



A FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DA DOCTRINA DA INCORPORAÇÃO DO BILL OF RIGHTS

Márcio Alves Figueira¹
Rodrigo Vicente Maia Mendes²

RESUMO

O artigo científico visa esclarecer a fundamentação kantiana da doutrina da incorporação do Bill of Rights. A Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu o Bill of Rights aos Estados. Neste trabalho pretendemos demonstrar a fundamentação kantiana na doutrina da incorporação do Bill of Rights, abordando a corrente filosófica do utilitarismo e do contratualismo. Em primeiro lugar, examinaremos o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos *Gideon v. Wainwright* (1963) e em seguida analisaremos filosoficamente o precedente. Em relação aos procedimentos metodológicos esta pesquisa caracteriza-se como qualitativa e descritiva, uma revisão de literaturas por meio de livros, revistas especializadas e periódicos.

Palavras-Chave: Bill of Rights; Doutrina da Incorporação; Utilitarismo; Contratualismo; Imperativo categórico kantiano.

THE KANTIAN FOUNDATION OF THE BILL OF RIGHTS MERGER DOCTRINE

ABSTRACT

The scientific article aims to clarify the Kantian foundation of the doctrine of incorporation of the Bill of Rights. The United States Supreme Court has extended the Bill of Rights to the states. In this paper we intend to demonstrate the Kantian grounding in the doctrine of incorporation of the Bill of Rights, addressing the philosophical current of utilitarianism and contractualism. First, we will examine the precedent of the United States Supreme Court *Gideon v. Wainwright* and then we will philosophically analyze the precedent. Regarding the methodological procedures this research is characterized as qualitative and descriptive, literature review through books.

Keywords: Bill of rights; Doctrine of Incorporation; Utilitarianism; Contractualism; Kantian categorical imperative.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará, Defensor Público do Estado do Pará. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Amapá/AP em 1999. Especialista pela Anhanguera-Unierp em 2011. Sub-Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Macapá, de 1999 a 2000. Procurador Geral do Estado do Amapá, no ano de 2011. E-mail: df.marcofigueira@gmail.com.

² Defensor Público do Estado do Pará. Graduado em Direito pelo UNICEUB/DF em 2000. Especialista pelo CESUPA/PA em 2009. Atividades Profissionais: Assessor de Desembargador junto ao TJEPA, de 02/02/2007 a 22/11/2011. Procurador Jurídico da Câmara Legislativa /DF, de 2004 a 2006. Procurador Autárquico, de 01/07/2004 a 31/12/2005. Advogado em Brasília, de 2000 a 2007, com atuação nos Tribunais Superiores. E-mail: rodrigovicentemendes@hotmail.com.



A Constituição dos Estados Unidos da América define a organização dos poderes, regula as instituições governamentais e estabelece os direitos e garantias individuais.

A Constituição dos Estados Unidos divide-se em três partes. A primeira é o preâmbulo, cujo conteúdo evoca alguns temas que serão objetos da Constituição. O segundo são os artigos, e representam o corpo da Constituição, formada por apenas 7 (sete) artigos, cujo objeto são a organização dos poderes e as relações entre a União e os Estados. A terceira são as emendas, ao todo vinte e sete, cujo objeto principal são os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

As dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos são conhecidas por Bill of Rights, e compõem um rol de garantias de direitos fundamentais às pessoas, protegendo-as contra a União (FINE, 2011, p. 20).

A Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu o Bill of Rights, também aos Estados, sustentando a sua incorporação por força da cláusula do devido processo legal contida na Décima Quarta Emenda (FINE, 2011, p. 20).

A doutrina da incorporação do Bill of Rights sustenta a sua aplicação contra os Estados e não somente contra União, o fazendo pela incidência da cláusula do devido processo legal contida na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, garantindo um sistema justo de justiça (FINE, 2011, p. 25), cuja fundamentação kantiana lógica e implícita é manifesta.

Todavia, uma premissa básica deste artigo é a naturalização das políticas utilitaristas na distribuição de direitos e a falha parece estar afeita justamente em tal naturalização, e na desconsideração da moderna definição de direitos humanos, cujo fundamento possui uma matriz kantiana (BRITO FILHO, 2015, p. 43).

Então, indagaremos acerca da existência ou não de uma fundamentação kantiana na doutrina da incorporação do Bill of Rights.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a fundamentação kantiana da doutrina da incorporação do Bill of Rights, principalmente pela adoção lógica e implícita do imperativo categórico kantiano (KANT, 1997, p. 50), para definição de um sistema de justiça justo.

A discussão teórica consistirá no debate entre a corrente filosófica utilitarista e a corrente filosófica kantiana.



O método adotado nesta pesquisa foi o bibliográfico, com análise do precedente *Gideon v. Wainwright* (1963) oriundo da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de pesquisa bibliográfica, para alcançar o objetivo pretendido.

Para tanto, examinaremos o precedente *Gideon v. Wainwright* (1963), oriundo da Suprema Corte dos Estados Unidos e em seguida analisaremos filosoficamente o referido precedente, e esclareceremos o debate entre a corrente utilitarista e kantiana implícita no precedente.

