristas apoiem-se em tais bases no desempenho diuturno de seus misteres.

Esta nova perspectiva, com efeito, não mais atrela o Constitucionalismo à ideia apenas de limitação do poder político, mas, sim, à busca da Eficácia da constituição, passando o texto a ter um caráter efetivo, especialmente diante da, como já dito, expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo, pois, representa a ruptura com o Constitucionalismo liberal e sua previsão formal de direitos. O novo paradigma constitucional propõe uma leitura moral (valorativa) do direito, com o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais calcada na dignidade da pessoa humana, colocando-a no topo da hierarquia normativa.

Neste contexto, a própria constituição passa a ter sua força normativa reconhecida e, com ela, seus inúmeros princípios.

E para dar Efetividade à Norma Fundamental há a ampliação da participação do Poder Judiciário e se passa a interpretar a norma máxima de forma distinta, com base em princípios de natureza instrumental e de diferentes categorias, fato que, neste enredo de avanço histórico, político, filosófico e, especialmente jurídico, torna necessário o exame dos direitos fundamentais, o que se fará no tópico adiante.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASE DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Ao intróito devemos enfrentar a questão relativa à esfera conceitual e terminológica dos direitos fundamentais, pois tanto na doutrina quanto na própria legislação é possível encontrar expressões tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, entre outros.

Ingo Sarlet enfatiza que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade e ausência de consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que refere ao significado e conteúdo de cada termo utilizado, enfatizando que a Constituição de 1988 caracteriza-se por uma diversidade semântica, utilizando termos variados ao referir os direitos fundamentais, *v.g.* direitos humanos (art. 4º, inc. II), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, par. 4º, inc. IV)¹⁴⁶.

O mesmo doutrinador, com propriedade, entende que as diferentes categorias que possam ser enumeradas representam as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, mormente considerando-se os parâmetros desenvolvidos na doutrina e jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol.¹⁴⁷ E arremata: “a expressão ‘direitos fundamentais’, de utilização relativamente recente, [...] o nosso constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976”¹⁴⁸.

Expressões como as citadas acima, além de “direitos naturais”, “direitos civis” revelam-se insuficientes quanto à sua abrangência, pois ligadas a categorias específicas do gênero direitos fundamentais, destacando-se que os direitos fundamentais, de certa forma, são direitos humanos, pois o titular será sempre um ser humano. Porém, não podem ser confundidos, pois direitos

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 27.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 28.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 28.

fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de certo Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal¹⁴⁹.

Com efeito, os direitos fundamentais inicialmente foram concebidos como direitos naturais do homem, inerentes à própria condição humana, sendo reconhecidos numa dimensão pré-estatal, com a integração gradativa pelo reconhecimento da ordem jurídica de determinado Estado.

Deste modo, a Eficácia, cogência e efetiva validade de determinados direitos humanos reconhecidos, mas que não integrem o rol de direitos fundamentais de um Estado depende, em regra, da recepção na ordem jurídica constitucional interna. Ou seja, necessita da cooperação individual de cada Estado para fazer valer sua prescrição reconhecida e aceita internacionalmente. “Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹⁵⁰.

Quanto ao nascimento dos direitos fundamentais, não se pode rechaçar a importância histórica da já citada em tópico anterior *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, a qual contribuiu para o futuro desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições que se seguiram nos diversos Estados nacionais.

Outro fator de grande importância que contribuiu para o nascimento destes direitos foi a Reforma Protestante, que conduziu gradativamente ao reconhecimento da liberdade de opção religiosa em diversos países da Europa, citando-se os documentos assinados quando da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz de Westfália, em 1648, que marcou o fim da Guerra dos Trinta Anos.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 29.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 35.

Destacaram-se, também, as declarações de direitos inglesas do século XVII, notadamente o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689, os quais previram importantes convenções entre monarca e súditos no que toca à forma de governo e às garantias dos direitos individuais, tendo como fundamento o acordo de vontades¹⁵¹.

O nascimento dos direitos fundamentais, contudo, no sentido que hodiernamente se atribui ao termo, ocorreu com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, onde se verificou a primeira marca efetiva de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, incorporando virtualmente direitos e liberdades. “Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis”¹⁵².

Vê-se, pois, que a origem dos direitos fundamentais identificou-se com o momento de consolidação da autonomia dos indivíduos frente ao Estado, com vistas ao rompimento do poder absolutista. Foram exercidos em face do ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares de direitos, exaltando uma igualdade formal perante a lei.

Talvez a grande consequência no período moderno da implantação de tais ideais, buscando humanização dos sistemas legais, encontrou-se na composição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris, no dia 10.12.1948.

Sua importância residiu na tentativa inédita de estabelecer regras válidas universalmente para todo o ser humano, independente de sua origem, raça, religião ou cultura. As Nações Unidas aprovaram o conteúdo por meio da Resolução 217, sendo corroborada pelo Brasil na mesma data de sua assinatura.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 4-5.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 44.

Dois grandes estudiosos que se ocuparam do tema foram Ronald Dworkin e Robert Alexy, os quais realizaram significativas inovações no pensamento jurídico, mormente na seara da teoria dos princípios, em termos de sua conceituação e aplicação normativa.

Dworkin inova ao propor uma alternativa à doutrina positivista do direito, sustentando que juristas ao lidar e raciocinar com direitos e obrigações nos chamados 'casos difíceis', utilizam padrões que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente como princípios, políticas e outros tipos de padrão¹⁵³.

Dworkin se afasta do positivismo, argumentando ser dever dos juízes, mesmo nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, sem abusar de sua discricionariedade, pois haveria outros padrões – além regra – vinculantes ao juiz, mormente a utilização dos princípios do direito.

A teoria de Dworkin se baseia na forte separação entre regras e princípios, propondo que tal diferença não é meramente de grau de generalidade, mas qualitativa. As regras são aplicáveis em forma de tudo ou nada, enquanto os princípios não determinam necessariamente a decisão, mas proporcionam razões aplicáveis para uma ou para outra decisão. Ser um princípio de direito significa que este pode ser levado em consideração, se for relevante no caso, como uma consideração inclinando em uma direção ou outra para a decisão correta¹⁵⁴.

A teoria dos princípios de Dworkin é o ponto principal que aproxima o pensamento de Alexy ao dele. O interessante dos direitos fundamentais é que, segundo Alexy, a concepção de uma teoria jurídica geral expressa apenas um ideal teórico, pois tem como objetivo uma tese que englobe, de forma ampla, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, que possam ser formulados e

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona, ES: Ariel, 1984. p. 72.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 17ª imp. 1999. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978. p. 26.

combinados de forma otimizada. E este produto, segundo ele, consegue apenas ser uma aproximação desse ideal¹⁵⁵.

Alexy destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra e normas do tipo princípio, considerando como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais apto a responder à indagação acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Para ele, os princípios são normas que determinam que se realize algo na maior medida do possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são, pois, mandamentos de otimização¹⁵⁶.

Vistos tais conceitos, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, cujo exame é indissociável do Constitucionalismo, consistem no arcabouço de regramentos inerentes à soberania popular, sendo também garantidos por meio de ações de caráter coletivo, cuja previsão vem estampada na Magna Carta. Estes “são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular, que é a sua qualidade de fundamentais, em contraposição a outros dela destituídos, que podem ser ditos não-fundamentais”¹⁵⁷.

A propósito, entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito próprio de direito fundamental, há conexão estreita.

Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos [...] Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda [...] É recomendável, por isso, tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental¹⁵⁸.

Tais direitos referem-se a interesses individuais e são manifestações dos ideais de igualdade e imparcialidade, refletindo o próprio núcleo do ideal de justiça.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon practica**. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho da Universidade de Alicante, Madri, n. 5, p. 139-151, 1998. p. 143.

¹⁵⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. pp. 50-51.

Desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais enfrentaram diversas transformações, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no que pertine à titularidade, Eficácia e efetivação.

Emoldurado em tais circunstâncias, o ambiente histórico em que tais noções se desenvolveram acabou por completar a separação entre duas especialidades bem definidas no conceito não só de direito, mas de sociedade: o público e o privado.

Em tal contexto, fala-se “da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações”¹⁵⁹, as quais passaremos a ver.

Os direitos de primeira geração ou dimensão consubstanciaram liberdades públicas, pois exercidos em face do poder estatal, constituindo liberdades negativas e deveres de omissão do Estado. Tiveram uma postura de cunho individualista e demarcaram uma zona de não intervenção do Estado na esfera individual.

Tais direitos serviram a assegurar o espaço privado como lugar jurídico para o exercício da liberdade individual em face da intervenção do Estado, constituindo-se, pois, como pressuposto para o respeito de tais liberdades negativas dos indivíduos.

Ingo Sarlet afirma que nesta geração tivemos “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁶⁰, lecionando, ainda, que exerceram importância especialmente pela inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, aí incluídas a liberdade de expressão, o direito ao voto e a própria democracia¹⁶¹.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 45.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 47.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 47.

Assim, passou-se ao estado o dever de respeitar os direitos fundamentais, especialmente quando se cuida das relações entre este e os indivíduos, privilegiando-se a propriedade privada, o contrato e a família, base da codificação civil. “Na internalidade desses limites que se construiu o Direito Privado – e, mais especificamente, o Direito Civil [...] instrumento assecuratório da liberdade individual, e espaço de não intervenção estatal”¹⁶².

Cuidaram-se, pois, de direitos civis e políticos, que acabaram correspondendo à fase inicial do Constitucionalismo ocidental e que continuam integrando o rol de direitos das constituições hodiernas em diferentes continentes no mundo.

Os direitos de segunda geração ou dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre os indivíduos.

Talvez a Revolução Industrial tenha sido o grande marco dessa classe de direitos, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.), os quais foram concretizados no decorrer do século XX, como ficou evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

Daniel Sarmiento traz reflexão no sentido de que as Constituições do México e de Weimar trouxeram novos direitos que requerem contundente ação estatal para sua implementação concreta, destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora, como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novo cenário jurídico, humanizando as até então tormentosas relações laborais, ganhando destaque a gestação de normas

¹⁶² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 99.

de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade¹⁶³.

O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige dele políticas públicas, cuidando-se de verdadeiro direito positivo, impondo ao ente estatal uma obrigação de fazer.

O Professor Paulo Bonavides, ao fazer referência aos direitos de segunda geração, conclui que são os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no Constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Foram concebidos atrelados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois, do contrário, equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e dá estímulo¹⁶⁴.

Neste contexto, os direitos de segunda dimensão representam fortalecimento do princípio da justiça social, abrangendo reivindicações das classes menos favorecidas, como forma de compensar as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

A propósito, traçando-se um paralelo entre os direitos de primeira e segunda geração, podemos dizer que aqueles tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já estes direitos impõem diretrizes e deveres que devem ser realizados pelo Estado, no intuito de possibilitar à população mais qualidade de vida. Assim, funcionam como mola propulsora capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe condições para o exercício da liberdade.

De forma bastante embrionária, estes direitos foram abarcados nas Constituições francesa de 1793 e 1848, bem como na Constituição brasileira de 1824 e na alemã de 1849, onde ficava clara a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.19

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 517.

No século XX, contudo, que tais direitos fundamentais foram consagrados em diversas Constituições, inclusive figurando nos pactos internacionais, caracterizando-se, definitivamente, a consagração da chamada justiça social.

Quanto aos direitos de terceira dimensão ou geração, estes afirmam os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Retrata preocupação com as gerações humanas e possui origem na revolução tecnocientífica.

Ingo Sarlet aduz que tais direitos trazem como nota própria o fato de se desprenderem da figura individual do seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), servindo à titularidade coletiva ou difusa, citando o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito de comunicação¹⁶⁵.

Conforme os exemplos acima, podemos, pois, citar como direitos de terceira geração aqueles transindividuais, sendo alguns deles coletivos e outros difusos, o que é uma peculiaridade, uma vez que não são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Paulo Bonavides, ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, leciona que um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Impregnados de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a efetivar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, pois destinam-se ao gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta¹⁶⁶.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 48.

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor distingue os direitos coletivos em sentido estrito, direitos individuais homogêneos e direitos difusos, sendo que a definição destes está contida no art. 81, parágrafo único:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum¹⁶⁷.

Vê-se, pois, que tais direitos são resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pela latente beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra. Buscam refletir o ideal de fraternidade ou de solidariedade, com implicação universal e característica transindividual, reclamando esforço em escala mundial para serem verdadeiramente efetivados.

Portanto, os direitos de terceira geração ou dimensão possuem como seus sujeitos ativos uma titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visualizam o homem como um ser singular, mas toda a coletividade ou o grupo.

Quanto aos direitos marcados pela chamada quarta dimensão, são aqueles ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito a ser diferente, à informação, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, dentre outros. Eles nos guiam a uma sociedade aberta, na qual os princípios democráticos e plurais devem extrapolar as questões meramente acadêmicas.

É possível fazer uma relação entre a quarta geração dos direitos fundamentais e a globalização, da qual vem brotando a preocupação mundial,

¹⁶⁷ **Brasil.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 14 set. 2015.

mormente do Direito Internacional, em relação à expansão global dos direitos fundamentais.

