

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXV
n. 82, jul./dez. 2021

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

82



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



REGRA OU EXCEÇÃO: onde reside a justiça?

89

RULE OR EXCEPTION: where does justice lay?

Guilherme Corrêa de Araujo

RESUMO

O objetivo deste artigo é contribuir para o debate entre formalismo e particularismo, tensão que tende a acompanhar o Direito por toda a sua existência. Essa controvérsia, que há muito enriquece o Direito, será trabalhada a partir da contribuição de Frederick Schauer, um adepto do processo de tomada de decisão baseado em regras gerais, bem como iluminada a partir de casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário Federal.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral do Direito; formalismo e particularismo; norma jurídica; abstração e generalidade; equidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to contribute to the debate between Formalism and Particularism, a tension that tends to be with the Law throughout its existence. This controversy, which has long enriched the Law, will be worked from contribution of Frederick Schauer, an adept of the decision-making process based on general rules, as well as illuminated from concrete cases appreciated by the Brazilian Federal Judiciary.

KEYWORDS

Law Theory; formalism and particularism; legal standard; abstraction and generality; equity.

1 INTRODUÇÃO

O Direito apoia sua autoridade científica na crença de que, por meio de uma linguagem técnica, é possível incentivar ou desincentivar determinados comportamentos no meio social, na última hipótese a partir da cominação de uma sanção jurídica. Porém, uma vez que, como regra, referidos comandos devem ser construídos de forma geral e abstrata, para que, de forma isonômica, encampem todas as pessoas e situações a eles submetidos, é possível cogitar de resultados desconectados com a premissa que orientou a criação da norma.

Não por outro motivo, diariamente pessoas têm suas expectativas frustradas pela aplicação de normas jurídicas que, reconhecidamente, revelam-se incapazes de produzir o melhor resultado possível a alguma parcela dos casos a que são aplicáveis. Argumentando com base nessa espécie de consequência inexpugnável da generalidade e abstração inerentes à norma jurídica, muitos daqueles com direitos tolhidos clamam por uma aplicação alternativa, que ponha em relevo as peculiaridades de sua situação individual e excepcione aquela que seria a consequência direta e necessária da aplicação da regra geral.

Além disso, é certo que atualmente reconhece-se que o gênero norma jurídica é composto por espécies, princípios e regras, diferentes em termos de estrutura (o primeiro, vazado em linguagem vaga e moralmente carregada; o segundo, previsto de forma mais concreta e objetiva) e hierarquia normativa (princípios, seja por estarem previstos normalmente nas constituições, seja por inspirarem finalisticamente as regras, têm autoridade de derogá-las). Assim, é possível que uma regra clara não seja utilizada no processo de decisão a pretexto da invocação de um princípio.

No artigo *A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental*¹, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen descrevem, com apoio na analogia de Joshua Greene, o que chamam de desenho ou arquitetura dos sistemas jurídicos contemporâneos, e se ocupam de detalhar como estes afetam o processo de tomada de decisão jurídica. Essa analogia serve, com perfeição, para, pegando emprestado as palavras dos referidos autores, “montar o cenário” deste trabalho.

O Direito, afirma Greene (2013), seria comparável a uma máquina fotográfica. Esta é dotada de modos pré-programados de fotografia (“retrato”, “paisagem”, “esporte”), concebidos por seu fabricante e que garantem, na maior parte dos casos, boas fotos, sem maior esforço ou talento por parte do fotógrafo. Há situações, contudo, em que o fabricante não antecipou, ou ainda que o tenha feito, é lícito ao fotógrafo acreditar que, configurando a máquina com autonomia, o resultado final será melhor do que o originalmente previsto. Para tanto, existe o modo “manual” de fotografia, no qual é possível fazer todos os ajustes por conta própria.

Tal como a máquina fotográfica, o Direito também conta com um mecanismo de operação pré-programado, qual seja, um conjunto de regras claras que dá lastro a um processo de tomada de decisão que, por meio da subsunção silogística, garante, em tese, previsibilidade e segurança jurídica. Por outro lado, é também dotado de uma espécie de “modo manual”, que são os princípios ou *standards* vagos, vazados por meio de uma linguagem moralmente carregada e controvertida².

Não serão exploradas aqui as possibilidades decisórias a

partir do que Struchiner e Hannikainen, no artigo acima, denominam de “teoria do processo dual acerca do julgamento jurídico”, mas problematizada uma questão mais clássica e não menos atual: a possibilidade de um processo decisório que deliberadamente decline de observar, a pretexto da incapacidade da norma jurídica, por sua generalidade e abstração, gerar o melhor resultado possível a uma parcela dos casos em que é aplicável, a normatividade extraída de regras claras e à primeira vista aplicáveis à hipótese em julgamento.

Essa temática, que pode ser enquadrada na discussão, há muito explorada, entre o formalismo e o particularismo, será aqui trabalhada a partir das lições contidas na obra de Frederick Schauer (2003) denominada *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, bem como iluminada a partir da análise de casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário brasileiro, os quais serão revisitados com base nos argumentos extraídos do marco teórico eleito.

A partir dessa revisão bibliográfica e da problematização de casos concretos, o objetivo deste artigo é contribuir para o debate entre o formalismo e o particularismo, tensão que, aparentemente, acompanhará o Direito por toda a sua existência, na medida em que deriva da incapacidade da norma jurídica ser, a um só tempo, geral e abstrata, de um lado, e detalhista e atenta às peculiaridades de cada caso, de outro.