Por derradeiro serão discutidos problemas envolvendo a doutrina da incorporação do Bill of Rights, tendo como base precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, concluindo-se com sugestões fruto desta pesquisa e da experiência dos pesquisadores.

2 O PRECEDENTE GIDEON V. WAINWRIGHT (1963)

No caso *Gideon v. Wainwright* (1963), o peticionário era um réu indigente indiciado perante o grand jury³ de um tribunal distrital⁴ do Estado da Flórida por efeito de uma acusação de arrombamento e invasão de um salão de bilhar com a intenção de cometer um crime. Esta violação da lei é um crime [372 U.S. 335, 337] sob a legislação do Estado da Flórida.

O peticionário compareceu perante o Tribunal Distrital sem fundos e desacompanhado de advogado. Não obstante, apresentando-se ao Tribunal solicitara a nomeação de um advogado para representá-lo perante o juízo, e naquela ocasião ocorrera o seguinte colóquio entre o magistrado que presidia o Tribunal e o defendente:

The COURT: Mr. Gideon, I am sorry, but I cannot appoint Counsel to represent you in this case. Under the laws of the State of Florida, the only time the Court can appoint Counsel to represent a Defendant is when that person is charged with a capital offense. I am sorry, but I will have to deny your request to appoint Counsel to defend you in this case.

³ Em casos de crimes federais, um grand jury deve ser convocado em respeito à quinta emenda à Constituição. O grand jury determina, baseado nas provas apresentadas pelo procurador da União, se existem ou não evidências suficientes para trazer um acusado perante ele. Embora a obrigação prevista pela quinta emenda não tenha sido incorporada pelos estados, muitos requerem um indiciamento perante o grand jury antes que o processo criminal prossiga (FINE, 2011, p. 123).

⁴ A organização do sistema judicial americano lembra uma pirâmide, em cuja base estão as cortes distritais (trial courts), aos quais são de primeira instância; logo acima estão os tribunais de apelação (U.S Court of Appeals); na ponta do sistema encontra-se a corte mais alta da nação, a Suprema Corte. O modelo das cortes federais é replicado via de regra nos Estados, em um modelo tríplice composto por tribunais de julgamento, tribunais de apelação intermediários e por uma corte de última instância (FINE, 2011, p. 33).



The DEFENDANT: The United States Supreme Court says I am entitled to be represented by Counsel.⁵

O peticionário conduziu a sua própria defesa criminal. Na fase da apresentação de defesa prévia⁶, Gideon fez uma declaração de abertura ao júri. Na fase da discovery⁷ procedeu a inquirição de testemunhas do Estado, apresentou testemunhas em sua defesa, recusando-se a testemunhar e realizou uma declaração final enfatizando a sua inocência. Apesar disso, o júri o considerou culpado e o peticionário fora condenado a cumprir cinco anos na prisão estadual.

O peticionário redigira uma petição de habeas corpus e a encaminhara à Suprema Corte do Estado da Flórida atacando a condenação, argumentando que a recusa do tribunal em nomear um advogado negava-lhe direitos garantidos pela Constituição dos Estados Unidos da América.

A Suprema Corte do Estado da Flórida denegou o pedido suscitado no habeas corpus.

O peticionário, por sua vez, interpôs certiorari contra o decisum da Suprema Corte do Estado da Flórida, o qual fora concedido, nomeando a Suprema Corte dos Estados Unidos um advogado para representá-lo no julgamento⁸.

O Justice Hugo Black apresentou manifestação⁹ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, analisando a legislação utilitarista do Estado da Flórida com base na Décima Quarta Emenda, e decidira superar o precedente *Betts v. Brandy*, reconhecendo a representação de uma pessoa em juízo por advogado como de natureza fundamental para se alcançar um

⁵ GIDEON v. WAINWRIGHT (1963). N. 155. **United States Supreme Court**. Argued: January 15, 1963. Decided: March 18, 1963. Disponível: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 12 maio 2019.

⁶ A próxima fase do processo criminal é a da defesa prévia, na qual o acusado é solicitado a apresentar uma resposta às acusações feitas contra ele no indiciamento. Embora muitos casos de natureza criminal resultem em um pedido de transação penal (*plea guilty*), vários acusados apresentam uma contestação de inocência na fase da defesa. Se o acusado, se declarar inocente, o juiz agendará o julgamento, o qual, segundo a Constituição e diversas leis estaduais, deverá ser rápido (FINE, 2011, p. 124).

⁷ Os julgamentos criminais também incluem a fase de discovery, mas a discovery criminal é muito mais limitada do que em casos de natureza civil. Ao promotor é determinado que sejam apresentadas quaisquer informações requisitadas pela defesa e qualquer material justificativo favorável a ela, tenha sido pedida ou não. Material justificativo é qualquer informação de que o promotor tenha, ou deveria ter, conhecimento que possa sugerir a inocência do acusado (FINE, 2011, p. 124/125).

⁸ Abe Fortes, por nomeação do Tribunal, argumentou a causa do peticionário. Apud in GIDEON v. WAINWRIGHT (1963). N. 155. **United States Supreme Court**. Argued: January 15, 1963. Decided: March 18, 1963. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 12 maio 2019.