Outrossim, os direitos de quarta dimensão atuam de forma a objetivar tanto os direitos de segunda e terceira geração, como também, nos dizeres de Bonavides, absorvem (sem remover) a subjetividade dos direitos de primeira geração, pois estes direitos são otimizados na medida em que se inter-relacionam para alcançarem plena Efetividade (concreção)¹⁶⁸.

Vistas tais divisões, impende ponderar a lição de Ingo Sarlet no sentido de que as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos demonstram que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, sendo fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. As dimensões revelam que os direitos fundamentais constituem categoria materialmente aberta e mutável¹⁶⁹.

Da mesma forma, é necessário que os direitos fundamentais sejam preservados e não caiam em perigosa seara de mudanças e reinvenções, sobretudo para que se mantenha seu *status* jurídico e científico. Ora, é primordial observar-se critérios rígidos e a máxima cautela para preservar-se a efetiva relevância e prestígio das reivindicações que representem valores fundamentais reconhecidos em determinada sociedade.

Em tal enredo, torna-se muito importante uma postura ativa e responsável por todos, tanto governantes quanto governados, no que toca à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões e afirmação de tais direitos que se constituem verdadeiramente altruístas e fraternos.

Prosseguindo-se, saliente-se que os direitos fundamentais são frequentemente enunciados de forma abstrata, como *v.g.* podemos verificar nas Constituições as menções ao direito à vida, à liberdade e à propriedade sem,

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 572.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 53.

contudo, esmiuçar o significado de cada um desses direitos nas situações ordinárias da vida.

Não se pode negar, contudo, que os direitos fundamentais são também conceitos de moralidade política, enraizados de conceitos pré-concebidos de determinada sociedade. Cita-se como exemplo o direito à vida, que admite concepções possíveis sobre como deve ser compreendido em relação aos fetos acometidos de deficiência ou deformidades congênitas.

Assim, a especificação dos direitos fundamentais envolve a elaboração de uma teoria que conceba tais direitos. No exemplo transcrito acima, o direito fundamental à vida, considerado como direito de fundo, especifica literalmente o direito à vida, tal como deveria ser compreendido em uma sociedade justa de uma determinada comunidade.

No Brasil, a Constituição de 1988 rotulou os princípios fundamentais “imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade¹⁷⁰”.

Ali inseridos estão os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tendo como escopo prioritário a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, aos moldes dos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram juntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da ordem normativa. Tais direitos são considerados “pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”¹⁷¹.

¹⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 493.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 62.

A propósito, um dos princípios garantidores dos direitos fundamentais, inclusive expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal, é o que determina a eficiência, cujos preceitos influenciam não só as decisões judiciais, mas, inclusive, o legislador ordinário, como facilmente se percebe ante a criação das cláusulas de barreira processuais até mesmo no âmbito recursal, visando à tão desejada eficiência na prestação jurisdicional.

Neste contexto, não se pode olvidar que as Cortes Superiores têm se ocupado da tarefa de julgar casos repetitivos e que implicam em efeitos coletivos, ante a reiteração da matéria em juízo, cuja intenção primordial é a racionalização da resposta judicial, efetivando o acesso material à justiça.

Ou seja, busca-se, por meios que remontam à ideia utilitarista, explicitar garantias à efetivação de direitos fundamentais e consequente consolidação do Constitucionalismo, através de ferramentas legais limitadoras e disciplinadoras da atuação estatal. Contudo, é bom que se diga, não se pode olvidar que “o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”¹⁷².

Em outros termos, objetiva-se otimizar a prestação jurisdicional em todos os aspectos, desde o seu acesso até a resposta final. E o direito fundamental à Justiça Sustentável é assunto que tem ligação não apenas com a doutrina utilitarista, mas com a moderna concepção de Sustentabilidade, com o ordenamento jurídico e com o desenvolvimento da sociedade, cujo tema passa-se a expor.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p.6

2.3 SUSTENTABILIDADE E DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIÇA SUSTENTÁVEL – PRISMA UTILITARISTA

As luzes de Juarez Freitas interessam ao introito deste tópico, para quem a Sustentabilidade consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao Bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e viabilizar o Bem-estar no amanhã, razão pela qual implica no abandono de conceitos insatisfatórios utilizados pelo senso comum. Há um resgate do equilíbrio dinâmico das relações, combatendo-se os vícios da política insustentável e enfatizando-se o desenvolvimento que interessa, sem endosso de qualquer decréscimo regressivo¹⁷³.

E a menos que algo de muito errado ocorra nos séculos vindouros, a expectativa é a de que a maioria das pessoas que hão de viver neste planeta ainda estão para nascer.

Ora, as nossas ações possuem impacto irrelevante às pessoas que já morreram, tendo maior importância as consequências a serem geradas sobre aqueles que estão vindo e, mormente terão impacto às gerações futuras. Assim, a ameaça de uma crise ambiental ou da própria sociedade afetará sobremaneira quem está por chegar para viver, dando ideia da magnitude de nossas ações e decisões

Inclusive, conforme visto pelos conceitos apresentados em capítulo anterior, para os utilitaristas o Bem-estar das pessoas em nosso país é ofuscado pelos bilhões de pessoas que já existem no exterior, e o Bem-estar das pessoas presentes é ofuscado pelas gerações que estão por vir.

Em vista desse enredo, no século passado, especialmente pelo trilhar dos anos 70, o Homem passou a perceber que sua atitude em relação ao planeta – em todos os aspectos – poderia levar ao colapso do Bem-estar e da própria existência. Concebeu-se que o excesso de consumismo, a progressão da

¹⁷³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 15-16.

pobreza e a ausência de educação acabam sendo fatores preponderantes na degradação da qualidade de vida e comprometem as gerações atual e futura.

Em vista disso, foram realizadas quatro grandes conferências para tratarem acerca do tema, as quais: Estocolmo (1972), Rio de Janeiro (1992), Johannesburgo (2002) e novamente Rio de Janeiro (2012).

O exame específico de cada encontro não interessa ao presente estudo, bastando destacar que tais conferências concluíram que os problemas relacionados à Sustentabilidade estavam ligados ao subdesenvolvimento, à pobreza, ao excesso de consumo, à carência legislativa, dentre outros, buscando-se ressaltar a importância do aspecto social para a conscientização acerca do tema. Inclusive, na conferência do Rio de Janeiro de 1992 iniciou-se o debate sobre as dimensões da Sustentabilidade.

Neste contexto, temos presente que a Sustentabilidade não é um tema efêmero ou de ocasião, mas assunto que enseja discussão contemporânea e retrata a emergência de uma racionalidade altruística, interdisciplinar, criativa, capaz de medir as consequências das ações ordinárias de cada ser humano no futuro do próprio meio que vive.

O conceito de Sustentabilidade é muito bem englobado por Juarez Freitas, o qual afirma que

trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar¹⁷⁴.

Gabriel Ferrer, com extrema inteligência, destaca que o paradigma atual da humanidade é a Sustentabilidade, partindo daí a vontade de articular uma nova sociedade que consiga perpetuar-se no tempo com dignidade. Continua dizendo que a deterioração material do planeta é insustentável, assim

¹⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 41.

como também o é a miséria, a exclusão social, a injustiça, a opressão e a dominação cultural e econômica¹⁷⁵.

A Sustentabilidade implica no significado de conservar, proteger algo natural que redunde em dignidade de vida aos seres humanos. Assim, é alçada a princípio constitucional que vincula o sistema jurídico-político, e não apenas a seara ambiental, sendo reconhecida como um novo paradigma da sociedade que enseja a capacidade biológica e institucional de promover o equilíbrio propício ao Bem-estar perseguido pelos cidadãos.

O século XXI nos brindou com imenso avanço tecnológico e toda comodidade daí advinda, ensejando temas que foram discutidos na já citada Conferência de Estocolmo (1972), cujo encontro serviu como marco para adoção de providências no incentivo a ações sustentáveis.

Leonardo Boff identifica que

o grande propósito se resume nisto: criar um modo sustentável de vida. A concepção de sustentabilidade não pode ser reducionista e aplicar-se apenas ao crescimento/desenvolvimento, como é predominante nos tempos atuais. Ela deve cobrir rodos territórios da realidade, que vão das pessoas, tomadas individualmente, às comunidades, à cultura, à política, à indústria, às cidades e principalmente ao Planeta Terra com seus ecossistemas. Sustentabilidade é um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações.¹⁷⁶

Inclusive, a Sustentabilidade tornou-se central no âmbito da economia e das políticas públicas, forçando o indivíduo e os governantes a agirem como atores conscientes e responsáveis, tornando-se ponto nodal na gestão pública¹⁷⁷.

É possível identificar algumas dimensões da Sustentabilidade, sendo que tais não podem ser consideradas de forma estanque, nem paralelas que

¹⁷⁵ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista NEJ, Eletrônica**, Vol. 17, n. 3, p. 305-326 / set-dez, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em 25 set. 2015.

¹⁷⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 16.

¹⁷⁷ ZYLBERZTAJN, David. **Sustentabilidade e geração de valor: a transição para o século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 153.

jamais se encontram. São, para Juarez Freitas, elementos orgânicos, inter-relacionados e mutuamente dependentes (ambiental, social, econômico, jurídico-político e ético)¹⁷⁸.

Gabriel Ferrer entende que a Sustentabilidade pode ser dividida nas dimensões econômica, social, ambiental e tecnológica, as quais relatam o fundamento do paradigma sustentável, pois está na base da sociedade, da economia e da ecologia uma reformulação de políticas de governança para se alcançar um estado de Sustentabilidade. Com o controle da distribuição de riqueza e com a diminuição da produção e do consumo, poderá resguardar-se ao ser humano uma vida digna condizente com seus direitos fundamentais¹⁷⁹.

Juarez Freitas ainda acrescenta as dimensões ética e jurídico-política. A primeira exige uma ética universal concretizável, com pleno reconhecimento da dignidade intrínseca dos seres vivos em geral, sendo uma definição de longo espectro. Prossegue dizendo que tal dimensão permite perceber o encadeamento das condutas, em lugar do mau hábito de se deixar confinar na teia do imediato, típico erro de quem não compreende o impacto holístico das ações e das omissões.¹⁸⁰

Já a dimensão jurídico-política, na visão do doutrinador, enseja que a Sustentabilidade determine, com Eficácia direta e imediata, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada Cidadão no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presente e futura.¹⁸¹

Prosseguindo, Juarez Freitas afirma que a multidimensionalidade deriva de uma propriedade natural de difícil refutação: o inter-relacionamento de tudo, a conexão entre seres e coisas. Uma dimensão influencia a outra, e assim reciprocamente. A Sustentabilidade (longe de ser unívoca ou unilateral) só pode

¹⁷⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 194.

¹⁷⁹ FERRER, Gabriel Real. **Políticas de sostenibilidad em la unión europea**. Aula ministrada no Curso de dupla titulação na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos em slides na exposição do dia 23 de abr. 2015.

¹⁸⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 63.

¹⁸¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 67.

ser entendida como princípio multidimensional (de raízes biológicas e evolutivas, com desdobramentos sociais, econômicos, éticos e jurídicos), em sentido forte.¹⁸²

Assim, o debate e a prática sustentável apresentam-se também em propostas de novas relações sociopolíticas, principalmente nos espaços urbanos onde os resultados dos processos democráticos emergem do entrelaçamento entre poder e sociedade na governança local, criando um processo mútuo de experiências e aprendizagem contínua e dinâmica.

Inclusive, permeando-se o conceito de Sustentabilidade nas suas várias dimensões, há a necessidade de se desenvolverem ferramentas que procurem mensurar a Sustentabilidade em seus diferentes aspectos, ensejando o aprofundamento do debate e da prática sustentável no intuito de observar a utilização de métodos para mensurá-la e efetivar os anseios dos diversos interesses nas variadas dimensões.

De acordo com a temática enfocada no presente estudo, a dimensão a ser aprofundada é aquela que tem como fio condutor a concepção da Sustentabilidade na sua esfera social, com enfoque no acesso à Justiça Sustentável, especialmente pela influência do pensamento utilitarista.

Para a dimensão social, a maior preocupação é com o Bem-estar humano, promovendo-se cidadania e melhora na qualidade de vida. Para isto, necessário que todos os integrantes da sociedade não se omitam de questões sociais e busquem um ideal que seria a emergência de um novo paradigma cultural, descartando o pensamento consumista e despreocupado com os tempos que estão por vir.

Relevando que as diferenças sociais constituem um dos grandes problemas urbanos, não é difícil constatar nas cidades as suas periferias desprovidas de serviços e equipamentos urbanos essenciais, denotando, assim, a exclusão de certos grupos e levando à injustiça social, dada a ausência de políticas de infraestrutura urbana.

¹⁸² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 72.

Tais políticas exercem papel fundamental na conformação do espaço urbano e na distribuição heterogênea de benefícios públicos entre os diversos segmentos da população e entre as diferentes áreas de cada território.