2 EM DEFESA DA GENERALIZAÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO DE FREDERICK SCHAUER

A existência ou não de base estatística e/ou factual para uma generalização é para Schauer (2003, p. 7) a primeira análise necessária, sendo classificada como espúria a que não conta com tal fundamento. O foco do autor são as generalizações dotadas de base estatística ou factual. Portanto, as não-espúrias. As generalizações não universais³ estão incorporadas em nossas mentes e são adotadas mesmo quando temos plena ciência de que há situações particulares que as desafiarão. Um fundamento estatístico, fiel comprovação da presença de certo traço prevalente no grupo analisado, é relevante para o reconhecimento da validade de uma generalização não universal, ainda que referido traço seja aplicável a uma minoria de membros da classe. Ao afirmarmos, como em um dos exemplos trabalhados por Schauer, que bulldogs têm problemas de coluna, estamos generalizando sobre essa específica raça canina, mesmo cientes de que nessa categoria apenas uma minoria de indivíduos poderá ostentar esse traço. Porém, quando comparado às demais raças, fica claro que existe uma maior propensão do Bulldog, por sua específica constituição física, a ter problemas de coluna. Assim, nos alerta o autor que a chave de uma generalização não espúria é a sua dimensão comparativa (Idem, p. 11).

Ao recordar a Frenologia, teoria que defendia a possibilidade de se determinar características da personalidade, como a inclinação do indivíduo para o crime, com base no formato do crânio, Schauer anota que certas generalizações são espúrias pela ausência de nexos entre o traço comum (determinado formato de cabeça) e a generalização que se pretende sustentar (tendência a cometer crimes) (Idem, p. 14). Generalizações espúrias, ou seja, aquelas em que a relação entre o traço *x* e a característica *y* é irrelevante, normalmente são rotuladas como preconceito, que em linguagem comum pode

ser conceituado como a crença insubsistente sobre determinada pessoa originada no só fato de esta pertencer a um grupo, como no exemplo fornecido pelo autor de que “escorpianos têm baixa autoestima” (Idem, p. 15). Mas essa palavra ambígua também serve para descrever a aplicação de uma generalização não-espúria e não-universal quando seu uso é inapropriado. Para o autor, dizer que “gays não têm coragem”, assertiva desprovida de fundamento, é tão preconceituoso quanto afirmar que “ex-condenados são mais propensos a cometer um novo crime”, embora essa última assertiva seja verdade para um relevante número de casos (Idem, p. 16). O mesmo se pode afirmar com relação à palavra *estereótipo*, cujo uso parece errado haja ou não fundamento para a generalização a que se vincula, uma vez que por premissa ela comporta exceções (Idem, p. 17). A ambiguidade conceitual, empírica e moral destes termos sugere a existência de um problema que necessita de análise (Idem, p. 17-18).

Um exemplo recente dessa controvérsia diz respeito à constitucionalidade das normas editadas pelo Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que restringem a doação de sangue por parte de homens que se relacionam sexualmente com outros homens, tema discutido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543⁴. Conforme se extrai da manifestação protocolizada pela ANVISA⁵, a RDC n. 34, de 11 de junho de 2014, define os requisitos sanitários para o funcionamento e licenciamento dos serviços de hemoterapia mediante adoção de Boas Práticas no Ciclo do Sangue, visando à garantia de produtos e serviços seguros e de qualidade. Ela impõe que candidatos à doação de sangue sejam triados por profissionais de saúde, ocasião em que são avaliados diversos critérios, dentre os quais as experiências sexuais acrescidas de risco que os doadores possam estar envolvidos. Anota que mesmo apresentando-se assintomáticos no momento da triagem clínica, estes doadores possuem um potencial relevante para portarem doenças infecciosas transmissíveis pelo sangue, o que, aliado à possibilidade de um resultado laboratorial negativo mesmo para os efetivamente portadores do patógeno transmissor, implica risco ao receptor do sangue. Especificamente quanto à discussão judicial no âmbito do STF, a norma define como “experiências sexuais acrescidas de risco” “a relação sexual entre homens”, e assim considera homens que têm relações com outros homens inaptos para doação de sangue por um período de doze meses após a última relação sexual dita de risco.

Trata-se de uma generalização não espúria⁶, mas claramente não universal, sobre como homens assumem riscos ao se relacionarem sexualmente, o que pode dar base tanto a alegações de preconceito quanto de estereotipagem. Ainda que se admita que a decisão administrativa seja lastreada em evidências científicas, não há como negar que a restrição é, ao mesmo tempo, infrainclusiva (pois não se aplica a homens que, mesmo se relacionando com mulheres, participam de experiências sexuais de risco) e sobreinclusiva (no ponto em que obsta a doação de sangue por homens que, a despeito de se relacionarem com outros homens, adotam todas as cautelas disponíveis para reduzir ao máximo qualquer risco em suas experiências sexuais).