⁹ A *decisão per curiam* é uma decisão emitida por um tribunal de apelação de vários juízes, em que a decisão proferida é feita pelo tribunal, agindo em conjunto e por unanimidade. Em contraste com as opiniões comuns, um *per curiam* não lista o juiz como o indivíduo responsável pela autoria da decisão, mas a minoria discordante e concordante das decisões é assinada. (GARNER, 2001, p. 503/523).



sistema justo de justiça, cuja fundamentação implícita possui base kantiana. O holding¹⁰ possui o seguinte teor:

Charged in a Florida State Court with a noncapital felony, petitioner appeared without funds and without counsel and asked the Court to appoint counsel for him; but this was denied on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Petitioner conducted his own defense about as well as could be expected of a layman; but he was convicted and sentenced to imprisonment. Subsequently, he applied to the State Supreme Court for a writ of habeas corpus, on the ground that his conviction violated his rights under the Federal Constitution. The State Supreme Court denied all relief. Held: The right of an indigent defendant in a criminal trial to have the assistance of counsel is a fundamental right essential to a fair trial, and petitioner's trial and conviction without the assistance of counsel violated the Fourteenth Amendment. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, overruled. Pp. 336-345.

Reversed and cause remanded (*GIDEON v. WAINWRIGHT*, 1963).

O Justice Hugo Black determinara que discussão deveria girar em torno de uma indagação principal, a saber: a decisão da Suprema Corte no precedente *Betts v. Brady* deveria ser reconsiderada?

A Manifestação inicialmente faz este detalhamento:

The facts upon which *Betts* claimed that he had been unconstitutionally denied the right to have counsel appointed to assist him are strikingly like the facts upon which *Gideon* here bases his federal constitutional claim. *Betts* was indicated for robbery in a Maryland state court. On arraignment, he told the trial judge of his lack of funds to hire a lawyer and asked the court to appoint one for him. *Betts* was advised that it was not the practice in that county to appoint counsel for indigent defendants except in murder and rape cases. He then pleaded not guilty, had witnesses summoned, cross-examined the State's witnesses, examined his own, and chose not to testify himself. He was found guilty by the judge, sitting without a jury, and sentenced to eight years in prison. [372 U.S. 335, 339] Like *Gideon*, *Betts* sought release by habeas corpus, alleging that he had been denied the right to assistance of counsel in violation of the Fourteenth Amendment. *Betts* was denied any relief, and on review this Court affirmed. It was held that a refusal to appoint counsel for an indigent defendant charged with a felony did not necessarily violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which for reasons given the Court deemed to be the only applicable federal constitutional provision. The Court said:

"Asserted denial [of due process] is to be tested by an appraisal of the totality of facts in a given case. That which may, in one setting, constitute a denial of fundamental fairness, shocking to the universal sense of justice, may, in other circumstances, and in the light of other considerations, fall short of such denial." 316 U.S., at 462 (*GIDEON v. WAINWRIGHT*, 1963).

A *ratio decidendi* de *Betts v. Brady* consiste na noção que a não nomeação de um advogado para representar um réu indigente, não representaria uma negação de justiça fundamental, não se chocando ao senso universal de justiça, para se chegar, por via de consequência a uma negação a cláusula do devido processo legal contida na Décima Quarta

¹⁰ O holding de um caso é a resolução de uma questão legal. Deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão da corte e da motivação do juízo. (FINE, 2011, p.72).



Emenda¹¹. A manutenção de *Betts v. Brady* representaria a negação do pedido realizado por Gibeon, daí a pertinência em avaliar a manutenção ou não do precedente.

A manifestação do Justice Hugo Black parte do esclarecimento acerca do significado da Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América¹², até aquela data, afirmando ser tal garantia restrita aos tribunais federais, consoante a pensamento da corrente originalista histórica, que interpretava o Bill of Rights, as 10 (dez) primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, não como uma salvaguarda contra os Estados, mas como uma proteção contra possíveis violações de direitos do cidadão por parte da União. Destarte, a garantia seria oponível contra a União e não contra os Estados, de modo que os Estados não estariam obrigados a assegurar aos seus cidadãos as garantias contidas nas 10 (dez) primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.

O Justice Hugo Black, em trechos de sua Manifestação, argumenta que:

The Sixth Amendment provides, "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the Assistance of Counsel for his defence." We have construed [372 U.S. 335, 340] this to mean that in federal courts counsel must be provided for defendants unable to employ counsel unless the right is competently and intelligently waived. 3 *Betts* argued that this right is extended to indigent defendants in state courts by the Fourteenth Amendment. In response the Court stated that, while the Sixth Amendment laid down "no rule for the conduct of the States, the question recurs whether the constraint laid by the Amendment upon the national courts expresses a rule so fundamental and essential to a fair trial, and so, to due process of law, that it is made obligatory upon the States by the Fourteenth Amendment." 316 U.S., at 465 . In order to decide whether the Sixth Amendment's guarantee of counsel is of this fundamental nature, the Court in *Betts* set out and considered "[r]elevant data on the subject . . . afforded by constitutional and statutory provisions subsisting in the colonies and the States prior to the inclusion of the Bill of Rights in the national Constitution, and in the constitutional, legislative, and judicial history of the States to the present date." 316 U.S., at 465 . On 465 . On the basis of this historical data the Court concluded that "appointment of counsel is not a fundamental right, essential to a fair trial." 316 U.S., at 471 . It was for this reason the *Betts* Court refused to accept the contention that the Sixth Amendment's guarantee of counsel for indigent federal defendants was extended to or, in the words of that Court, "made obligatory upon the States by the Fourteenth Amendment." Plainly, had the Court concluded that appointment of counsel for an indigent criminal defendant was "a fundamental right, essential to a fair trial." it would have held that the Fourteenth Amendment requires appointment of counsel in

¹¹ **XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.** Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs do país e do estado onde tiverem residência. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. (FINE, 2011, p. 149).