Portanto, entendem-se como benefícios sociais aqueles que o poder público tem como dever distribuir de forma equitativa, a partir de políticas urbanas voltadas para as demandas da população. Entre tais metas sociais, estão a habitação em um bairro com atendimento à saúde, a própria saúde e o acesso material ao Poder Judiciário como forma de impedir o desrespeito aos direitos dos jurisdicionados.

Com efeito, a Sustentabilidade social deve ser considerada como sendo a sustentação das sociedades atuais e suas estruturas sociais, compreendendo questões de urgência em ações públicas no atendimento das necessidades de todos os cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Vê-se, pois, que a dimensão social constitui elemento predominante para a viabilização de uma maior equidade de riquezas e de oportunidades, combatendo-se as práticas de exclusão, discriminação e reprodução da pobreza, com respeito à diversidade existente no ceio da sociedade.

E no contexto das necessidades desta dimensão, não se pode olvidar que a seara do direito influi na percepção dos direitos fundamentais e suas implicações na sociedade contemporânea.

Isto porque, hodiernamente, com a concretização do estado constitucional democrático de direito, garantidor de direitos sociais, o conceito de Sustentabilidade, em suas dimensões, ultrapassou a ideia de sobrevivência em um planeta saudável, passando a integrar, com status jurídico, a própria concepção de Bem-estar e qualidade de vida.

A concretização efetiva de direitos sociais reclama uma concepção avançada de resposta do Poder Judiciário às demandas que tramitam e exigem uma solução rápida e eficaz, passando-se, desse modo, pela construção de uma

Justiça Sustentável e efetiva, especialmente nos julgamentos proferidos pelas instâncias extraordinárias.

Neste passo, devemos evoluir para a formação de um conceito de acesso à justiça material, ou seja, que não garanta apenas uma ferramenta de ingresso ao Poder Judiciário (mesmo que inserta no texto constitucional), mas que assegure uma resposta adequada, efetiva e eficaz – uma prestação jurisdicional qualificada, que poderemos denominar de Justiça Sustentável.

Em tal contexto, vale repisar o exposto no item anterior de que a dignidade da pessoa humana constitui matiz fundamental na construção e manutenção do estado democrático constitucional de direito, sobre o qual se funda nossa República Federativa.

A grande novidade trazida pela modernidade é o reconhecimento da dignidade do ser humano como uma espécie que habita em cada indivíduo, independentemente de sua origem. Isso significa que cada qual é portador de determinados direitos inalienáveis.¹⁸³

Neste âmbito, a dimensão social da Sustentabilidade e da dignidade humana ocupa espaço precípua na proteção de direitos individuais e coletivos, que visam a manter a qualidade de vida dos cidadãos integrantes da sociedade.

No âmbito do Estado Socioambiental de Direito brasileiro [...] a dignidade humana é tomada como o principal fundamento da comunidade estatal, projetando a sua luz sobre todo o conjunto jurídico-normativo e vinculando de forma direta todas as instituições estatais e atores privados. Em vista do conteúdo e da "força normativa" do princípio (e também valor) jurídico da dignidade da pessoa humana, projetam-se direitos tanto de natureza defensiva (negativa) como prestacional (positiva), que é o caso, por exemplo, da garantia constitucional do mínimo existencial, ou seja, das prestações materiais mínimas necessárias a uma vida em patamares dignos.¹⁸⁴

A propósito, os direitos sociais, desde o surgimento do Constitucionalismo moderno, por volta do século XVIII, buscaram foco de atuação na classe trabalhadora, tendo em vista as precárias condições de vida e trabalho vivenciadas pelas camadas menos favorecidas da sociedade, em resposta ao

¹⁸³ KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009. p. 13.

¹⁸⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. pp. 32-33.

tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia do Estado liberal.

A Constituição Mexicana, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, destacou-se pelo privilégio dos direitos sociais, atribuindo-lhes a qualidade de direito fundamental. Seguiu-se, após, a Constituição Alemã – também conhecida como Constituição de Weimar – que se tornou mais famosa e enfocou com primazia os direitos sociais, criando o Estado da Democracia Social.

Décadas seguintes, após a segunda grande guerra, a Declaração dos Direitos do Homem trouxe outro avanço à concretização dos direitos fundamentais e, como consequência, aos direitos sociais, configurando-se, talvez, na sua principal fonte, cujos termos foram bem observados pela Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988.

Há quem defenda, entretanto, que a titularidade do direito social não deva ser reconhecida a todos, mas somente às pessoas que necessitam prestação estatal para satisfazer sua respectiva necessidade.¹⁸⁵

Porém, o tema central não pode ser olvidado, pois independentemente da classe social e do poder econômico, ante a inafastabilidade da jurisdição e a proibição da autotutela, todos devemos, em última solução, buscar resolver as lides no âmbito do Poder Judiciário.

Aqui entra reflexão inexorável: o direito do cidadão de ter resposta eficaz e eficiente do Poder Judiciário impõe necessidade da prestação sustentável, afirmando-se, assim, direito fundamental do jurisdicionado.

Neste contexto, importante lembrar a agenda 21, confeccionada na Conferência do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente – ECO 92 – e que se constituiu como o mais importante compromisso socioambiental sobre a Sustentabilidade.

¹⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 85.

Os mínimos sociais devem ser encarados como pressupostos para a Sustentabilidade da sociedade como um todo, cuja não observância implica em odioso retrocesso, além de afronta à própria constituição.

Da mesma forma como ocorre com o conteúdo da dignidade humana, o conceito de mínimo existencial/social deve ser concebido em sentido amplo, pois busca a realização da vida em graus compatíveis com a própria dignidade humana. Ou seja, não basta ter condições mínimas de existência, mas, sim, condições de levar uma vida saudável e repleta de Bem-estar.

E dentre esses mínimos não podemos retirar a garantia do cidadão de acesso à Justiça Sustentável. Tal garantia não significa conceber a simples possibilidade de recorrer ao judiciário (art. 5º, XXXV, da CFRB/88), mas materialmente obter resultados satisfatórios que não retratem uma injustiça qualificada pela demora e ineficiência.

Segundo a obra clássica de Rudolf Von Ihering, A Luta pelo Direito, não podemos falar em direito sem que esse possa ser efetivamente exercido. É necessário que o titular lute e, principalmente, possa lutar por ele. Ou seja, não há um direito sem que o portador deste possa exigir dos demais a sua observância, ainda que precise lançar uso, em último caso, da proteção do Poder Judiciário.

Esclarece Rudolf Von Ihering:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disputa ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso, a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio do qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada

com a mesma habilidade com que manipula a balança.¹⁸⁶

Por essa lógica, podemos afirmar que não há direito de propriedade e posse sobre um automóvel se não for possível definir o modo como se irá dispor dele. Se qualquer pessoa que passar na rua puder utilizá-lo sem a concordância e autorização do proprietário, bem como este não puder se insurgir de modo legítimo e eficaz contra isso, é possível dizer que o suposto proprietário, de fato, não possui tal direito.

Piero Calamandrei nos ensina que as liberdades são inúteis se não puderem ser reivindicadas e defendidas em juízo, destacando que o ordenamento do juízo deve estar fundado sobre o respeito à pessoa humana, na qual todo homem reconhece uma consciência livre e inviolável.¹⁸⁷

Diante disso, a garantia de ingressar no Poder Judiciário para alcançar a proteção de um direito material foi consagrada através do chamado acesso à justiça. Essa garantia adquiriu relevância ao ser incluída na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas: “Art. 8º. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.¹⁸⁸

A nossa Constituição de 1988, na mesma linha, assegurou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁸⁹, em seu art. 5, XXXV.

Trata-se do acesso à justiça formal, também chamado de inafastabilidade do Poder Judiciário, segundo o qual a única garantia verdadeira que o cidadão possui é de apresentar sua petição ao Estado-Juiz. Esse acesso é obviamente insuficiente, pois tem como escopo reflexo a preocupação com uma

¹⁸⁶ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 27.

¹⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. 3. Vol. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003. p. 196.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 07 nov. 2014.

¹⁸⁹ **BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

jurisdição efetiva e a segurança jurídica. Em outras palavras, não basta chegar ao Estado-juiz; é preciso obter dele uma prestação não tardia e de qualidade tal que ofereça segurança jurídica.¹⁹⁰

Assim, a concepção inicial do acesso à justiça obviamente não soluciona a situação de um cidadão que se encontra privado de um direito seu ou em um contexto de risco. Para ele, de nada adianta o direito de exigir do Poder Judiciário uma resposta para o seu conflito se também não lhe for garantido o direito a uma prestação jurisdicional célere, tempestiva, justa, efetiva, eficiente e proferida por seu Juiz natural, após esse dedicar tempo adequado ao estudo de seu caso.

Em razão disso, evolui-se para um novo conceito de acesso à justiça, englobando, sobretudo, a resposta a ser dada ao jurisdicionado, como forma de concretizar-se o seu direito subjetivo violado.

Como será visto no capítulo seguinte, a Constituição sofreu consideráveis modificações pela Emenda Constitucional n. 45, que estabeleceu filtros como súmula vinculante, repercussão geral em recurso extraordinário e, mais claramente, no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹⁹¹

A doutrina processual, ciente desta nova realidade, passa a conceber a formação de um novo conceito de acesso à justiça material, ou seja, que não garanta apenas uma ferramenta de ingresso ao Poder Judiciário, mas assegure, também, uma resposta adequada, ou seja, a prestação jurisdicional qualificada.

J. J. Gomes Canotilho afirma que, “do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de

¹⁹⁰ CALMON, Eliana. Princípios e garantias constitucionais. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo Jobim. **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 201.

¹⁹¹ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

acesso ao direito e de realização do direito”¹⁹². O acesso à justiça, “reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade ou [in]eficácia por falta de meios judiciais”.¹⁹³

Portanto, tendo em conta os conceitos de Sustentabilidade, especialmente na seara social, bem como os anseios que a contemporaneidade enseja aos integrantes da sociedade, ao cidadão deve ser assegurado o acesso qualificado, material, à justiça.

Ora, parece nada adiantar a provocação do Poder Judiciário se a resposta chegar após o perecimento do direito material. Se o pronunciamento judicial for superficial, moroso, lento ou incompatível ao próprio direito, haverá negação da justiça.

E uma decisão célere que evite o anunciado perecimento do direito passa por medidas utilitárias, que não tangenciem a problemática do acesso ao judiciário com a respectiva resposta efetiva.

Pois, do contrário, há grandes chances de a prestação jurisdicional se tornar de reduzida Utilidade, como se mostraria a situação de uma pessoa que realmente possuísse um direito, porém, tendo em vista a dificuldade dos julgadores ante o alto volume de demandas, não recebesse uma decisão em tempo razoável, tendo, como consequência, o perecimento de tal direito ou a impossibilidade de exercê-lo.

A celeridade adquiriu tamanha importância nos debates acadêmicos e judiciais – talvez até maior do que a própria qualidade das decisões – que passou inclusive a ser debatido o direito à indenização ao jurisdicionado que não obtenha o seu julgamento em tempo razoável.

Assim, no contexto do tema em tela, ao se falar em Sustentabilidade e Justiça Sustentável, é possível afirmar que ela não existe em uma sociedade que não assegure uma resposta judicial adequada, célere e eficaz ao cidadão, motivo

¹⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 385.

¹⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. p. 387.

por que necessário examinar-se como nossa legislação e nosso poder judiciário têm tratado o assunto, com vistas à Efetividade da prestação jurisdicional, sem olvidar as luzes do pensamento utilitarista.

CAPÍTULO 3

LEGISLAÇÃO E ATUAÇÃO DAS CORTES EXTRAORDINÁRIAS

O percurso surrealista de Joseph K., no magnífico texto de *O processo*, homem indefeso e incrédulo dentro de um sistema judicial anacrônico e corrupto, hierarquizado e inacessível, cruel e injusto, é o pano de fundo de uma ampla reflexão sobre o Judiciário que se iniciou no segundo pós-guerra e ainda não terminou.¹⁹⁴

3.1 LEGISLADOR E A TENDÊNCIA HODIERNA DE PROMOÇÃO UTILITÁRIA

Nos dois primeiros capítulos houve o cuidado de se expor de forma analítica o pensamento utilitarista e sua aplicação prática, bem como a evolução da teoria constitucionalista, sobretudo com enfoque nos inafastáveis direitos fundamentais que servem de base social e jurídica para a promoção de políticas públicas em todas as searas.

Neste trilhar, não se olvide que a teoria utilitarista da lei assegura que a finalidade da ordem e do sistema jurídico é contribuir para a felicidade da comunidade, impedindo a adoção de medidas que possam implicar no tolhimento de tal desiderato.

Assim, somando ideias de punição e recompensa aos resultados das normas de conduta, o legislador pode influenciar as ações e promover a integração, o Bem-estar e, conseqüentemente, a felicidade dos seres humanos. E duas maneiras podem ser adotadas: a primeira delas é influenciando as ações e criando uma situação em que a abstenção da prática de determinado ato produza sério inconveniente ao indivíduo; em segundo lugar, mediante a criação de

¹⁹⁴ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 1 do prefácio do Ministro Luis Felipe Salomão.

situações em que a execução de determinada ação reflita consequências vantajosas para o indivíduo.