A preocupação em compreender o uso adequado de generalizações não universais lastreadas em estatísticas, tal como a acima referida, é a tônica da obra de Schauer, sendo que uma das primeiras questões enfrentadas é se o particularismo é ou não um impe-

rativo moral (Idem, p. 19). Com efeito, tomar decisões com base nas peculiaridades de eventos ou de pessoas, em vez de fazê-lo com base nas características do grupo ou classe que tais pessoas pertencem, seria algo tido como um imperativo moral para autores como Onora O’Neill, Thomas Hardy e William Blake, dentre muitos outros (Idem, p. 20). Para eles, o máximo de particularismo denota justiça e sabedoria, ao passo que a crença em categorias não particulares ou princípios seria, na melhor hipótese, um mal necessário e, na pior, uma injustiça ou uma demonstração de estupidez⁷. Para Schauer, porém, a generalização pode ser ao mesmo tempo inevitável e desejável (Idem, p. 21). Ponderando que as características particulares de um evento ou processo de decisão são descritas como inseridas no contexto de tal evento ou decisão, Schauer defende a adoção de um processo não contextual de decisão, que deliberadamente ignore as peculiaridades de eventos e pessoas, ainda que relevantes para a decisão a ser tomada (Idem), e deixa claro que implícito na defesa da generalização está a defesa do erro, o que, registra, é uma tarefa formidável e, por vezes, pouco sábia (Idem, p. 23). A generalização seria um mecanismo cuja adoção importa admitir que erros serão praticados ao longo do caminho, mas que tais erros ocorrerão em menor quantidade se comparado com um processo de decisão mais preocupado com as particularidades do caso concreto (Ibidem).

[...] o gênero norma jurídica é composto por espécies, princípios e regras, diferentes em termos de estrutura (o primeiro, vazado em linguagem vaga e moralmente carregada; o segundo, previsto de forma mais concreta e objetiva) e hierarquia normativa [...]

Schauer recorda que, em Roma, a ideia da correção dos erros inerentes à aplicação de uma norma geral em determinados casos concretos foi desenvolvida por comentadores, em especial por Cícero, cuja influência resultou na introdução da *aequitas* no Direito Romano, que por ser tão formal e preciso necessitava de um mecanismo para suavizar sua rigidez. Esse mecanismo foi institucionalizado por meio de uma jurisdição extraordinária dos pretores, com base na qual eles tinham o poder de corrigir iniquidades e equívocos morais originados da aplicação rígida do *ius civile*, tanto para casos não previstos na legislação como para aqueles em que o resultado de sua aplicação provocaria injustiça (Idem, p. 48/49). Similar ideia informou o desenvolvimento da equidade no Direito inglês. Começando no século XIII e seguindo até o XVI, o *Chancellor*, Chefe de Ministros do Rei, exercia o poder de prover remédios não disponíveis no sistema legal (Idem, p. 49). Originalmente, esse poder decorria da incompletude da legislação, que simplesmente não cobria vários domínios passíveis de gerar controvérsias, mas em determinado momento passou-se a admitir o uso da equidade não apenas para integrar, mas também para corrigir a lei. Essa jurisdição foi posteriormente institucionalizada com a criação da *Court of Chancery*, o que curiosamente provocou um decréscimo de emprego da equidade, na medida em que suas decisões passaram a compor um corpo normativo passível de ser utilizada na solução dos casos pela jurisdição ordinária (Idem, p. 50).

Nesse momento de robustez normativa, passa a ser difícil sustentar que um determinado indivíduo, a partir de seu senso particular de justiça, o qual pode fundamentar um vasto número de possíveis e distintos resultados, fosse autorizado a não aplicar uma norma validamente instituída (Idem, p. 51).

O ponto principal que a memória à equidade, *aequitas* ou cortes inglesas antes referidas ajuda a enfrentar, é o de que há tanta discricionariedade exercitável na integração/correção da lei que, na prática, tal mecanismo tende a ocasionar mais erros a partir da variabilidade interpretativa do que seria lícito admitir (Idem, p. 53). Em outras palavras, a tentativa de correção de todos os erros inerentes à generalidade da lei necessariamente provocará outros, estes impossíveis de previamente identificar ou mensurar, a partir do emprego de uma discricionariedade muitas vezes desconectada de compromissos epistêmicos (Ibidem). Podendo decidir cada caso como lhe aprouver, o juiz passa a pautar-se apenas por seus próprios sentimentos de justiça, utilizando-os para a solução de casos concretos que, em maior ou menor grau, destoam daquilo que, para o magistrado, seria a justificativa subjacente à norma (Idem, p. 53/54).

Para reforçar o argumento, Schauer discute a sabedoria da decisão atribuída ao Rei Salomão no caso das duas mães que disputavam uma criança (Idem, p. 262/263). Vincando que embora tal personagem bíblico seja normalmente considerado um juiz sábio, não há nada na conhecida história que sugira a existência de regras prévias e aplicáveis ao caso, como uma que dissesse que, em havendo uma disputa daquela natureza, a criança devesse ficar com a mulher mais velha ou a mais rica, por exemplo (Idem, p. 263). Portanto, mais do que aplicar uma norma, papel típico do juiz, o Rei Salomão criou uma regra a partir da qual concluiu que a mulher que não concorda em dividir uma criança em duas partes é, efetivamente, a sua mãe. Porém, caso houvesse, naquele reino, uma regra válida e aplicável à disputa, fosse ela qual fosse, e caso o Rei Salomão tivesse preferido ignorar a regra e exercer sua discricionariedade decisória, pergunta Schauer se ainda assim seria ele reconhecido como um juiz sábio (Idem, p. 264). Afirma ser óbvio que o exercício sábio da discricionariedade é melhor do que o estúpido, mas isso está longe de significar que a discricionariedade absoluta é melhor do que a existência de limites legais a seu exercício (Ibidem).