¹² **VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.** Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei; de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer, por meios legais, testemunhas de defesa e de ser defendido por um advogado. (FINE, 2011, p. 146).



a state court, just as the Sixth Amendment requires in a federal court. [372 U.S. 335, 341] (GIDEON v. WAINWRIGHT, 1963).

A Manifestação da Justice Hugo Black esclarece a teoria da incorporação:

We think the Court in *Betts* had ample precedent for acknowledging that those guarantees of the Bill of Rights which are fundamental safeguards of liberty immune from federal abridgment are equally protected against state invasion by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. This same principle was recognized, explained, and applied in *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), a case upholding the right of counsel, where the Court held that despite sweeping language to the contrary in *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), the Fourteenth Amendment "embraced" those "fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions," even though they had been "specifically dealt with in another part of the federal Constitution." 287 U.S., at 67. In many cases other than *Powell* and *Betts*, this Court has looked to the fundamental nature of original Bill of Rights guarantees to decide whether the Fourteenth Amendment makes them obligatory on the States. Explicitly recognized to be of this "fundamental nature" and therefore made immune from state invasion by the Fourteenth, or some part of it, are the First Amendment's freedoms of speech, press, religion, assembly, association, and petition for redress of grievances. 4 For the same reason, though not always in precisely the same terminology, the Court has made obligatory on the States the Fifth Amendment's command that [372 U.S. 335, 342] private property shall not be taken for public use without just compensation, 5 the Fourth Amendment's prohibition of unreasonable searches and seizures, 6 and the Eighth's ban on cruel and unusual punishment. 7 On the other hand, this Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), refused to hold that the Fourteenth Amendment made the double jeopardy provision of the Fifth Amendment obligatory on the States. In so refusing, however, the Court, speaking through Mr. Justice Cardozo, was careful to emphasize that "immunities that are valid as against the federal government by force of the specific pledges of particular amendments have been found to be implicit in the concept of ordered liberty, and thus, through the Fourteenth Amendment, become valid as against the states" and that guarantees "in their origin . . . effective against the federal government alone" had by prior cases "been taken over from the earlier articles of the federal bill of rights and brought within the Fourteenth Amendment by a process of absorption." 302 U.S., at 324 -325, 326 (GIDEON v. WAINWRIGHT, 1963).

O Justice Hugo Black sustenta a teoria da incorporação do Bill of Rights, argumentando a sua aplicação contra os Estados e não somente contra União, o fazendo pela aplicação da cláusula do devido processo legal contida na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, garantindo um sistema justo de justiça, cuja fundamentação kantiana lógica e implícita é manifesta.

Na visão do Justice Hugo Black, o fato é que só seria possível restaurar princípios constitucionais estabelecidos para alcançar um sistema justo de justiça, quando partíssemos da constatação, baseada na razão e na reflexão, de que em um sistema de justiça criminal, qualquer pessoa que chegue ao tribunal, que seja pobre demais para contratar um advogado, não pode ter um julgamento justo, a menos que lhe seja fornecido um advogado, decorrendo, como consequência de tal pensamento a proibição de instrumentalização do homem.



O fato de o governo destinar recursos para contratar advogados para processar pessoas em juízo seriam um forte indicativo, de que tais profissionais seriam uma necessidade, e não um luxo.

A Manifestação do Justice Hugo Black conclui rememorando as palavras do Justice Sutherland em *Powell v. Alabama* (1932):

The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be [372 U.S. 335, 345] heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he have a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence. 287 U.S., at 68 -69 (*GIDEON v. WAINWRIGHT*, 1963).

O julgamento fora revertido e a causa devolvida para que a Suprema Corte da Flórida adotasse providências não inconsistentes com o decisum proferido. A Suprema Corte da Flórida anulou o julgamento realizado sem representação. Um novo julgamento fora realizado e Gideon, devidamente representado por um advogado, fora absolvido da acusação que pesava contra a sua pessoa. (KING, 2012)

Por conseguinte, a doutrina da incorporação dos direitos contida no precedente *Gideon v. Wainwright* (1963), cujo postulado é a extensão do Bill of Rights aos Estados, por força da cláusula do devido processo legal contido na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, possui lógica e implicitamente uma fundamentação kantiana, pois a sua consequência é o estabelecimento da proibição de instrumentalização do homem (KANT, 1997, p. 50).