Não se defende, aqui, a manutenção de Estados maniqueístas. Mas, ao contrário, que rume no sentido de conscientizar os responsáveis por políticas públicas e a própria população a medirem as consequências de seus atos e a importância de suas ações, incentivando o altruísmo no intento da produção de maior Bem-estar aos envolvidos.

O enredo propicia o mergulho ao tema proposto no presente capítulo, examinando-se as medidas recentes adotadas no âmbito legislativo e de política interna do Poder Judiciário, com fins de tornar mais célere, eficaz e efetivo o trâmite de processos judiciais, com pitadas tipicamente utilitaristas na promoção da maior felicidade aos jurisdicionados, mediante a busca de uma Justiça Sustentável.

Aliás, deve-se deixar claro que o termo “felicidade” aqui deve ser tratado como justiça efetiva, eficaz e proba, perfazendo o acesso material à jurisdição já alhures tratado, haja vista que o conteúdo material da decisão dificilmente agradará aos dois polos da lide.

Enfocar-se-á alguns dos principais avanços alcançados nos últimos anos com vistas à melhora da prestação jurisdicional, alertando-se, porém, a impossibilidade de se transplantar a filosofia moral, sem mediação, para o Direito. Ademais, não se olvide que no âmbito judicial, o magistrado, diante da responsabilidade política que possui, deve responder à provocação gerada pelo direito de ação com ferramentas jurídicas, embasado em escolhas pré-existentes na ordem legal.

Repercussão Geral. O primeiro tema abordado, que desde sua criação provocou uma grande mudança na forma de trabalho da Suprema Corte Brasileira, é o da chamada Repercussão Geral, a qual retrata um meio de controle de entrada de demandas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Bruno Dantas nos ensina que a intenção de estabelecer uma espécie de filtro na admissibilidade de recursos para os tribunais de cúpula vem sendo

medida recorrente no direito comparado, sendo que o Brasil caminha na mesma direção¹⁹⁵.

A repercussão geral foi concebida a partir da promulgação da emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, cujo texto introduziu o parágrafo 3º ao art. 102 da CF, exigindo-se para o conhecimento do recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral da controvérsia constitucional ali ventilada.

Logo após, no final de 2006 foi editada a lei 11.418, a qual inseriu dois novos artigos no atual Código de Processo Civil (arts. 543-A e 543-B)¹⁹⁶ regulamentando a matéria e deixando ao regimento interno do STF o tratamento quanto à questão procedimental.

¹⁹⁵ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado questões processuais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

¹⁹⁶ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Consiste tal instituto jurídico em mecanismo de filtragem recursal; verdadeira técnica processual que conspira para a realização do direito fundamental à Efetividade da tutela, além de compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, servindo, em última voz, a uma verdadeira racionalização da atividade judiciária como um todo. Arruda Alvim entende que:

a expressão 'repercussão geral' significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário (...). O Supremo Tribunal Federal deverá interpretar a questão arguida pelo recorrente, não apenas no sentido estritamente jurídico, mas também sob a ótica da repercussão econômica e social, ainda que sempre conectada com o direito constitucional. O que realmente interessa é que a repercussão da matéria constitucional discutida tenha amplo espectro, vale dizer, abranja um significativo número de pessoas¹⁹⁷.

Deve-se avaliar se a questão debatida é relevante do ponto de vista social, econômico, político ou jurídico, transcendendo para além dos interesses subjetivos das partes. Além disso, é necessário que contribua para a persecução da unidade do direito no Estado Constitucional, compatibilizando ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem supra-legal.

Ademais, ressalte-se que a corte suprema da nação deve ater-se a processos de cunho constitucional de efetivo interesse social, econômico, político ou jurídico que suplante o mero espectro das partes, pois assim estará cumprindo o seu verdadeiro espírito de interpretar a constituição.

A decisão quanto à existência, ou não, de repercussão geral compete ao STF (art. 102, parágrafo 3º, da CF c/c 543-A do CPC), cujo julgamento vincula a própria Corte Suprema – vinculação horizontal – e os tribunais de origem – vinculação vertical – na medida em que não deveriam remeter recursos cujas controvérsias já foram examinadas e tidas como despidas de repercussão geral, sob pena de cassação liminar por decisão monocrática do Ministro relator.

Assim, busca-se conferir legitimação tanto às decisões de primeira e segunda instância, quanto das cortes excepcionais, tendo como consequência um processo mais justo e efetivo. Parece, pois, bastante nítido o cunho utilitarista

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa arruda Alvim. **A EC 45 e o instituto da repercussão geral**. São Paulo: RT, 2005. p 64.

deste mecanismo, o qual implica em organização de procedimentos capazes de viabilizar a efetiva tutela jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV e LXXVIII da CF.

O direito ao processo justo configura-se a partir da concordância prática do direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), do direito à igualdade e à paridade de armas (art. 5º, I, da CF) do direito ao contraditório (art. 5º, LV, da CF), do direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), do direito à prova (art. 5º, LVI, da CF), do direito à publicidade do processo (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da CF), do direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), do direito à segurança jurídica no processo, do direito à assistência jurídica integral e do direito ao processo com duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF)¹⁹⁸.

É sabido que a CF guarda os valores que fundam a sociedade brasileira, constituindo-se na base de todo o ordenamento jurídico nacional e atuando no papel de unificadora do direito no Estado Constitucional.

Já os tribunais superiores, como nos ensina a doutrina, possuem função que supera a revisão plena da legalidade. Devem atuar no intento de levarem a cabo causas que gozem de atributos outros, com destacada conotação política e que permeiem questões fundamentais de Estado, fixando-se orientações no campo social e assegurando-se o Bem-estar geral da população e dos jurisdicionados¹⁹⁹.

O STF, *v.g.*, já decidiu que há repercussão geral nas causas envolvendo as limitações constitucionais ao poder de tributar, que são verdadeiros direitos fundamentais dos contribuintes, além do direito fundamental à saúde, notadamente quando se trata de medicamento de alto custo a ser fornecido pelo Estado²⁰⁰.

Neste trilhar, o instituto da repercussão geral surgiu primordialmente para que o STF, guardião da constituição, atuasse mais focado na sua tarefa de contribuir para a unidade do direito no nosso Estado Constitucional Democrático. Como corolário, atua, outrossim, na simplificação processual, rendendo ensejo a

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 14-15.

¹⁹⁹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. pp. 24-26.

²⁰⁰ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**, RG no REsp 566.471/RN, relator Ministro Marco Aurélio, j. 15.11.2007, p. 16. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 out. 2015.

processos mais rápidos e efetivos quando a discussão em lide não suplanta os interesses das partes e quiçá tenha tema relevante que se enquadre nas hipóteses de repercussão geral citadas alhures.

Esta segunda hipótese oportuniza ao relator do tribunal de origem, nos juízos colegiados, negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal superior (art. 557, do CPC).

Tal mecanismo processual busca compatibilizar as decisões judiciais, concretizando o princípio constitucional da igualdade, além de velar pela unidade do direito e racionalizar a atividade judiciária, importando em destacada economia de atos processuais²⁰¹.

Neste enredo, o instrumento da repercussão geral cuida de importante expediente que, além de racionalizar a atividade judicial, contribui para a unidade do direito, concretiza o valor da igualdade e patrocina sensível economia processual. Nada, pois, mais utilitarista.

No âmbito do direito comparado, a adoção de filtros não é novidade. Louis Favoreu destaca que nas cortes constitucionais europeias há tendência que “consiste em fazer uma ‘filtragem’ dos recursos apresentados em número crescente a cada ano, na Alemanha, Itália, Áustria e Espanha”²⁰².

Com efeito, muitos países adotam a mesma técnica: os Estados Unidos da América, por exemplo, permitem ascensão de recursos apenas nos casos de importância pública suficiente – *sufficient public importance* (regra 10 da Suprema Corte Americana); na Alemanha, viabiliza-se o acesso ao órgão de cúpula do Poder Judiciário germânico – *Bundesgerichtshof* – somente quando a causa decidida ostentar uma significação fundamental ou for necessário desenvolver o direito; na Argentina, a Corte Suprema não conhece recurso extraordinário quando a questão apresentada não tenha o requisito da

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. p. 24.

²⁰² FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Traduzido por Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 38.

transcendência (art. 280 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina)²⁰³.

A evolução do sistema adotado pelos EUA é bom exemplo de sucesso. Em 1891, quando a Corte Suprema Americana verificou o crescente aumento de recursos a serem apreciados obrigatoriamente, criou mecanismos de filtragem sob o argumento de que somente casos de relevo e forte interesse público merecem sua atuação.

Examinando a experiência norte-americana, o professor Araken de Assis constata que:

O mecanismo permite ao tribunal selecionar os casos de grande significação para a nação e, ao mesmo tempo, limita o número de processos julgados pelo tribunal em cada ano judiciário. Logrou substancial sucesso e persuadiu os mais exigentes da excelência do mecanismo²⁰⁴.

Assim, por um lado não se sobrecarrega a Corte Suprema, permitindo que ela examine apenas os casos de alta indagação, de efetiva relevância e transcendência que afetem o tecido social, assim como os princípios e valores que sirvam de suporte econômico, cultural e institucional à nação e, por outro, enseja soluções mais rápidas e efetivas para processos sem tais requisitos, privilegiando as decisões de magistrados que se encontram mais próximos dos fatos e das próprias partes.

As instâncias inferiores, deste modo, não cuidam de mero fluxo de passagem dos processos, passando à condição de responsáveis pela emissão do derradeiro pronunciamento em muitas hipóteses, beneficiando diretamente o próprio jurisdicionado.

E tais reflexos contribuem decisivamente para a concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável, encurtando-se o procedimento, além de ser poderoso instrumento de compatibilização das decisões judiciais, consagrando o acesso material à jurisdição.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. pp. 24-25.

²⁰⁴ ASSIS. Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 696.

Guilherme Azem ensina que, para o STF, duração razoável significa o tempo adequado para o correto estudo, maturação e implantação das questões que lhe são postas em exame, permitindo uma melhora na qualidade dos julgados²⁰⁵.

Inclusive, este mecanismo de controle realiza a ideia do acesso “adequado” à justiça – e não acesso quase universal e ilimitado. Cuida-se de ferramenta de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, refletindo na atuação do judiciário como um todo e contribuindo para o desenvolvimento da ordem jurídica.

E a limitação ora em estudo permite também que a sociedade possa exercer um maior controle social sobre os casos efetivamente apreciados pelo STF, exigindo que a Suprema Corte enfrente de maneira apropriada os temas de interesse geral do País.

Deste modo, o instituto apregoa o estabelecimento de um processo justo, efetivo e capaz de tutelar, de forma adequada, o direito material buscado pela parte, sendo forma de se proporcionar maior Bem-estar a todos os jurisdicionados envolvidos na rede do sistema jurisdicional.

Recursos repetitivos. No Brasil, apenas a partir do ano de 2005, com a criação do CNJ, os dados estatísticos passaram a ser utilizados com maior frequência e solidez para embasar os estudos com rigor científico acerca da litigiosidade repetitiva.

Ao mesmo tempo, ampliou-se o debate acadêmico sobre o tema, sobretudo com vistas a diminuir a espera dos jurisdicionados pela solução de processos que se arrastavam por anos nos tribunais, inclusive nas instâncias extraordinárias.

O professor Marinoni, após reconhecer que era necessário dar atenção à multiplicação das ações que repetem litígios sobre o mesmo fundamento e solucionáveis a partir da interpretação da norma, ensinou:

²⁰⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. pp. 30-31.

A multiplicação de ações dessa natureza, muito frequente na sociedade contemporânea, especialmente nas relações travadas entre o cidadão e as pessoas jurídicas de direito público ou privado – como aquelas que dizem respeito à cobrança de um tributo ou à interpretação de um contrato de adesão -, geram, por consequência lógica, mais trabalho à administração da justiça tomando, de forma absolutamente irracional, tempo e dinheiro do Poder Judiciário²⁰⁶.

Portanto, infere-se que tanto a Efetividade da tutela quanto a necessidade de formulação de uma política judiciária efetiva que permitisse a racionalização e a eficiência da prestação judicial foram motivos determinantes para a adoção de práticas legislativas tendentes a apreciar as ações de massa.

É precisa a doutrina de Bruno Dantas quando afirma que a boa gestão do estoque de processos, bem como o tratamento racional de demandas repetitivas favorece a população, haja vista que o desafogamento do judiciário permite que a atenção dos magistrados se volte para os casos que contenham particularidades que exijam aprofundamento²⁰⁷.

No âmbito da Suprema Corte, o art. 543-B, parágrafo 3º, determina que, decidido, pelo STF, o mérito dos recursos extraordinários representativos da controvérsia e afetos aquele procedimento, os recursos sobrestados na instância de origem não terão ascensão imediata.