No ponto, para além do debate ideológico que opõe discricionariedade, sabedoria e particularismo, de um lado, e regularidade e uniformidade, de outro, Schauer aponta que o Direito é um veículo de estabilidade social, e por isso suas principais ferramentas – regras prescritivas vazadas em normas gerais, dever de observância de precedentes, ônus judicial de fundamentação das decisões, autoridade das fontes de Direito – repousam em generalizações, pois é o socorro a categorias gerais que permite estabilidade (Idem, p. 265/266).

3 NO MEIO DO CAMINHO HAVIA UM HALLUX VALGUS

Sintetizados os argumentos empregados por Schauer para defesa de um processo decisório fundado em regras gerais, que deliberadamente exclua o exame das particularidades, ainda que relevantes, passar-se-á ao exame de casos concretos em que a tensão entre formalismo e particularismo fica evidente.

Os casos foram escolhidos a partir de sua contemporanei-

dade, relevância e alcance social das discussões, as quais podem ensejar um vasto número de provocações ao Poder Judiciário com base na mesma temática original. Dizem respeito a critérios de seleção empregados em concursos públicos no Brasil. Ainda que as cortes nacionais tenham firmado a compreensão de que, como regra, não cabe ao Poder Judiciário substituir a autoridade administrativa na fixação de critérios e requisitos para a seleção de agentes públicos⁸, aí incluído o rol de patologias que, se identificadas, eliminam os candidatos por serem incompatíveis com as tarefas do cargo, há muita controvérsia sobre o efetivo alcance e aplicabilidade de tais normas.

Editais de concursos para o cargo de Agente dos Correios – Distribuição/Coleta, popularmente conhecido como carteiro, promovidos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por exemplo, deixam claro quais as patologias que, se verificadas na inspeção de saúde, etapa obrigatória do certame, ocasionarão a eliminação do candidato. Dentre essas está o chamado *hallux valgus*, popularmente conhecido como joanete, alteração anatômica cuja ... *principal característica é a formação de uma saliência óssea na articulação metatarsofalângica do hálux, ou seja, na base do primeiro metatarso (osso longo que liga os dedos à parte central dos pés). Ela ocorre quando o dedo (ou hálux, de acordo com a nomenclatura médica) sofre um desvio lateral na direção do segundo dedo.*⁹

Carteiros têm uma rotina de trabalho que demanda andar literalmente de porta em porta, sob sol ou chuva, para entrega de um respeitável volume de correspondências. Para que se tenha uma noção das dificuldades de tal rotina, cabe referir que o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, atendendo a uma ação movida pelo Ministério Público do Trabalho, determinou que a ECT limite, em todo o território nacional, o percurso e peso transportado por seus funcionários. De acordo com a decisão proferida pela Quinta Turma daquele Sodalício¹⁰ a ECT foi condenada a se abster:

[...] de submeter os carteiros a percursos diários, elevando, porém, de sete para oito quilômetros por dia, em média máxima a ser observada dentro da duração de cada mês, observado o limite de peso transportado, de dez quilogramas para o homem ou oito quilogramas para a mulher.

Sabendo-se, pois, que é inerente ao cargo de carteiro uma rotina de trabalho que incorpora longas caminhadas e o transporte de peso, compreende-se sem maiores dificuldades a razão da previsão editalícia que determina a eliminação de candidatos que ostentem *hallux valgus*. É que tal patologia dificulta a locomoção, pois ... *altera a pisada pela dor que causa ou pela própria destruturação que o pé adquire com o impacto e o uso de sapatos*¹¹.

Contudo, é lícito considerar que nem toda saliência óssea na articulação metatarsofalângica do hálux ocasionará efetivo prejuízo à deambulação, embora essa seja uma generalização estatística e faticamente demonstrável para uma parcela considerável das pessoas que ostentem esse traço peculiar de formação corporal. Por outro lado, há potenciais variações no tamanho do joanete e no correspondente impacto na ação de caminhar, sendo absolutamente lícito reconhecer que, em caso

de pequenas deformidades, o traço, embora presente, não gerará, ao menos de forma severa, a consequência a que é geralmente associado. Assim, sempre haverá aqueles que, a despeito da presença do joanete, poderão caminhar, correr ou mesmo praticar esportes sem maiores limitações, no mínimo até que o problema se manifeste de forma aguda.

Associado à existência de situações particulares em que a aplicação da norma poderá resultar em injustiça, como no caso em que o joanete, embora presente, ainda é mínimo, está o fato de que somente chega à inspeção de saúde o candidato previamente aprovado na prova escrita no certame. Em outras palavras, a injustiça na aplicação da norma geral sem considerações sobre as particularidades do caso concreto parece aumentar na medida em que obsta a contratação de pessoas que já demonstraram aptidão intelectual para o cargo, superando, por mérito e esforço pessoal únicos, os demais candidatos submetidos à mesma rotina de testes. Por esses e outros motivos, candidatos eliminados em concursos para carteiro no exame admissional batem à porta do Poder Judiciário na tentativa de reverter a exclusão.

Visando ilustrar a discussão, foram escolhidos dois casos concretos, ambos julgados pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), em que o tema foi objeto de debate¹².