3 ANÁLISE FILOSÓFICA DO PRECEDENTE GIDEON V. WAINWRIGHT (1963)

Até o ano de 1963, as Leis do Estado da Flórida somente autorizavam a nomeação de advogado, por parte dos tribunais, quando o cidadão era acusado de crime capital, isto é, crime punido com pena de morte, o que restringia a representação de advogado, apenas a um pequeno grupo de acusados criminalmente.

A transcrição do colóquio entre tribunal distrital e o defendente Gideon não deixa quaisquer margens de dúvidas a respeito do caráter utilitarista da legislação do Estado da Flórida:



The COURT: Mr. Gideon, I am sorry, but I cannot appoint Counsel to represent you in this case. Under the laws of the State of Florida, the only time the Court can appoint Counsel to represent a Defendant is when that person is charged with a capital offense. I am sorry, but I will have to deny your request to appoint Counsel to defend you in this case.

The defendant: The United States Supreme Court says I am entitled to be represented by Counsel.¹³

A razão da restrição legislativa era a limitação da utilização de recursos públicos para contratação de advogados somente para crimes capitais, o que, visto pela ótica utilitarista, seria até razoável, pois pouparia os recursos dos contribuintes em gastos não necessários, com a contratação de advogados para todos os réus em processos criminais.

O utilitarismo de regras utilizado pela legislação da Flórida é evidente, visto que o cidadão, segundo tal ótica, poderia viver de acordo com as regras que, de modo geral, provavelmente levariam o maior bem para o maior número de pessoas, até porque, a não representação de todos os acusados criminais, seria um dano colateral inevitável pela escassez dos recursos públicos.

Neste ponto particular, cabe salientar que as leis utilitaristas de um modo geral focam nas consequências das políticas estatais. Por isto, baseado nesta concepção moral, boas consequências são iguais a boas ações. Para o atingimento das consequências os meios não seriam tão relevantes, e o que importaria de fato seriam as finalidades, desde que a utilidade de tal ação tivesse como objetivo atingir o bem comum do maior número de pessoas (KYMLICKA, 2006, p. 48).

As ações estatais deveriam ser medidas em termos de felicidade, ou prazer, que elas produzem. Desta forma, a ação estatal correta seria aquela que maximizaria a utilidade de todos os envolvidos, e o correto seria maximizar o bom, e o bom poderia ser qualquer coisa (MILL, 2005, p. 14).

O modo como nós deveríamos maximizar a utilidade seria baseado naquilo que é intuitivo e não há nada mais básico que nosso desejo primordial de buscar o prazer e evitar a dor.

A rigor, o utilitarismo poderia ser conceituado como uma teoria moral que sustenta o hedonismo do bem-estar, significando que o bom é igual ao prazer, e que nós devemos moralmente buscar prazer e a felicidade, e por outro lado trabalhar para evitar a dor. John Stuart Mill advoga que o utilitarismo seria:

¹³ GIDEON v. WAINWRIGHT (1963). N. 155. **United States Supreme Court**. Argued: January 15, 1963. Decided: March 18, 1963. Disponível: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 12 maio 2019.



A doutrina que aceita como fundamento da moral a utilidade, ou o princípio da maior felicidade, defende que as ações são correctas (sic) na medida em que tendem a promover a felicidade, e incorrectas (sic) na medida em que tendem a gerar o contrário da felicidade. Por felicidade entendemos o prazer, e a ausência de dor; por infelicidade, a dor, e a privação de prazer (MILL, 2005, p. 51).

A noção de justiça utilitarista iria variar de comunidade para comunidade, porque a noção daquilo que seria bom, não possuiria um conteúdo único, mas seria composto de duas coisas: uma regra e um sentimento que sancione a regra, sendo tal sentimento variável de comunidade para comunidade (MILL, 2005, p. 114).

Dessarte, dentro da ótica utilitarista, uma legislação processual penal cujo objeto fosse tratar os acusados em processos criminais de forma discriminatória, pelas particularidades do caso, seria perfeitamente plausível, já que os direitos dos infratores da lei poderiam ser sacrificados para o benefício da maioria, não infratora da lei (MILL, 2005, p. 114).

Apesar disso, a concepção da maximização da utilidade com a finalidade de atingir a máxima felicidade, não supera o experimento mental da máquina de experiência formulada por Robert Nozick. Nozick:

[...] nos convida a imaginar que os neurofisiologistas possam nos ligar a uma máquina que nos injete drogas. Essas drogas criariam os estados conscientes mais prazerosos que se pode imaginar. Ora, se o prazer fosse nosso maior bem, então, todos nós nos ofereceríamos espontaneamente para ficar ligados a essa máquina por toda a vida, perpetuamente drogados, não sentindo nada além da felicidade. Com certeza, porém pouquíssimas pessoas se ofereceriam voluntariamente para tal fim. Longe de ser a melhor vida que podemos levar, ela sequer poderia ser considerada vida. Longe de ser a vida que mais vale a pena ser vivida, muitas pessoas diriam que essa seria uma vida desperdiçada, destituída de valor (KYMLICKA, 2006, p. 16).