Por determinação do referido dispositivo, a análise de tais recursos será feita pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, conforme o caso, tendo sua participação restrita a duas medidas possíveis: declarar que estão prejudicados os recursos anteriormente sobrestados, caso a decisão da Corte Suprema tenha sido no sentido de desprover o recurso extraordinário representativo da controvérsia, ou exercer juízo de retratação ou manter sua decisão anterior, quando o STF tiver provido o extraordinário representativo da controvérsia.

A primeira providência é simples e decorre da decisão do STF que entendeu correto o posicionamento reclamado; a segunda hipótese é mais

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**. Ano 96. vol. 858 .abr. 2007, p. 14.

²⁰⁷ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 55.

complexa, pois o órgão de origem poderá manter seu entendimento (art. 543-B, parágrafo 4º), caso em que a Suprema Corte está autorizada a reformar tal decisão. De outro modo, poderá retratar-se (art. 543-B, parágrafo 3º), proferindo nova decisão em consonância com o entendimento do STF.

Já no âmbito do STJ, o art. 543-C, da norma processual civil, introduzido pela lei 11.472/2010, estabelece a sistemática para apreciação de recursos especiais repetitivos.

Como bem lembra Bruno Dantas, na essência tal dispositivo é igual ao art. 543-B, distinguindo-se apenas quanto às particularidades do STJ, como a divisão em seções e a competência da Corte Especial, além da delegação para que os ministros avaliem quais casos devem se submeter a este regime²⁰⁸.

Como se vê, inequivocamente estas inovações processuais tiveram o condão de racionalizar o procedimento de recursos que tratem de temas repetitivos no STF e no STJ, além de tornar coerentes as decisões que analisem casos idênticos. Ora, com apenas uma decisão paradigmática, afetam-se centenas ou milhares de demandas que cuidem da mesma situação jurídica, sem mudança no plano fático.

Bruno Dantas possui a mesma linha de visão, quando afirma, entre outras palavras, que o desenvolvimento de técnicas de tutela coletiva e pluri-individual facilitam o acesso à justiça, geram economia processual, preservam a isonomia processual, proporcionam segurança jurídica e contribuem para a eficiência do Poder Judiciário e consagração do princípio constitucional da igualdade²⁰⁹.

Não podemos olvidar que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, com a expansão dos direitos fundamentais e a massificação das relações jurídicas gerou o fenômeno da multiplicação de demandas em que se discute

²⁰⁸ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 68.

²⁰⁹ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 77.

idêntica questão jurídica²¹⁰, mormente nas searas dos direitos administrativo, tributário, previdenciário, do consumidor, bancário entre outros.

O requisito da questão central de direito é pressuposto para a formulação da técnica de tutela pluri-individual, pois apenas sua presença admite que o julgamento de um caso paradigmático possa projetar efeitos sobre outras demandas de idêntico assunto.

Decerto, essa limitação simplifica em grande medida a aplicação da técnica brasileira, pois não há dilemas sobre a projeção de efeitos, por exemplo, das conclusões acerca de uma perícia ou de uma prova estatística referente a um evento danoso ensejador de responsabilidade civil em favor de milhares de pessoas. Por outro lado, a proteção jurisdicional em casos assim remanesce quase exclusivamente pela via coletiva, o que, de certa forma, equilibra o sistema²¹¹.

Visto tal preceito, importante assentar que a tutela pluri-individual consiste na atividade emanada do Estado na busca da justa composição de lides acerca de direitos individuais homogêneos discutidos em diversas demandas sob o mesmo fundamento de direito. Assim, racionaliza-se a resposta judicial e assegura-se a razoável duração do processo.

Deste modo, conclui-se, com Bruno Dantas, que as técnicas processuais de tutela pluri-individual devem observar a divisibilidade dos direitos substanciais, além da singularidade de gênese de fato ou de direito. Além disso, prepondera a necessidade de dar-se uma solução adequada à multiplicidade de demandas que tramitam no Poder Judiciário, as quais giram em torno da mesma questão de direito; por fim, que todas as demandas girem em controvérsia jurídica, sem maiores questionamentos de suporte fático²¹².

Do ponto de vista da teoria dos recursos, as leis 11.418/2006 e 11.472/2008 proporcionaram no espectro do STF e STJ, respectivamente, a característica da identidade da questão de direito federal – constitucional ou

²¹⁰ Questão jurídica, ou de direito, é aquela em que o fundamento da ação sobre o qual se instalou a controvérsia tem por essência a análise de um princípio ou de uma regra jurídica. A questão fática já se encontra consolidada.

²¹¹ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 79

²¹² DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 84.

infraconstitucional – como fator decisivo para iniciar-se a técnica de julgamento em demandas repetitivas.

E uma questão primordial ao escopo do presente estudo perpassa pela seguinte indagação: os juízes da origem são vinculados à decisão proferida pelas instâncias extraordinárias expressa no julgamento de recursos repetitivos?

A tutela recursal pluri-individual tem inequívoca natureza jurídica de atividade estatal exercida pelas cortes superiores, buscando-se primariamente dar resposta ao interesse público consistente na definição da questão de direito a ser tratada e que representa inúmeros recursos com idêntica fundamentação.

A instância extraordinária, ao escolher o recurso-piloto, representativo da controvérsia, acaba por fracionar o julgamento em duas etapas independentes: a primeira em que se define a questão jurídica subjacente ao conflito, da qual sairá o comando decisório genérico que projetará seus efeitos; e a segunda que aplicará o comando normativo ao caso concreto.

Os julgamentos com base nos arts. 543-B e 543-C possuem inegável Eficácia vinculante horizontal.

Contudo, embora fosse desejável, a vinculação vertical de decisões em sede de tutela recursal pluri-individual oriunda do STJ e do STF não se verifica no nosso sistema vigente²¹³.

No Superior de Tribunal de Justiça, contudo, o tema é objeto de forte divergência e instabilidade, pois logo após a vigência do art. 543-C, do CPC, consolidou-se o entendimento de que não haveria a vinculação vertical. Porém, decisão proferida pela 1ª Seção alterou esse entendimento, admitindo o cabimento de reclamação para garantia da autoridade das decisões tomadas em sede de tutela pluri-individual:

Processo civil – Tributário – Reclamação – Execução fiscal –
Antecipação do recolhimento de despesas com ato citatório –
Entendimento da CGJ/MG – Esfera administrativa – Submissão à
jurisprudência do STJ – Resp 1.017.543/SP – Art. 543-C do CPC – Arts.

²¹³ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. p. 127.

27 do CPC e 39 da LEF. 1. *Omissis*. 2. Tese firmada no REsp 1.107.543/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 24.03.2010, DJe 26.04.2010, julgado segundo o procedimento do art. 543-C do CPC. 3. Entendimento proferido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais – CGJ/MG, em procedimento de consulta, por ostentar natureza administrativa, não prevalece frente à jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento representativo de controvérsia. 4. Reclamação provida para cassar a decisão impugnada e determinar a observância da tese fixada no REsp 1.107.543/SP pelo juízo reclamado²¹⁴.

Não se pode afirmar, todavia, neste momento, para qual lado trilhará a jurisprudência quanto à vinculação vertical das decisões em sede recursos repetitivos.

Fato é que esta sistemática de julgamento em massa, por meio da escolha de um recurso representativo da controvérsia teve, no Brasil, como escopo principal a tentativa de solucionar a grave crise numérica de processos que assolava tanto o STF quanto o STJ. Por isso, natural que haja divergências interpretativas quanto aos efeitos das decisões modelo, o que não importa ao deslinde do presente trabalho.

O que vale assentar, sim, é o cunho utilitarista de tal sistemática, sobretudo no sentido de buscar proporcionar aos jurisdicionados uma justiça mais eficaz, efetiva, célere e isonômica.

Súmula Vinculante. O sistema de súmula vinculante foi introduzido no nosso sistema jurídico com a edição da EC 45/2004, a qual instituiu o art. 203-A na CF, dispondo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

²¹⁴ Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**, 1ª S., RCL 10.252/MG, j. 10.04.2013, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 17.04.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 2 nov. 2015.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso²¹⁵.

Para correto entendimento do assunto, não se pode olvidar que súmula retrata o conjunto de enunciados acerca do entendimento consolidado de um dado tribunal ou órgão fracionário sobre determinado assunto que lhe foi submetido à análise.

Victor Nunes Leal ensina que ela tem por objetivo buscar o meio termo ideal da estabilidade da jurisprudência, situando-se entre a dureza dos assentos e a inoperância dos prejudgados.²¹⁶

Já Nelson Nery Jr. doutrina que súmula vinculante é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados.²¹⁷

Com efeito, o constituinte reformador atribuiu efeito vinculante a um expediente (súmula) que já existia, fixando-se um rígido rol de requisitos para a ocorrência de tal situação. Inclusive, o nosso sistema de súmula vinculante foi além do sistema de precedente; isto porque a formatação em lei exige um texto canônico, ao contrário do precedente da common law, que permite o *distinguishing*²¹⁸ ou o *overruling*²¹⁹.

²¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 nov. 2015.

²¹⁶ LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. *Revista de Direito Administrativo*. n. 145. p. 2. jul.-set. 1981.

²¹⁷ NERY JR., Nelson. **Constituição federal comentada**. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 664.

²¹⁸ *Distinguishing* é a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça.

²¹⁹ *Overruling* é tomada de decisão que afasta regra estabelecida anteriormente. Sucede quando o tribunal decide de maneira diversa problema jurídico antes solucionável por um precedente, recorrendo, agora, a novos fundamentos que levam a resultado diverso. Assim, estabelece-se nova regra jurídica que guiará casos futuros semelhantes.

Uma súmula torna-se vinculante a partir da decisão de dois terços dos membros do STF, ou seja, é necessária a concordância de oito Ministros da Suprema Corte, sendo que a decisão ou ato administrativo que contrariarem o teor de tal enunciado são suscetíveis de impugnação por reclamação constitucional, dirigida diretamente ao STF.

As súmulas vinculantes, pois, representam importante instrumento de política judiciária, visando a conformar os entendimentos das instâncias ordinárias e da Corte da Cidadania àquele emanado pela Corte Suprema, contribuindo com a segurança jurídica e consequente Bem-estar dos jurisdicionados, mormente porque tais súmulas tratam da validade, interpretação e Eficácia de normas sobre as quais parem dúvidas, controvérsia entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública, e deste desacerto ocorra multiplicação de processos e insegurança jurídica.

Cuida, assim, de importante instituto que tem como foco principalmente a tutela das demandas repetitivas, assegurando a duração razoável do processo prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Art. 285-A, do Código de Processo Civil de 1973. O art. 285-A foi introduzido na norma processual civil no ano de 2006, por meio da lei 11.277, tendo o seguinte teor:

quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada²²⁰.

Percebe-se que o legislador teve o intuito de simplificar o trâmite de demandas repetitivas e, consequentemente, apressar a entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, valeu-se de casos que revelem matérias unicamente de direito.

Como bem observou o professor Marinoni, quando as ações (a princípio isoladas) passam a se repetir sob o mesmo fundamento, as sentenças

²²⁰ Brasil. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

começam a ser reproduzidas, com auxílio de recursos de informática, na mesma proporção em que as petições iniciais ingressam²²¹.

Inobstante as críticas realizadas ao dispositivo em comento, especialmente por parte da OAB e alguns doutrinadores²²², parece que o art. 285-A foi uma inovação de vanguarda no sistema processual brasileiro, permitindo construir uma técnica que privilegia o julgamento repetitivo e consagra o princípio da igualdade, com a valorização paradigmática dos julgamentos repetitivos, além de exaltar o princípio da razoável duração do processo e o acesso material à jurisdição.

O que esta regra autoriza ao magistrado é o julgamento de casos idênticos, em processos repetitivos, que observe decisões anteriores suas, julgando desde logo o pedido da parte autora quando o tema não enseje reflexões acerca de matéria de fato, diferindo-se a citação do réu para eventual interposição de recurso em face da sentença.

Em hipótese alguma se cogita afronta ao princípio do devido processo legal, pois a decisão engloba somente matéria de direito, já consagrada no juízo prolator da sentença, sendo que, em caso de reclamo recursal, ocorrerá a angularização processual e o consequente contraditório.

Acertada, parece, a posição de Fredie Didier Junior quando afirma que esta hipótese de julgamento se enquadra como uma excepcional forma de julgamento antecipado da lide²²³.

Contudo, uma ressalva não pode ser olvidada: o entendimento do magistrado que renderá o julgamento antecipado excepcional deverá estar

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**. Ano 96. vol. 858. abr. 2007. p. 14.

²²² Uma das críticas partiu de WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006**. São paulo: Ed. TR, 2006, vl. 2. p. 63: "Impõe-se, aqui, observar que o novo art. 285-A é uma demonstração eloquente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais".

²²³ Julgamento de causas repetitivas: improcedência prima facie. *In*: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; ABELHA, Marcelo (coord.). **A terceira etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

conforme aquele proferido pela jurisprudência do TJ ao qual está vinculado. Seria um despropósito cogitar-se esta regra autorizando o juiz a aplicar liminarmente entendimento paradigmático discordante da jurisprudência do seu tribunal.