Nos dois casos a patologia prevista no edital foi efetivamente identificada nos autores das causas, o que é relevante para a análise desenvolvida, pois a inexistência da condição editalícia torna a solução da questão muito mais simples. De fato, se o perito judicial constata que a parte autora simplesmente não ostenta qualquer saliência óssea no hálux, a eliminação do concurso perde fundamento, bastando, para sua revisão, invocar a regra que impõe a vinculação da administração pública ao edital. Porém, quando o perito judicial afirma ter constatado a patologia, a discussão é sobre se ao Poder Judiciário é lícito deixar de aplicar a norma geral e, com fundamento na peculiaridade da situação concreta, reputar não haver conexão entre o traço e a consequência que se busca evitar, ou, ao contrário, se deve zelar pela observância isonômica da regra geral, tenha ou não o candidato, na data da admissão, efetivo problema de deambulação que comprometa o exercício das funções do cargo.

Como se conclui pela leitura das ementas, os dois casos, julgados pelo mesmo órgão fracionário do TRF1 em um intervalo de poucos meses, tiveram conclusões diametralmente opostas: enquanto no primeiro (Apelação Cível 00079954420104013300) os julgadores formaram convencimento com base em laudo pericial que alerta que *admitir nos quadros pessoa já portadora destas condições é incorrer em erro grave, uma vez que sabidamente o indivíduo passará a cursar com pé doloroso, faltando seguidas vezes ao serviço, podendo, inclusive, vir a solicitar auxílio-doença e afastamento de serviço temporário*, no segundo (Apelação Cível 00016665420134013803) foi invocada "jurisprudência" que considera *ilegal a pretensão de impedir a posse de candidato no cargo para o qual lograra aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença que possui*.

Conforme observado, em ambos os casos os eliminados tiveram a patologia eleita pelos editais como incapacitante efetivamente identificada por um perito oficial. Com efeito, extrai-se dos

julgados que no primeiro caso o perito afirmou que *as patologias são de grau leve e moderado, não havendo demonstração de sua potencial prejudicialidade ao exercício do cargo*, ao passo que no segundo o *expert* pontificou que *por estar assintomático, não há impedimento atual à contratação do autor pela ECT*.

A justificativa para a regra editalícia funda-se na constatação de que portadores de *hallux valgus* geralmente apresentam problemas de deambulação. Possível, pois, afirmar que há base empírica que validamente conecte o traço (portar *hallux valgus*) à consequência que se busca evitar (contratar profissional que, mais cedo ou mais tarde, terá comprometida sua capacidade de bem cumprir as tarefas do cargo). Porém, não é menos certo que existem variações importantes tanto no tamanho quanto no estágio atual da alteração óssea, de forma que é lícito reconhecer que nem todos os que ostentam o traço têm efetivo e atual impedimento ao exercício das funções de carteiro.

Por outro lado, a ECT, em razão do monopólio postal vigente no País¹³, é praticamente a única sociedade brasileira que contrata pessoas para o cargo de carteiro. Conta, pois, com inegável expertise no gerenciamento de profissionais que cumprem as rotinas inerentes a tal cargo, a partir da qual compreendeu ser relevante não contratar portadores de *hallux valgus*, na medida em que tal situação clínica é real ou pelo menos potencialmente obstativa à regular prestação de serviços.

Diante dos fatos, vê-se que a discussão sobre se ao Poder Judiciário é lícito infirmar a opção administrativa e reconhecer, como se viu em um dos casos em análise, que o só fato da doença ainda não ter eclodido seria motivo suficiente para impor a contratação, versa, no limite, sobre a justiça de se adotar uma generalização não universal, mas empiricamente fundamentada, que obste toda uma classe de pessoas de acessar determinada carreira pública.

[...] tensão que, aparentemente, acompanhará o Direito por toda a sua existência, na medida em que deriva da incapacidade da norma jurídica ser, a um só tempo, geral e abstrata, de um lado, e detalhista e atenta às peculiaridades de cada caso, de outro.

Isolado o argumento de que os eliminados, por terem anteriormente logrado êxito nas provas escritas, já teriam demonstrado aptidão intelectual para o cargo, além de terem superado um sem número de outros concorrentes apenas com base em seus próprios esforços, a questão cinge-se a averiguar se a presença do traço seria suficiente para validar a aplicação da norma geral, ou, ao contrário, se a justiça somente estaria completa se o eliminado pudesse apelar para a particularidade de seu joanete, na expectativa de demonstrar que a situação individual vivenciada está desconectada da consequência que a norma pretende obstar.

Fosse a hipótese, por exemplo, de o exame médico ser a primeira etapa do certame, o que aqui admite-se para fins de argumentação, pois é evidente que não há justificativa em se despende tempo e recursos examinando clinicamente candidatos que certamente não lograrão êxito na prova escrita, a questão da necessidade de observância à regra editalícia perderia um pouco seu impacto. Embora haja um direito fundamental de

acesso a cargos públicos, a própria Carta Magna prevê que a lei pode restringi-lo considerando as peculiaridades do serviço¹⁴. No caso dos carteiros, parece absolutamente justificável exigir que os profissionais que trabalharão percorrendo longas distâncias e carregando peso não sejam portadores de determinadas patologias que, mais cedo ou mais tarde, constituirão óbices à regular execução dos serviços.