O desconcertante experimento mental da máquina de experiência de Robert Nozick desconstrói o principal argumento do utilitarismo, representado pelo princípio da máxima felicidade, sintetizado na fórmula buscar o prazer e evitar a dor, na exata medida em que a busca pela felicidade até seria alcançada pelas experiências prazerosas obtidas pela máquina, mas o meio utilizado para chegar-se a tal fim não possuiria qualquer dignidade, o que invalidaria o próprio fim visado.

A conclusão que se chega em relação à abordagem política legislativa utilitarista, ao fim e ao cabo, instrumentaliza o ser humano, privando-o do respeito mínimo por parte da comunidade e do Estado (BRITO FILHO, 2015, p. 45). Apesar disso, o homem não poderia ser tratado como um mero meio, porque ele possui dignidade em si, como observa Brito Filho:

Para Kant, como explica Rabenhorts, no reino das finalidades humanas tudo ou tem preço ou dignidade. No primeiro caso, o que tem preço pode ser comparado ou



trocado; já no caso da dignidade, ela funciona como atributo do que não pode sê-lo, ou seja, o que tem dignidade não é passível de substituição ou comparação. Como o homem, ser racional e dotado de autonomia, é o único capaz de fazer suas escolhas, ele é considerado como o único, também, que é possuidor de dignidade. Não pode o homem, então, em nenhuma circunstância ser considerado de outra forma que não como um fim em si mesmo. Continua Rabenhorst afirmando que, “Na perspectiva Kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres” (BRITO FILHO, 2015, p. 43).

De outra forma, se nós quisermos levar a sério a noção de direitos, nós devemos ter a clareza de que o utilitarismo é uma concepção hostil a própria ideia de direitos, uma vez que, invariavelmente os direitos de parte da comunidade serão ignorados ou simplesmente violados, caso seja implementada a ideia de maximizar a utilidade para o maior número de pessoas.

Brito Filho aponta a deficiência do utilitarismo para sustentar moderna noção de direitos humanos:

Ora, em assim sendo, não há como usar o utilitarismo para definir uma justa distribuição dos Direitos Humanos em favor de todos, pois, por essa doutrina, não se atinge a totalidade dos indivíduos, havendo o sacrifício de alguns para o bem-estar de outros (BRITO FILHO, 2015, p. 51).

Brito Filho sustenta:

Lançando mão de um exemplo que também sempre utilizo, é o que acontece, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que à medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, que é um direito indispensável do ser humano, atingindo essa exclusão, via de regra, as mais necessitadas (BRITO FILHO, 2015, p. 50).

A concepção utilitarista é confrontada pela concepção moral kantiana. Kant sustentava que, para determinar o que é certo, nós deveríamos usar a razão, de modo, que nós podemos construir argumentos morais independente de nossas concepções políticas ou religiosas.

Kant faz uma distinção entre as coisas que deveríamos fazer moralmente, e as que deveríamos fazer, por outros motivos, não morais.

Desta forma, as escolhas decorrentes das contingências do nosso desejo, representariam imperativos hipotéticos, isto é, comandos que o indivíduo deveria seguir caso desejasse uma determinada consequência (KANT, 1997, p. 50).

A moralidade para Kant, não decorreria dos imperativos hipotéticos, mas sim pelo que denominava de imperativos categóricos. Os imperativos categóricos consistiriam nas



nossas obrigações morais. Kant acreditava que tais imperativos derivam da razão pura (KANT, 1997, p. 50).

A ação correta ou errada poderia ser determinada por puro raciocínio lógico. Kant sustentava que o imperativo categórico poderia ser entendido em termos de várias formulações e para tanto formulara duas ordens de imperativos categóricos.

A primeira formulação do imperativo categórico é amplamente conhecida como o princípio da universalização. A máxima usada por Kant para sintetizar o princípio poderia ser descrita desta forma: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 1997, p. 59).

A segunda formulação do imperativo categórico é conhecida como fórmula da humanidade. O seu postulado é o seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1997, p. 69).

As coisas podem ser usadas como meios para o atingimento dos fins visados. No entanto, nós nunca poderíamos usar as pessoas como meios, uma vez que, nas palavras de Kant, uma pessoa é um fim em si mesmo.

Kant argumentava que a aplicação racional apropriada do imperativo categórico nós leva a verdade moral transcendental e aplicável a todos os agentes morais.

Dessa maneira, a doutrina da incorporação do Bill of Rights¹⁴, ao argumentar a extensão dos direitos contidos nas dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos aos Estados membros, o fazendo com arrimo na aplicação da cláusula do devido processo legal e da igual proteção da lei, contidas na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, garantiria um sistema justo de justiça, o que possuiria como consequência lógica e implícita, o estabelecimento da proibição de instrumentalização do homem.

A incorporação de direitos não previstos na Constituição, mormente, a representação por advogado, ao fim e ao cabo possuem como fundamento o imperativo categórico kantiano

¹⁴ As primeiras dez emendas à Constituição, conhecidas como Bill of Rights, foram adotadas em 1791. O Bill of Rights garante direitos fundamentais às pessoas e protege-as contra atos impróprios, incluindo os do governo federal, o que também reforça a natureza limitada deste em relação aos estados. A Suprema Corte, em casos específicos, decididos ao longo dos anos, estendeu quase todas as garantias contidas no Bill of Rights aos estados. Deste modo, podem ser aplicáveis pelos estados, aos estados e pelos governos locais. Esta extensão está baseada na teoria de que as garantias contidas no Bill of Rights foram incorporadas pela cláusula do devido processo legal (due process) da décima quarta emenda, a qual, na essência, é aplicável aos estados (FINE, 2011, p. 20).



da não instrumentalização do homem, evitando-se e minimizando-se as políticas públicas utilitaristas, assegurando, assim, o mínimo de direitos aos cidadãos.