Inclusive, a Corte da Cidadania, em posicionamento da 3ª Turma, nos autos do REsp 1.225.227/MS, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proferiu julgado neste sentido, agregando o fato de que o entendimento do magistrado singular também deve estar respaldado na conformidade com os tribunais superiores:

Direito Processual Civil. Recurso Especial. Ação revisional de contrato bancário. Sentença liminar de improcedência. Art. 285-A do CPC. Necessidade de conformidade com o entendimento do Tribunal Local e dos Tribunais Superiores.

1 Sentença de improcedência proferida com fulcro no art. 285-A do CPC que, embora esteja em consonância com a jurisprudência do STJ, diverge do entendimento do Tribunal de origem.

2 O art. 285-A do CPC constitui importante técnica de aceleração do processo.

3 É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme)²²⁴.

A sentença que, embora esteja afinada com o entendimento do STJ, diverge da jurisprudência firmada pelo tribunal local, acaba fomentando o litígio e certamente será objeto de recurso de apelação, o que comprometerá a celeridade e economia processuais.

Portanto, a inserção do art. 285-A no seio processual civil teve o cunho de simplificar-se a relação processual cujo resultado final seria o mesmo se a demanda seguisse a ritualística tradicional. Cuidou-se de verdadeiro privilégio aos princípios da celeridade e Efetividade processual, consagrando a razoável duração do processo e a visão utilitarista do processo, beneficiando-se os jurisdicionados que almejam o acesso material à justiça e a efetiva prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário.

Inclusive, tanto a ideia do instituto coaduna-se com os princípios da celeridade processual, isonomia e segurança jurídica, que foi repetido no Código

²²⁴

Brasil. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 7 nov. 2015.

de Processo Civil que entra em vigor em março/2016, cujo art. 332 traz as mesmas características do indeferimento preliminar da inicial, embora com uma roupagem mais abrangente, pois o magistrado estará autorizado a fazê-lo quando a pretensão contrariar súmula ou entendimento firmado em recurso repetitivo do STF ou STJ, entendimento adotado em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva ou súmula de tribunal local sobre direito local.

Pois bem. Os quatro exemplos de alteração legislativa acima estudados retratam a intenção do legislador em propiciar maior Efetividade, celeridade e segurança jurídica aos jurisdicionados, tendo como consequência direta o maior Bem-estar de toda a sociedade que deve se curvar ao Estado Democrático Constitucional de Direito.

Novo Código de Processo Civil. A nova codificação processual civil, que está com a vigência prevista para o mês de março/2016, conforme prescrição do seu artigo 1.045, trouxe importante ferramenta no âmbito de decisões com abrangência coletiva: o chamado Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), a ser instaurado perante o tribunal de justiça.

De acordo com o novo CPC, está prevista a possibilidade de resolução, em um único incidente, de questões jurídicas comuns a centenas ou milhares de ações judiciais, o que propiciará uma atuação mais racional e otimizada em relação aos temas escolhidos, reduzindo-se o desperdício de recursos humanos e materiais a que a atuação judicial é submetida toda vez que novas teses são criadas, com uma avalanche de novas ações com a mesma temática.

Destaque-se que o art. 976 da nova codificação processual prescreve a possibilidade de IRDR quando estiverem presentes os requisitos da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (inciso I), bem como haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (inciso II).

A identificação de teses jurídicas, a serem submetidas ao rito do IRDR, trará sensível redução na quantidade de tempo despendido nos demais processos idênticos, bem como em outras ações, pois, conforme determina o rito,

tais demandas ficarão suspensas enquanto se aguarda a decisão no incidente, possibilitando, como consequência, a gradual e contínua realocação de recursos humanos em áreas estratégicas do Poder Judiciário e demais órgãos públicos que atuam com a massificação de teses.

E aí reside o cunho utilitarista da inovação trazida pela nova sistemática processual. Uma decisão afetará diversos processos com o mesmo tema, otimizando a atuação de juízes, servidores e advogados, tendo como última consequência o benefício às partes, com a consagração do princípio da eficiência.

Interessante contribuição doutrinária aponta no sentido de que tal incidente deverá ser levado a sério pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais, pois assim a nova técnica efetivamente auxiliará quantitativa e qualitativamente nos julgamentos, haja vista o novo CPC criar pressupostos normativos interpretativos que imporão, em definitivo, a necessidade do respeito a uma teoria normativa de cooperação, tendo o contraditório como influência²²⁵.

Ademais disso, teremos uma óbvia qualificação do debate judicial, considerando que a resposta do Poder Judiciário naturalmente conferirá maior atenção e cuidado aos acórdãos que julgarem IRDRs, tendo em vista a repercussão dessas decisões e, inclusive, a existência de um dever ampliado de fundamentação expressamente previsto no novo CPC.

O julgamento de tese repetitiva, de forma concentrada em um único incidente, tornará a tese vinculante a todos os processos em curso no âmbito da competência jurisdicional do Tribunal de Justiça, inclusive no rito dos juizados especiais.

Proferida decisão no âmbito do TJ local, quando houver questão constitucional ou federal, será possível a interposição de recurso extraordinário ou especial com efeito suspensivo. Assim, os processos suspensos na origem em razão da instauração do IRDR não voltarão a tramitar até que a questão jurídica seja definitivamente resolvida pelo STJ ou STF.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 386-387.

Importante anotar que o recurso extraordinário interposto em face de decisão proferida em IRDR já contará com presunção de repercussão geral, o que facilitará imensamente o conhecimento dos reclamos pelo STF, haja vista a desnecessidade de submissão da questão ao Plenário Virtual.

Portanto, está-se diante de uma importante nova ferramenta de resolução de conflitos, a qual poderá ser utilizada como recurso de gestão do Poder Público estadual no objetivo de reduzir o tempo de tramitação de demandas repetitivas, lançando, outrossim, reflexos sobre toda a estrutura do Poder Judiciário, pois os processos de cunho não repetitivo também terão abreviado o seu período até o trânsito em julgado.

Toda a reflexão realizada no transcorrer do presente estudo, sobretudo os tópicos expostos no capítulo em tela, enseja a afirmação de que, aliada ao trabalho do poder legislativo, está a atuação da advocacia pública, a qual, caso bem utilizada pelo Poder a que está atrelada, transforma-se em poderosa ferramenta para a promoção de políticas públicas e a consequente redução da litigiosidade, contribuindo para que o judiciário tenha melhores condições de trabalho.

Tal quadro fático, pois, enseja que se aprofunde em pequeno tópico a função dos advogados públicos.

O papel da advocacia pública na redução da litigiosidade. No atual cenário do Estado Democrático Constitucional de Direito, a Administração Pública deve nortear-se pela concretização do interesse público, mormente para garantir os direitos fundamentais por meio da implantação de políticas públicas.

Neste contexto, a função de Advocacia Pública torna-se indispensável à preservação de princípios constitucionais, dentre eles o da moralidade e o da eficiência. E a atuação diligente e pró-ativa dos advogados públicos, em especial aqueles que atuam na área consultiva, torna-se essencial à efetiva prevenção de litígios e consequente diminuição da litigiosidade.

Não é escopo deste trabalho aprofundar a função de advogado público. Intenta-se, sim, demonstrar que especialmente na função consultiva, tais

profissionais podem orientar os dirigentes do Poder Executivo, além de autarquias e fundações públicas, propiciando segurança jurídica aos atos administrativos praticados, mormente quanto à materialização de políticas públicas.

Além disso, a atuação preventiva das procuradorias garante juridicamente o sucesso de licitações e contratos, além de prevenir litígios mediante a análise preliminar de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos, Resoluções, entre outros).

Destaca-se que a atividade das procuradorias auxilia na promoção da coerência de atuação dos órgãos que compõem a Administração Pública, auxiliando na identificação de matérias controvertidas, além da promoção de exames jurídicos que levam em conta toda a legislação envolvida e os entendimentos consolidados pelo Poder Judiciário.

Tal trabalho preventivo, pois, reduz a possibilidade de que o ato administrativo seja posteriormente questionado em juízo. Da mesma forma, no caso de análise prévia de atos normativos, evita-se posterior questionamento da constitucionalidade das leis ou de extrapolação do exercício do poder-dever de regulamentar a lei.

Portanto, a participação do advogado público no âmbito das políticas públicas e da prevenção de litígios é primordial para a consagração do próprio Estado, auxiliando na efetiva viabilização da promoção de Bem-estar à população, de modo a alcançar a concretização dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta de 1988.

3.2 VISÃO PRAGMÁTICA NA EXPERIÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

Vistas as mudanças legislativas que intentam dar Efetividade à resposta jurisdicional, sobretudo numa visão utilitarista de propiciar Bem-estar aos diretamente envolvidos em demandas judiciais, cumpre, neste ponto final do presente trabalho, examinar na prática quais temas as cortes superiores têm selecionado, no intuito de proporcionar uma Justiça Sustentável.

É sabido por todos que o número de processos tem aumentado de maneira geométrica nos últimos anos, especialmente diante da crescente quantidade de teses que abrangem determinada classe de pessoas, servidores etc, além do progresso na seara digital, caminho pelo qual o Poder Judiciário vem se inclinando e não mais retrocederá.

Inobstante tal situação, há sempre um limite humano óbvio para dar a resposta adequada a esse aumento, pois os juízes são seres humanos e possuem natural limitação quanto ao exame dos autos que estão sob sua responsabilidade.

E justamente este limite que enseja a aplicação dos artigos de lei vistos alhures, sobretudo para atingir o esperado parâmetro da Sustentabilidade para o acesso à justiça, diminuindo-se, como consequência, a desumanidade do volume de trabalho e a insatisfação dos jurisdicionados e dos operadores do direito com o processo atual.

Segundo relatórios recentes do Conselho Nacional de Justiça²²⁶, os magistrados de primeiro e segundo grau e dos tribunais superiores, em média, têm conseguido julgar um número de processos equivalente apenas ao número de novos casos, sem diminuir o estoque existente. Ademais, o volume de julgamentos já é tão alto que é fácil verificar que se encontra longe do ideal.

²²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2014**: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2014.anual. p. 39. Disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 10 nov. 2014.

Este contexto fez com que as cortes superiores se engajassem nas inovações processuais trazidas nos últimos anos, sobretudo para dar vazão aos processos repetitivos que se apresentam no Judiciário e tornar coerente o seu entendimento com o das instâncias inferiores, assegurando, assim, que as demandas cheguem a uma prestação jurisdicional de qualidade em um curto prazo, respeitando-se o princípio da isonomia e da eficiência.

Os quadros e tópicos apresentados a seguir foram obtidos após pesquisa nos sítios eletrônicos das cortes extraordinárias no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, desde o advento da EC 45/2004 já editou 53 súmulas vinculantes, no intento de conformar as instâncias ordinárias e o STJ ao entendimento pacificado no âmbito da Corte Suprema, contribuindo com a segurança jurídica, tendo como consequência direta a aplicação do princípio da razoável duração do processo. Transcreve-se as principais súmulas que serviram à orientação e pacificação de temas polêmicos²²⁷, com as consequentes considerações e reflexões acerca dos assuntos tratados.

SÚMULA VINCULANTE 5 (16.5.2008): a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Este tema foi muito discutido no âmbito da Suprema Corte e gerou polêmica, inclusive por contrariar o teor da súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prescreve justamente o contrário, dizendo ser obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo disciplinar.

A súmula vinculante originou-se do julgamento do RE 434059, no qual os ministros concluíram que a ausência de defesa técnica por advogado não implica em nulidade do processo administrativo disciplinar.

A polêmica da questão reside, pois, na consideração de que há garantia da ampla defesa por meio de defensor dativo que não seja advogado. Os ministros do STF levaram em consideração, para a edição da mencionada súmula

²²⁷ Brasil. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 8 nov. 2015.

vinculante, também fatores extrajurídicos, isto é, questões de economia processual, pois se adotando entendimento similar ao do STJ, ocorreria a possível anulação de milhares de processos concluídos, nos quais os servidores foram afastados de suas funções.

Por isso, a pacificação do tema por meio de tal verbete sumular serviu para nortear e equilibrar a atuação judicial das demais instâncias, contribuindo sobremaneira na gestão e controle dos processos judiciais sobre o tema.

SÚMULA VINCULANTE 7 (11.6.2008): a norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

A polêmica resultante desta discussão adveio do disposto no art. 192, parágrafo 3º, da CF, a qual previu que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano.

No âmbito do Poder Judiciário, por ter o texto original, no seu caput, feito menção que a matéria de taxação de juros limitados a 12% ao ano seria feita nos termos que a lei determinasse, muito se discutiu sobre a possibilidade de sua incidência imediata.

A Corte Suprema, no julgamento da ADI n. 4/DF (rel. Min. Sydney Sanches, DJU, de 25.06.1993, apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista em 12.10.1988)²²⁸, concluiu que o aludido parágrafo 3º não era auto-aplicável, demandando, pois, a edição de norma infraconstitucional.

Inobstante tal entendimento, uma enxurrada de ações discutiu a auto-aplicabilidade do art. 192 da Magna Carta, especialmente a incidência do limitador de 12% aos contratos bancários, o que gerou a edição de precedentes em diversos sentidos, tanto a favor dos consumidores, quanto pela não limitação da taxa de juros e sua submissão às variações de mercado.