Aliado a isso, é igualmente relevante o fato de a ECT ser uma empresa pública federal, o que dá a seus empregados senão a estabilidade do vínculo, no mínimo o direito de ver motivada sua dispensa¹⁵. Novamente isolado tal argumento, ou seja, admitindo-se que o carteiro, assim como os trabalhadores do setor privado, pudesse ser desligado sem justa causa, o rigor da seleção – e a consequente restrição de direitos de toda uma classe em razão de uma generalização não universal, mas estatisticamente fundamentada – perderia totalmente o sentido. Com efeito, caso a ECT pudesse dispensar, sem justa causa, um empregado apenas pela constatação de insuficiente cumprimento sua jornada de trabalho, seja ele decorrência ou não da eventual apuração, em exame médico periódico, da presença de *hallux valgus*, o rigor na seleção do exame médico admissional talvez não se fizesse tão necessário.

Os dois julgados analisados bem ilustram a controvérsia sobre se o Direito deve estar atento às particularidades ou, como defende Schauer, confiar em previsões gerais, dado o risco de a análise particular e casuística ocasionar, no agregado, mais erros e custos do que seria esperado pela simples e direta aplicação da regra geral.

De fato, a argumentação lançada na Apelação Cível 00016665420134013803, no sentido de que o candidato, “por estar assintomático”, não teria “impedimento atual” ao exercício das atividades, evidencia a opção dos julgadores pelo exame mais particularizado possível do caso, satisfazendo-se com a demonstração de que a situação atual do autor não é obstativa à prestação do serviço no momento da admissão. Porém, ao trilhar tal caminho, o julgador não cogita das consequências futuras desta forma de decidir, pois não há como negar que portadores de *hallux valgus*, enquanto classe, têm maior risco de apresentarem futuro impedimento à prestação do serviço, ainda que, como dito, seja essa uma generalização não universal.

Já a Apelação Cível 00079954420104013300, ao reconhecer que o portador de *hallux valgus*, mais do que a média das pessoas em geral, terá problemas para deambular e comprometimento para a execução das funções de carteiro, parece confiar que a aplicação da regra geral, no agregado, tende a produzir melhor resultado do que a análise casuística. Além disso, prestigia a isonomia, na medida em que não impede que apenas um, dentre todos os candidatos portadores da patologia, seja eliminado do certame.

Em resumo, como Schauer deixa claro em sua obra, isolados os argumentos relevantes, a discussão que resta é sobre a validade da adoção de uma generalização não universal, mas empiricamente fundada, como mecanismo de restrição de direitos de toda uma classe.

4 CONCLUSÃO

Não se pretende afirmar a correção ou não das soluções adotadas nos julgados discutidos anteriormente, mas expor a temática

da tensão entre formalismo e particularismo a partir do fundamento teórico eleito e no contexto dos casos concretos trabalhados.

O propósito maior deste trabalho é ressaltar que, em certa medida, todas as discussões trabalhadas orbitam em torno da validade da adoção de uma generalização não universal, mas estatisticamente fundada, que impõe a integrantes de um grupo ou classe determinada consequência jurídico-normativa, mesmo quando o traço em questão não se faz presente em todos os que integram o grupo ou classe, ou, ainda, que, mesmo admitida a presença do traço, sabe-se que nem todos os indivíduos padecerão, no mínimo em toda a sua extensão, da consequência que a norma pretende evitar com base em sua disciplina.

Conforme nos recorda Schauer, o debate entre formalismo e particularismo, presente desde os trabalhos dos filósofos clássicos, surge da constatação de que a aplicação da norma jurídica, por sua inerente generalidade, ocasionará resultados por vezes desconformes à própria razão que justificou sua edição, como no caso do candidato portador de *hallux valgus* que clama não ter qualquer problema para deambular mas, mesmo assim, se vê impedido de ser contratado pela ECT com base em norma genérica que não prevê qualquer espécie de graduação.

Destaca Schauer que, sempre que possível, uma análise de custo/benefício das alternativas disponíveis deveria orientar o processo decisório, quando em discussão a adoção de critérios gerais ou a opção por análises particularizadas. No ponto, é lícito esperar que o Poder Judiciário manifeste certa deferência às escolhas que órgãos técnicos, presumivelmente dotados de expertise, concretizem em termos de políticas públicas.

Não há como negar, contudo, que o Direito, enquanto veículo de estabilidade social, tem suas principais ferramentas – regras prescritivas vazadas em normas gerais, dever de observância de precedentes, ônus judicial de fundamentação das decisões, autoridade de suas fontes – repousando em generalizações, pois é o socorro a categorias gerais que fomenta duas de suas mais esperadas funções: previsibilidade e segurança jurídica.