Cabe salientar, neste ponto em particular, que a pena privativa da liberdade imposta a Gideon por conta do arrombamento e invasão de um salão de bilhar apresenta uma origem histórica contratualista, assim como todas as penas privativas de liberdade de um modo geral. A rigor, a moderna noção de privação de liberdade como pena definitiva surge pelo pensamento contratualista retributivo.

Para John Locke o contratualismo propugnava o estabelecimento da sociedade por via contratual (LOCKE, 2007, p. 117). Nada obstante, caso o cidadão violasse a lei penal, ele obteria uma riqueza por uma via não autorizada pelo contrato social, transgredindo, portanto, os seus preceitos.

Dessarte, a sociedade mereceria ser reparada por uma indenização, conquanto como a maioria dos infratores possuiriam poucas posses, a única coisa que poderia ser expropriada seria a sua capacidade de trabalho, materializada na sua liberdade:

Até o contratualismo, o que se obtivera era a limitação do poder estatal pela via do dever de estabelecer, rigidamente, os limites do proibido (HOBBS) e o reconhecimento de limites do poder estatal pela via do objeto da sociedade, mas a natureza em si da pena muda o seu sentido – e com isto todo o direito penal – a partir da abordagem contratual. Se a própria sociedade é estabelecida mediante um contrato, o homem que pretende alcançar a riqueza por uma via não autorizada por aquele, viola aquilo que o contrato preceitua. Qual é a sanção para quem viola o contrato? Uma reparação, uma indenização. Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato, é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens da massa criminalizada por esse controle social nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Daí surge a ideologia que faz da privação da liberdade uma pena, que até então havia sido apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos prisão preventiva) durante o processo, pois as penas eram corporais (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2005, p. 227).

O pensamento kantiano, por outro lado, parte da constatação de que não poderíamos alcançar as coisas em si, até porque tudo ocorre no tempo e no espaço e não em si. A razão, destarte, poderia ser distinguida em razão teórica (é a que traz este resultado) e a razão prática (a que indica a conduta devida).

A ação seria moralmente correta, quando estivesse em consonância com a razão prática, melhor dizendo, quando a conduta fosse assentada pelas máximas da não instrumentalização e da lei universal:

Como se estabelece a moralidade da ação, conforme a razão prática kantiana? Segundo Kant, a ação é moral quando responde a um dever de consciência, que não se orienta por nenhuma outra consideração, tal como conveniência, oportunidade etc. Esses imperativos de consciência, que prescindem de outras considerações, são



denominados por Kant imperativos categóricos. Portanto, a ação é moral quando responde ao imperativo categórico. Os outros imperativos, que respondem às demais considerações, são para Kant os imperativos hipotéticos. A caracterização da moral como condição da ação que responde ao imperativo categórico é uma caracterização formal, posto que obedece à forma em que vem imposto o dever moral, mas prescinde de seu conteúdo, Kant sintetiza o imperativo categórico em duas fórmulas célebres: Age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo em que se torne lei universal (isto é, que o que quero para mim nesta circunstância devo querer também para todos os demais, em iguais circunstância); e nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2005, p. 228/229).

O imperativo categórico kantiano compreende uma proibição de mediatizar o homem, significa dizer que o homem não deveria tratar os demais homens como meios, nem tratar a si mesmo como um fim absoluto, de modo, a implicar na mediatização das demais pessoas.

A aplicação do imperativo categórico kantiano no direito penal, significa que o homem não poderia ser tratado como um simples meio, não podendo, a pena ser imoral. A pena possuiria um fim em si mesma, decorrente da violação do dever jurídico. A sua medida seria retribuir o mal infligido, pelo mal da pena, devolvendo-se ao infrator, a mesma quantidade de dor provocada, nem mais, nem menos, surgindo uma teoria absoluta da pena, pela aplicação do pensamento kantiano (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2005, p.229).

Por outro lado, a aplicação do imperativo categórico, no processo penal, não poderia significar outra coisa, senão o impedimento em tornar o homem como meio ou simples objeto de atuação estatal, cujos direitos deveriam ser respeitados, sendo está a consequência implícita e lógica da teoria da incorporação do Ministro Hugo Black, segundo depreende-se do seguinte trecho do precedente:

In light of these and many other prior decisions of this Court, it is not surprising that the Betts Court, when faced with the contention that "one charged with crime, who is unable to obtain counsel, must be furnished counsel by the State," conceded that "[e]xpressions in the opinions of this court lend color to the argument" 316 U.S., at 462 -463. The fact is that in deciding as it did - that "appointment of counsel is not a fundamental right, [372 U.S. 335, 344] essential to a fair trial" - the Court in *Betts v. Brady* made an abrupt break with its own well-considered precedents. In returning to these old precedents, sounder we believe than the new, we but restore constitutional principles established to achieve a fair system of justice. Not only these precedents but also reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth. Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public's interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the



widespread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries. The right of one charged with crime to counsel may not be deemed fundamental and essential to fair trials in some countries, but it is in ours. From the very beginning, our state and national constitutions and laws have laid great emphasis on procedural and substantive safeguards designed to assure fair trials before impartial tribunals in which every defendant stands equal before the law. This noble ideal cannot be realized if the poor man charged with crime has to face his accusers without a lawyer to assist him [...] (GIDEON v. WAINWRIGHT, 1963).