²²⁸ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 dez. 2015.

Depois de muito debate sobre o limite constitucional dos juros, o Supremo Tribunal Federal aprovou, na sessão plenária de 24.9.2003, a Súmula n. 648, com o seguinte teor: "A norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar."²²⁹

Esse mesmo texto e os precedentes que se formaram no STF e no STJ serviram para a edição da Súmula Vinculante n. 7, tornando remansoso o entendimento da Corte Suprema e pacificando os pronunciamentos judiciais em todo o País, situação que impactou diretamente na vida de todos os brasileiros.

SÚMULA VINCULANTE 10 (18.6.2008): viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O Mencionado art. 97 determina que: "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Portanto, a presente súmula veio para consolidar a regra de que o órgão especial do tribunal analisará necessariamente (e previamente) as questões constitucionais apresentadas em processos judiciais em curso nos órgãos fracionários do respectivo tribunal (câmaras, turmas, seções, etc.). E tal determinação foi deveras relevante, pois inúmeras são as demandas que discutem incidentalmente a inconstitucionalidade de normas.

Assim, os órgãos fracionários devem, quando se deparam com a possível inconstitucionalidade de uma lei pertinente ao caso concreto em julgamento, instaurar o incidente de inconstitucionalidade, suspendendo o processo e remetendo a questão constitucional para deliberação pelo órgão especial (procedimento regulamentado pelo CPC e pelos regimentos internos). A

²²⁹ (DJU, de 09.10.2003, p. 3; DJU, de 10.10.2003, p. 3; e DJU, de 13.10.2003, p. 3).

súmula, nestes termos entendida, consolida a imperatividade do art. 97 da Constituição, impedindo o julgamento de causas sem aplicação da lei e silêncio sobre sua declaração de inconstitucionalidade. Em termos práticos, não se admite que o órgão fracionário argumente que apenas procederá a não-aplicação da lei, sem declarar sua inconstitucionalidade, para fins de subtrair-se à incidência do art. 97 da CF.

SÚMULA VINCULANTE 14 (2.2.2009): é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A proposta de emissão desta súmula partiu da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo texto complementa a Carta Constitucional, afirmando que o defensor deve ter acesso aos autos de inquérito policial pelo fato de tais documentos formarem conjunto probatório sobre o qual o defensor, em muitos momentos, não tinha acesso ou o tinha de forma restrita.

O enunciado serviu para consolidar os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, não havendo mais resistência em afirmar-se que, embora o conceito de processo e inquérito sejam distintos, a ausência de conhecimento do inquérito ensejará nulidade.

Assim, a presente súmula vinculante privilegia a ampla defesa, revigorando-a e afirmando sua aplicação para formação de um arcabouço social resistente, privilegiado pelo entendimento pacífico do Poder Judiciário.

SÚMULA VINCULANTE 17 (10.11.2009): durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

O presente enunciado encerrou discussão que abrangia e abrange processos nos quais a Fazenda Pública é condenada ao pagamento de quantia certa, a ser adimplida pelo regime de precatório, definido pelo art. 100 da Constituição Federal.

Nos termos do § 1º do art. 100, as sentenças transitadas em julgado constantes de precatórios apresentados até 1º de julho deverão ser pagas até o final do exercício seguinte. Durante esse intervalo, não incidem juros moratórios, pois, no entender do STF, não há inadimplemento por parte dos entes públicos, os quais apenas estão exercendo uma faculdade que a Constituição lhes outorga para racionalizar os pagamentos.

Como se vê, o posicionamento vinculante da suprema corte afeta os processos de interesse dos entes federativos, impactando sobremaneira as finanças públicas e, como consequência, a vida de toda a comunidade.

SÚMULA VINCULANTE 25 (16.12.2009): é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

A Magna Carta de 1988 estabeleceu duas formas de prisão civil: a do devedor de alimentos e a do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII). O depositário infiel representa a figura incumbida judicialmente ou contratualmente de zelar por um bem, que não cumpre seu mister e deixa de apresentá-lo quando requisitado, ou não apresenta o equivalente em dinheiro.

Esta súmula encerrou as questões e decisões que se posicionavam de maneira diversa, vinculando a administração pública e judiciária.

Durante muito tempo se debateu acerca da possibilidade ou não da prisão de um cidadão por ser considerado um depositário infiel. Desde a Emenda Constitucional nº 45, a prisão civil do depositário infiel mostra-se inconstitucional, pois os tratados internacionais receberam status de emendas à Constituição quando tratam de direitos humanos e o Brasil for signatário.

Os direitos fundamentais devem ser preservados com primazia na Constituição, sendo que a tutela jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que era sujeito a qualquer coisa.

Assim, o entendimento do enunciado da Súmula Vinculante nº 25 pôs fim a inúmeras discussões judiciais que envolviam o pedido de prisão de depositário infiel, consagrando o fundamento básico do Estado Democrático de

Direito, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana, como instrumento realizador do ideal de uma sociedade humanitária, justa e solidária.

SÚMULA VINCULANTE 37 (16.10.2014): não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal neste tema visou a consagrar o princípio da separação dos poderes, assentando que o Poder Judiciário não deve exercer funções típicas do Poder Legislativo.

Com efeito, o artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea 'a', determina que é de iniciativa privativa do presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

Tendo em vista o chamado princípio da simetria, a mesma previsão é aplicável aos chefes do Poder Executivo dos demais entes da Federação. Assim, o aumento de vencimentos dos servidores públicos depende de lei própria, que não pode ser substituída por decisão judicial.

A jurisdição tem o importante papel de interpretar e aplicar, nos casos submetidos a julgamento, as normas jurídicas existentes, não cabendo ao juiz criar normas jurídicas, mas interpretá-las e aplicá-las, para que a pacificação social seja concretizada segundo o disposto previamente nas leis e na Constituição, as quais são aprovadas, legitimamente, pelos representantes do povo. Portanto, conclui-se que a súmula vinculante em tela representa a escolha do STF de evitar controvérsias que possam gerar conflitos entre os poderes, consagrando o princípio da separação entre eles.

SÚMULA VINCULANTE 43 (8.4.2015): é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

A conclusão da presente súmula vinculante já era prevista na súmula 685 do STF (de 24/09/2003), que tem a mesma redação.

Ela encerrou discussão que era constante nos processos envolvendo servidores públicos proibindo a chamada ascensão funcional (também conhecida como acesso ou transposição).

A ascensão funcional é a progressão funcional do servidor público entre cargos de carreiras distintas, ocorrendo quando é promovido para um cargo melhor, sendo este, no entanto, integrante de uma carreira diferente. Ocorria com frequência anteriormente à CRFB/88, pois somente se exigia o concurso público para o ato da primeira investidura. Agora, consagra-se o princípio do concurso público, evitando-se manobras políticas com o intuito de “acertar” a posição funcional de servidores que não lograram êxito em superar as provas do cargo que almejam “elevarem-se”.

Em suma, todos os pronunciamentos da Suprema Corte que se transformaram em súmulas vinculantes foram importantes no intento de consagrar o princípio da isonomia e, como consequência, também, tornar o acesso mais efetivo ao judiciário, sobretudo pelo caráter vinculante que há.

Assim, para fins didáticos, foram aprofundados alguns dos temas que geravam e ainda geram um número elevado de demandas judiciais, cujas súmulas vinculantes vieram para arrebatar a discussão e promover a consagração do acesso sustentável à jurisdição, haja vista a vinculação das instâncias dita inferiores.

Da mesma forma ocorre com os temas objeto de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os quais afetam a tramitação de todos os processos que cuidam do mesmo assunto nas instâncias inferiores e cuja decisão pode pôr fim imediato à controvérsia imersa nas lides sobrestadas. Veja-se o seguinte quadro que elencou algumas das principais matérias tratadas na Corte da Cidadania, as quais, após decididas, contribuirão de maneira decisiva para o melhoramento do fluxo de processos no âmbito do judiciário. Dividiu-se o

quadro em três colunas entre o tema, o assunto objeto de discussão e o caso paradigma²³⁰:

<u>TEMA</u>	<u>ASSUNTO</u>	<u>LEADING CASE</u>
98 - Processo Civil/Medicamentos	Possibilidade de ser imposta a multa a que alude o art. 461 do CPC, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, imposta ao ente estatal	REsp 1474665/RS
296 – Precatório	Inviabilidade da expedição de precatório complementar para o pagamento de juros de mora decorrentes do período entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório original, desde que realizado no prazo estabelecido no art. 100, §1º, da Constituição Federal	REsp 933081/TRF2
369 - Correção monetária	Índices de correção monetária aplicáveis aos depósitos judiciais	REsp 1131360/TRF2
379 - Prazo recursal	Termo inicial para contagem do prazo recursal quando a intimação é feita por oficial de justiça ou por carta de ordem, precatória ou rogatória	REsp 1150159/TRF3
587 - Honorários em embargos à execução	Possibilidade ou não de cumulação da verba honorária fixada nos embargos à	REsp 1520710/TRF4

²³⁰ Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> e <<http://server10.pge.sc.gov.br/>>. Acesso em 8 nov. 2015.

	execução com aquela arbitrada na própria execução contra a fazenda pública	
719 - Ação rescisória	Cabimento de ação rescisória para discutir verba honorária exorbitante ou irrisória fixada pela sentença/acórdão	REsp 1388768/RJ
880 – Prescrição	O prazo prescricional de execução de sentença em caso de demora no fornecimento de documentação requerida ao ente público	REsp 1336026/TRF5
889 - Execução de sentença	Exequibilidade de sentenças não condenatórias, seja quando figura como exequente o autor do processo de conhecimento, seja quando for o réu	REsp 1324152/SP
905 - Juros moratórios	Aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9494/97 às condenações impostas à fazenda pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora	REsp 1492221/TRF4
911 – Magistério	Definição se os artigos 2º, §1º e 6º, da lei n. 11.738/08 autorizam a automática repercussão do piso salarial profissional nacional às classes e níveis mais elevados	REsp 1426210/RS

	da carreira	
914 - Abono de permanência	Possibilidade de incidência do abono de permanência em serviço (art. 7º da lei 10.887/2004) na base de cálculo da licença-prêmio não gozada convertida em pecúnia	REsp 1489267/TRF4

As decisões (a serem) proferidas em processos afetados ao rito dos recursos repetitivos terão o poder de influenciar dezenas, centenas, milhares e até milhões de processos que aguardam na origem o acórdão paradigma para que tenham seus destinos traçados.

Portanto, a escolha dos temas é de vital importância para uma gestão efetiva do Poder Judiciário, no intento de consagrar o princípio da Efetividade da prestação jurisdicional, propiciando uma razoável duração do processo e a consagração do princípio da isonomia além, consequentemente, de ensejar o tão almejado acesso material sustentável à justiça.

Prosseguindo, o quadro a seguir seleciona alguns temas elencados como de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na seara de medicamentos, responsabilidade civil, servidores públicos e concurso público²³¹, cujas decisões no futuro abarcarão inúmeros casos idênticos que tramitam em todo o Brasil:

<u>TEMA</u>	<u>ASSUNTO</u>	<u>LEADING CASE</u>
006 – Medicamentos	Dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.	RE n. 566471/RN
262 – Medicamentos	Legitimidade do Ministério	RE n. 605533/MG

²³¹ Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> e <<http://server10.pge.sc.gov.br/>>. Acesso em 8 nov. 2015.

	Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças.	
289 – Medicamentos	Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.	RE n. 605533/MG
309 - Improbidade Administrativa	Alcance das sanções impostas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal aos condenados por improbidade administrativa.	RE n. 656558/SP
362 - Responsabilidade Civil	Responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido.	RE n. 608880/MT
576 - Improbidade Administrativa	Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei n. 8.429/92.	ARE n. 683235/PA
666 - Dano ao erário	Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.	RE n. 669069/MG
847 - Defensoria Pública - Separação dos Poderes	Definição dos limites à atuação do Poder Judiciário quanto ao preenchimento de cargo de defensor público em localidades desamparadas	RE 887671/CE
377 - Teto remuneratório	Incidência do teto remuneratório no caso de	RE n. 612975/MT

	acumulação de cargos públicos.	
384 - Teto Remuneratório	Incidência do Teto Remuneratório a servidores já ocupantes de dois cargos públicos antes da vigência da Emenda Constitucional 41/2003.	RE n. 602043/MT
531 – Greve	Desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em virtude de greve.	RE n. 693456/RJ
544 – Greve	Competência para julgamento de abusividade de greve de servidores públicos celetistas.	RE n. 846854/SP
551 - Servidores temporários	Extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público	ARE n. 646000/MG
667 - Estrutura de carreira	Legitimidade da reestruturação de quadro funcional por meio de aglutinação, em uma única carreira, de cargos anteriormente providos em carreiras diferenciadas, sem observância do concurso público.	RE n. 642895/SC
683 – Nomeação	Reconhecimento de direito à	RE n. 766304/RS

	nomeação de candidato preterido, quando ajuizada a ação após o prazo de validade do concurso.	
698 - Separação dos Poderes - Atividade administrativa	Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.	RE n. 684612/RJ
784 – Nomeação	Direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.	RE n. 837311/PI

Os assuntos permeiam discussões que se proliferam de maneira gradativa no Poder Judiciário. Assim, a escolha dos temas e as efetivas decisões da corte suprema, com o encerramento das polêmicas, trarão benefícios enormes não só aos jurisdicionados, mas, sobretudo, à própria organização e gestão do judiciário, cuja estrutura pesada exige esforços conjuntos e medidas eficazes para tornar efetivo e responsável o seu acesso; como corolário, também efetiva será a prestação.