NOTAS

- 1 Disponível em: <https://www.academia.edu/27239627/A_insustentável_leveza_do_ser_sobre_arremesso_de_anões_e_o_significado_do_conceito_de_dignidade_da_pessoa_humana_a_partir_de_uma_perspectiva_experimental>. Acesso em 8/4/2019.
- 2 Cf. Struchiner e Hannikainen (*op. cit.*, p. 5): Juizes podem usar regras jurídicas claras para julgar os casos com os quais se deparam, mas enquanto o Direito possuir princípios moralmente carregados, parece que os juizes também estão licenciados a utilizá-los para ativar o modo manual. Logo, princípios funcionam como trunfos que podem desabilitar o modo pré-programado do Direito. Sempre que o juiz estiver lidando com um caso para o qual o arquiteto do Direito não antecipou uma solução e até mesmo quando a solução foi antecipada, mas ao seu ver não parece satisfatória, então ele pode desligar o modo automático invocando um princípio jurídico moralmente carregado. A ideia é a de que, por meio desse desenho, o responsável pela decisão poderá navegar entre a eficiência e a flexibilidade desejadas para o bom funcionamento do Direito.
- 3 A generalização pode ser universal por definição, como na afirmação “todos os solteiros não são casados”, mas a maioria das encontradas e empregadas no dia a dia não o são, sendo aplicáveis, no máximo, à maior parte dos casos, do que resulta a existência de situações em que elas, simplesmente, não se aplicam. Há ainda generalizações que não se aplicam sequer à maioria dos casos, mas ainda assim são aceitas, por adequadamente rotularem membros de uma classe como possuidores de certo traço de forma mais intensa do que outros. Embora dizer que “queijos suíços têm buracos” seja correto para a maioria dos queijos feitos na Suíça, a

- relevância principal da assertiva está no fato de que outros tipos de queijo fabricados no mundo geralmente não têm buracos (SCHAUER, 2003, p. 7).
4. Cujo resultado foi assim proclamado: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020.
 5. Evento 77. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoindicente=4996495>. Acesso em: 20/11/2018.
 6. Em sua manifestação nos autos da ADI 5543, referida na nota anterior, o gerente de sangue, tecidos, células e órgãos da Anvisa afirma existirem estudos científicos no âmbito da Organização Mundial de Saúde – OMS que corroboram a tese de que esse grupo de homens ostenta maior risco de contrair doenças passíveis de transmissão pelo sangue.
 7. Cf. Cass Sunstein (tradução livre): Seria difícil exagerar a importância da controvérsia entre as duas visões. A controvérsia surge em todas as áreas do Direito; muitas vezes envolve liberdades fundamentais. É claro, um entendimento familiar do estado de Direito, como salvaguarda da liberdade, reside em regras gerais estabelecidas antecipadamente; mas o sistema legal americano também valoriza a atenção aos detalhes de cada caso. Em todas as áreas de regulamentação – meio ambiente, segurança e saúde ocupacional, política energética, comunicações, controle do poder de monopólio – é necessário escolher entre regras gerais e decisões caso a caso. Sunstein, Cass R. *Problems with Rules*, 83 Cal. L. Rev. 953, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss4/1>. Acesso em: 17/03/2022.
 8. Cf., dentre outros, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. PREVISÃO EM LEI E NO EDITAL DO CERTAME. EXIGÊNCIA. LEGITIMIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2). 2. É legítima a submissão do candidato a teste de aptidão física, em concurso público, quando a realização do exame está prevista em lei e no edital do certame. 3. Caso em que há previsão em lei estadual e em edital a amparar a realização do referido teste para o cargo almejado pelo agravante. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no RMS 44.559/MA, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 5/2/2019). Destaca-se a seguinte passagem do voto condutor: [...] *eventual incompatibilidade da exigência editalícia do teste físico com o cargo almejado situa-se, em regra, no âmbito da discricionariedade da Administração e, por isso, não pode ser revista pelo Judiciário*.
 9. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/joanete-hallux-valgus-ou-halux-valgo/>. Acesso em: 17/3/2022.
 10. Processo n. 0002433-09.2012.5.15.0003, acórdão publicado em 11/9/2015.
 11. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/eu-atleta/saude/guia/joanete-o-dedo-mais-que-caoa-desconforto-e-dor-no-pe-do-corredor.html>. Acesso em: 17/3/2022.
 12. A ementa do primeiro caso é a seguinte: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AGENTE DOS CORREIOS – DISTRIBUIÇÃO/COLETA. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR INAPTIDÃO. PORTADOR DE PATOLOGIAS PREVISTAS NO EDITAL DO CERTAME. PERÍCIA JUDICIAL MÉDICA. CONFIRMAÇÃO DA INAPTIDÃO DO AUTOR PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO. 1. O autor obteve aprovação no concurso público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Edital 340/2008, para o cargo de Agente dos Correios – Distribuição/Coleta, mas foi considerado inapto para o exercício da atividade em avaliação clínica pré-admissional, por ser portador de esporão dorsal do calcâneo e hálux valgo (ou *hallux valgus*, popularmente conhecido como joanete). 2. A exclusão por inaptidão se deu em conformidade com o item 12.0 do edital, que prevê, de forma expressa, as patologias apresentadas pelo demandante, dentre outras. Não se tem notícia de que o autor haja impugnado o edital, daí se presumindo sua concordância com as regras ali transcritas. 3. A pericial judicial observou que as patologias apresentadas pelo autor não são compatíveis com as caminhadas prolongadas em locais íngremes, inerentes à atividade de carteiro. Se submetidas às condições inapropriadas, em pouco tempo passarão a apresentar dor e dificuldade em deambulação. O laudo é enfático ao afirmar que “admitir nos quadros pessoa já portadora destas condições é incorrer em erro grave, uma vez que sabidamente o indivíduo passará a cursar com pé doloroso, faltando seguidas vezes ao serviço, podendo, inclusive, vir a solicitar auxílio-doença e afastamento de serviço temporário. Age corretamente a EBCT ao incluir em edital não somente estas, mas toda e qualquer doença que possa vir a causar dano ao serviço”. 4. A despeito das conclusões do perito, que indicaram a correção da exclusão do candidato do concurso público, o juízo de origem entendeu que as patologias são de grau leve e moderado, não havendo demonstração de sua potencial prejudicialidade ao exercício do cargo. 5. As conclusões do laudo pericial não podem ser desconsideradas em juízo, pois se trata da análise técnica sobre questão. No caso em exame, há contundente afirmação no sentido de que as patologias do autor são incompatíveis com as atividades inerentes ao cargo de carteiro (Agente dos Correios – Distribuição/Coleta). 6. Apelação da EBCT provida. Pedido improcedente. Ônus da sucumbência invertidos. Suspensa a execução dos honorários advocatícios de sucumbência, uma vez que o autor é beneficiário da Justiça Gratuita.” (Apelação 00079954420104013300, JUÍZA FEDERAL MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA, TRF1 – QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 11/12/2015) Já o segundo caso restou assim ementado: CONCURSO PÚBLICO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. EDITAL 11/2011. CARTEIRO. INAPTIDÃO BASEADA EM FATO HIPOTÉTICO (RISCO DE FUTURO AGRAVAMENTO DE PATOLOGIA). IMPOSSIBILIDADE. APTIDÃO APURADA PELA PERÍCIA. 1. O autor foi considerado inapto para o emprego de carteiro devido a apresentar *hallux valgus* bilateral (joanetes) e pé cavo bilateral (aumento da curvatura do arco interno do pé). 2. Sobre pé cavo, o perito judicial apurou que o autor apresenta “arco plantar medial longitudinal com amplitude dentro da normalidade”, elucidando que a patologia, no caso, não é incapacitante. 3. Relativamente à alteração *hallux valgus*, o perito apurou que o autor apresenta “joanetes do 1º metatarso e interfalângicos, de angulação mais acentuada a direita (20 graus, 20 graus), sem sinais de calosidades ou hiperqueratose”. Esclarece que, pelo potencial evolutivo, pode aumentar a angulação, levando a deformidade progressiva a desalinhamento e deformidade dos outros dedos, com potencial degenerativo e consequentemente, podendo desencadear quadro futuro de artrose e dor, que também tem potencial progressivo. Mas conclui que, por estar assintomático, não há impedimento atual à contratação do autor pela ECT. 4. Na linha da jurisprudência deste Tribunal, é ilegal a pretensão de impedir a posse de candidato no cargo para o qual lograra aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença que possui. O evento futuro e incerto não pode ser invocado como obstáculo ao legítimo exercício do cargo público almejado pelo demandante. O que deve ser considerado no exame pré-admissional é a aptidão atual, a qual restou comprovada pelos atestados médicos exibidos pelo autor (AC 0050879-45.2011.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 6T, DJe 16/5/2014). No mesmo sentido: AC 0006674-83.2011.4.01.3802/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, 5T, DJe 30/11/2015. 5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento. (APELAÇÃO 00016665420134013803, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 – QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 29/2/2016).
 13. CRFB/1988, art. 21, inciso X.
 14. Art. 37, incisos I e II, CRFB/1988.
 15. STF, Plenário, RE 589998, em que restou fiada a seguinte tese: *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados*. O Tribunal vai reexaminar o tema relativo à necessidade de motivação dos atos de dispensa de empregados admitidos em empresas públicas e sociedades de economia mista por concurso, na medida em que reconheceu a existência de repercussão geral no RE 688267 (Relator Ministro Alexandre de Moraes), nos seguintes termos: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE SEUS EMPREGADOS ADMITIDOS APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da necessidade de motivação para a dispensa de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por meio de concurso público. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgInt no RMS 44559/MA.