A menção a um sistema justo de justiça decorrente do restabelecimento dos princípios, fundamento da teoria da incorporação, nada mais é do que o imperativo categórico kantiano, aplicado ao processo penal, e cuja consequência lógica é o estabelecimento de uma proibição da instrumentalização do homem.

A doutrina da incorporação cujo postulado é a incidência do Bill of Rights obrigando a União e os Estados a sua observância, pela aplicação da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, pode ser lida pela ótica kantiana, da não instrumentalização do homem, cujos direitos deveriam ser assegurados, impedindo tratamento desigual, violadores da igual proteção da lei e do devido processo legal, representando, o fundamento de um sistema justo de justiça propugnado pelo Ministro Hugo Black.

4 CONCLUSÃO

O Bill of Rights compreenda as primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos da América. Tais emendas constituem uma salvaguarda do cidadão em desfavor do ente estatal recém-criado pela Constituição dos Estados Unidos da América, qual seja, a União.

Os direitos fundamentais descritos pelo Bill of Rights formam um arranjo constitucional para contrapor os poderes conferidos à União, que deveria respeitar determinadas salvaguardas aos cidadãos.

A Suprema Corte dos Estados Unidos aplicando a doutrina da incorporação, estendeu as salvaguardas do cidadão aos Estados membros, em casos específicos, obrigando não só a União, mas aos Estados, ante a incidência da décima quarta emenda, aplicável a todos os Estados.

O fundamento da incorporação seletiva das garantias do Bill of Rights é o estabelecimento de um sistema justo de justiça, cuja fundamentação lógica e implícita pode ser lida como aplicação do imperativo categórico kantiano da não mediatização ou



instrumentalização do homem pelo Estado ou pela União, ainda, que sob a ótica do devido processo legal.

Portanto, a aplicação da doutrina da incorporação assegurou ao cidadão, não só a necessidade de representação de advogado em processo penal, mas resguardou a liberdade religiosa; a liberdade de imprensa, o direito de reunião pacífica; o direito do cidadão usar armas; o direito a inviolabilidade do domicílio; a proibição de buscas arbitrárias; o direito a um julgamento perante o grande júri; o direito a um juiz imparcial e o direito a um julgamento rápido e justo.

O precedente *Gideon v. Wainwright* (1963) representou um dos primeiros precedentes representativos da aplicação da doutrina da incorporação pela Suprema Corte dos Estados Unidos, mas não o único, ressaltando-se, que a posição do Ministro Hugo Black, sustentava a incorporação total das 10 (dez) primeiras emendas, não sendo, a posição que prevaleceu ao longo dos anos, já que a incorporação do Bill of Rights fora seletiva, construída caso a caso, pelos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos (WEINREB, 1997, p. 514-517).

Por fim, a consequência do precedente nos Estados Unidos da América fora a formulação de uma política estatal cujo escopo era assegurar um sistema justo de justiça, assim como, a representação aos réus indigentes em todos os processos criminais criando-se a figura do Defensor Público, infelizmente hostilizada pelas administrações dos Presidentes Reagan e Bush. (GIDEON'S PROMISE, STILL UNKEPT, 1993)

REFERÊNCIAS

- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**, São Paulo: LTr, 2015.
- FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Martins Fontes, São Paulo, 2011.
- GARNER, Bryan A., **Black's Law Dictionary**, 2^a ed. 2001, St. Paul, MN: West Group.
- GIDEON v. WAINWRIGHT (1963). N. 155. **United States Supreme Court**. Argued: January 15, 1963. Decided: March 18, 1963. Disponível: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 12 maio 2019.
- GIDEON'S PROMISE, STILL UNKEPT. **The New York Times**. 1993-03-18. Retrieved. 2008-08-08. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/03/18/opinion/gideon-s-promise-still-unkept.html>. Acesso em: 12 maio 2019.
- KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KYMLICKA, Will, **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**; tradução Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2006.



- KING, Jack. (2012) "**Clarence Earl Gideon: Unlikely World-Shaker**". National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL). Disponível em: <https://www.nacdl.org/Champion.aspx?id=25000>. Acesso em: 12 maio 2019.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo**. 2007, Fundação Calouste Gulbenkian.
- MILL, John Stuart, **Utilitarismo**, Tradução F. J. Azevedo Gonçalves, Gradiva.
- WEINREB, Lloyd L. (Ed.) **Leading Constitutional cases on criminal justiça**. Westbury: Foundation Press, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1**, Parte Geral, 2006, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.