Portanto, como se pode notar dos exemplos acima expostos, a escolha de temas e demandas repetitivas representativas de controvérsia, bem como a expedição de súmulas vinculantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do

Superior Tribunal de Justiça, tem por finalidade a aplicação, na prática, das leis que tratam da repercussão geral, dos recursos repetitivos e das citadas súmulas de teor vinculativo, dando cabo a diversas demandas que tratam do mesmo assunto em todo o território nacional, demonstrando engajamento no tema da Sustentabilidade do acesso à justiça e, consequentemente, da prestação jurisdicional, além de retratar cunho nitidamente utilitarista, sobretudo no intento de proporcionar Bem-estar aos jurisdicionados, consagrando-se os princípios da celeridade, Efetividade e isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tópico em tela abará um resumo de todas as conclusões realizadas no corpo de cada capítulo.

Se nada de muito errado ocorrer nas próximas décadas e séculos, a grande maioria das pessoas que habitará este planeta ainda está por nascer. As decisões tomadas na contemporaneidade afetarão de maneira peremptória a futura geração. Tal cenário nos traz reflexão acerca das nossas ações e enseja aprofundamento sob a ótica utilitarista.

O Utilitarismo não se restringe a quantificações ou qualificações, mas é uma teoria filosófica que recupera o sentido da prudência, moderando as características modernas da sociedade que deve ser compreendida de forma holística²³² dentro do plano social cartesiano.

Cuida-se, assim, de eficaz modo de recuperação da confiança na mente humana, confortada pela moralidade e pelos procedimentos da avançada ciência que expressa concomitantemente racionalidade, experiência e acertos.

A capacidade de ação utilitarista nos brinda com medidas que reduzem o sofrimento e buscam aconchegar os cidadãos através do sentimento de Bem-estar, prazer e felicidade, ensejado mediante a utilização das dimensões humanista e moral na condução da administração pelos governantes.

Neste trilhar, parece bastante claro que a teoria utilitarista, em seu viés para aplicação à produção do direito e administração da justiça, assegura que a finalidade da ordem e do sistema jurídico é contribuir para o Bem-estar da comunidade, impedindo a adoção de medidas que possam implicar no tolhimento de tal desiderato.

E esse é o grande motivo para sua aplicação. Isso porque não é exagero afirmar que o acesso à justiça, após a consolidação da Constituição de 1988 e a estabilização do uso da informática no seio do Poder Judiciário, atingiu

²³² No sentido de compreender o todo, conforme CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2012.

um patamar de inequívoca insustentabilidade, que exige imediata quebra de paradigma, pois uma crise do acesso à justiça é mais grave do que pode parecer: retrata a falência dos próprios direitos e garantias materiais!

Ora, de nada adianta um direito constitucional intocável e indiscutível de acesso ao Poder Judiciário, se não há garantia de um julgamento qualificado, rápido e, sobretudo, com segurança jurídica.

O ideal utilitarista, em termos vistos nos capítulos precedentes, induz ao caminho sugerido pela Sustentabilidade – uma quebra de paradigmas²³³! Tal qual a degradação do meio ambiente tem levado à tomada de consciência da verdadeira relação entre o homem e o seu meio, a insustentabilidade do acesso à justiça (mormente no enfoque da efetiva resposta emanada do Estado juiz) deve trazer a consciência da sua finitude, bem como da necessidade de respostas eficazes e seguras na prestação jurisdicional.

Assim como a utilização descuidada e predatória do meio ambiente pode levar à destruição do planeta – mesmo sem dolo ou maldade – a mesma postura quanto ao Poder Judiciário pode trazer a sua destruição e, com ele, a ruína do próprio sistema jurídico democrático. Como consequência, perece o Estado.

É bastante evidente que nada adianta o direito de exigir do Poder Judiciário uma resposta para o conflito, se tal não advier de modo efetivo e tempestivo. Ou seja, deve-se garantir meios para que haja uma prestação jurisdicional célere, tempestiva, justa, efetiva, segura, eficiente e proferida por seu Juiz natural, após este dedicar tempo qualificado ao estudo do caso.

Apenas desta forma teremos uma Justiça Sustentável, bastante em si e efetivamente garantidora dos direitos e prerrogativas constitucionais de cada cidadão.

A propósito, um dos princípios garantidores dos direitos fundamentais, inclusive expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal, é o que

²³³ Conforme entendimento exposto em FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**.

determina a eficiência, cujos preceitos influenciam não só as decisões judiciais, mas, inclusive, o legislador ordinário, como facilmente se percebe ante a criação das cláusulas de barreira, até mesmo no âmbito recursal.

Aliado a tal princípio, tem-se o da razoável duração do processo. Guilherme Azem ensina que, para o STF, duração razoável significa o tempo adequado para o correto estudo, maturação e implantação das questões que lhe são postas em exame, permitindo uma melhora na qualidade dos julgados²³⁴.

Neste contexto, tem-se que a legislação, mormente no âmbito processual, possui papel decisivo no auxílio à criação de uma Justiça Sustentável, aí vista em amplo sentido, e não apenas no âmbito do Judiciário.

E a influência utilitarista é nítida. A criação legislativa dos institutos da repercussão geral, afetação de recursos repetitivos, julgamento preliminar de improcedência, além da idealização da súmula vinculante, possui o inequívoco cunho de abreviar demandas que se repetem, moldando-se a atuação dos juízes a ensejar segurança jurídica, respeito à isonomia e aplicação do princípio da eficiência.

Ou seja, aproveitam-se ao máximo os atos praticados no curso processual, tendo como resultado um menor tempo de duração dos feitos, os quais são diretamente influenciados pelas decisões em caráter macro tomadas pelos agentes judiciais.

Assim, a escolha dos temas a serem enfrentados na ritualística de recursos repetitivos e a efetiva decisão com o encerramento da polêmica, bem como a expedição de súmulas vinculantes, trarão benefícios enormes não só aos jurisdicionados, mas, sobretudo, à própria organização e gestão do judiciário, cuja estrutura pesada exige esforços conjuntos e medidas eficazes para tornar efetivo e responsável o seu acesso e a consequente prestação.

²³⁴ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. pp. 30-31.

Portanto, como se pode notar inclusive dos exemplos expostos no capítulo 3, a atuação do legislador na busca da abreviação do processo, sem olvidar a segurança jurídica, tem provocado especialmente nas cortes superiores a aplicação, na prática, das leis que tratam da repercussão geral, dos recursos repetitivos e das citadas súmulas de teor vinculativo, demonstrando engajamento no tema da Sustentabilidade do acesso à justiça e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional, proporcionando, como corolário direto, Bem-estar aos jurisdicionados.

Inclusive, tais mecanismos de controle e resposta realizam a ideia do acesso “adequado” à justiça – e não acesso quase universal e ilimitado. Cuida-se de ferramenta de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, refletindo na atuação do judiciário e contribuindo para o desenvolvimento da ordem jurídica, com a apreciação célere e segura dos processos, além de garantir segurança jurídica aos cidadãos. Eis o caminho para a Justiça Sustentável!

Desta forma, a hipótese principal perquirida no presente estudo restou confirmada.

A propósito, para ilustrar este cenário, destaca-se que, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal, dando seguimento à política de priorizar recursos com repercussão geral, analisou 32 Recursos Extraordinários desse tipo, resultando na solução de mais de 28 mil processos em todo o país, os quais estavam sobrestados na origem. Assim, evitou-se a dispersão de entendimentos e garantiu-se uma solução célere e definitiva aos litigantes²³⁵.

Inclusive, o atual presidente da Magna Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu entrevista afirmando que a justiça precisa desatar o nó

²³⁵ Brasil. **Supremo Tribunal Federal.** Notícia disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.aps?idConteudo=307734>>. Acesso em 11 jan. 2016.

górdio da litigiosidade crescente, mediante o encaminhamento de soluções processuais, organizacionais e gerenciais inovadoras²³⁶.

Portanto, fica bastante evidente a influência utilitarista na promulgação de leis e na gestão do judiciário, visando a concretizar o acesso material à jurisdição, pois o melhor resultado é aquele que maximiza a felicidade agregada. Se o máximo de felicidade agregada pode ser alcançado através dessas ações, então elas retratarão o melhor, com vistas a trilhar a tão almejada Justiça Sustentável.

²³⁶ Brasil. **Supremo Tribunal Federal.** Matéria disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304744&tip=UN#>>. Acesso em 10 dez. 2015.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEX, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon pratica**. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho da Universidade de Alicante, Madri, n. 5, p. 139-151, 1998.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago 2012.

ARNAU, Hilari; GUTIÉRREZ, José M^a; NAVARRO, Ginés. **Qué es el utilitarismo?** Barcelona, PPU: 1993.

ASSIS. Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista constitucional e internacional**, v. 77, ano 19, p. 41-61, out.-dez/2011.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 10 jan. 2015.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. (Os pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. (Os pensadores). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia. Posibilidad de un utilitarismo moral**. Barcelona, Editorial Horsori: 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**, 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Brasil. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 14 set. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18 set. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n. 45**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 18 out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. 3. Vol. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CALMON, Eliana. Princípios e garantias constitucionais. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo Jobim. **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2012.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica. Ética e justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2014**: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2014. anual. p. 39. Disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 10 nov. 2014.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado questões processuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

DLTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Icone, 1994.

DUROZOI, G. & ROUSSEL, A. **Dicionário de Filosofia**. Porto: Porto Editora, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Los derechos en serio**. Barcelona, ES: Ariel, 1984.

_____. **Taking rights seriously**. 17. imp. 1999. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

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

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio-ago de 2010, p. 289. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2599/1801>>. Acesso em 10 jan. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista NEJ, Eletrônica, Vol. 17, n. 3, p. 305-326 / set-dez, 2012.** Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. **Políticas de sostenibilidad em la unión europea**. Aula ministrada no Curso de dupla titulação na Universidade de Alicante, na Espanha. Disponível para os alunos em slides na exposição do dia 23 abr. 2015.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 11-34.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Julgamento de causas repetitivas: improcedência prima facie. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; ABELHA, Marcelo (coord.). **A terceira etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de deontologia jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145. p. 2. jul.-set. 1981.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**. Ano 96. vol. 858. abr. 2007.

_____.; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 1998.

_____. **Utilitarismo**. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora. 2005. Título original: *Utilitarianism*.

_____. **Utilitarismo**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora escala. 2007. Título original: *Utilitarianism*.

MONTOSO citado por CAMARGO, César Floriano; CARVALHO, Thomaz Jefferson. Crise do direito liberal positivista e jusnaturalismo: uma leitura jurídica de Alessandro Severino Valler Zenni. **Revista Âmbito Jurídico**. N. 111, Ano XVI, Abril de 2013. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13074&revista_cade_rno=15>. Acesso em 14 jan. 2015.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

NERY JR., Nelson. **Constituição federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 07 nov. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PELUSO, Luis Alberto. A propósito dos fundamentos de uma ética da recompensa. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.). **O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

QUINTON, Anthony. **Utilitarian Ethics**. Londres: Macmillan, 1973.

RAWLS, John. **A Theory of justice**. Cambridge: Belknap Press, 1971.

REALE, Giovanni; ANTISERI, DÁRIO. **História da Filosofia: do romantismo ao empirismo**. São Paulo: Paulus, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia**. São Paulo: Cortez, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Tassyla Queiroga Sousa. A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional. **Revista Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, Ano 2, 2013, n. 11. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_13037_13067.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1975.

STRECK, Lenio Luiz. DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Superior Tribunal de Justiça, 1ª S., RCL 10.252/MG, j. 10.04.2013, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 17.04.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 2 nov. 2015.

_____. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> e <<http://server10.pge.sc.gov.br/>>. Acesso em 8 nov. 2015.

Supremo Tribunal Federal, RG no REsp 566.471/RN, relator Ministro Marco Aurélio, j. 15.11.2007, p. 16. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 out. 2015.

_____. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 8 nov. 2015.

_____. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 7 nov. 2015.

_____. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> e <<http://server10.pge.sc.gov.br/>>. Acesso em 8 nov 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALLE, Gabriel, **Ética e direito**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PASSOS, João Paulo Nery dos. **Ética no direito**. Petrópolis: Vozes, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006**. São paulo: Ed. TR, 2006, vl. 2.

WAMBIER, Teresa arruda Alvim. **A EC 45 e o instituto da repercussão geral**. São Paulo: RT, 2005.

ZYLBERZTAJN, David. **Sustentabilidade e geração de valor: a transição para o século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.