Relator: Min. Gurgel de Faria, 4 de dezembro de 2018. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). Apelação 00016665420134013803. Relator: Desemb. Fed. João Batista Moreira. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 29 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). Apelação 00079954420104013300. Relatora: Juíza Fed. Maria Cecília de Marco Rocha. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (10. Câmara, 5. Turma). *Recurso Ordinário 00024330920125150003*. Relator: Desemb. Trab. João Alberto Alves Machado, 1º de setembro de 2015.

GREENE, Joshua. *Moral tribes: emotion, reason, and the gap between us and them*. New York: Penguin, 2013.

PAULA, Gabrielle. Joanete: o 'dedo a mais' que causa desconforto e dor no pé do corredor. *Eu Atleta*, Saúde, Rio de Janeiro, [2016?]. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/eu-atleta/saude/guia/joanete-o-dedo-mais-que-causa-desconforto-e-dor-no-pe-do-corredor.html>. Acesso em: 8 abr. 2019.

SCHAUER, Frederick B. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Harvard: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 5*, n. 1, p. 1-25, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>. Acesso em: 8 abr. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*, Berkeley, v. 83, n. 4, p. 953-1026, July 1995. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss4/1>. Acesso em: 8 abr. 2019.

VARELLA, Bruna Maria Helena. Joanete: (hallux valgus ou hálux valgo). *Drauzio*, São Paulo, 3 dez. 2014. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/joanete-hallux-valgus-ou-halux-valgo/>. Acesso em: 8 abr. 2019.

Artigo recebido em 17/3/2022.

Artigo aprovado em 25/4/2022.