



ANÁLISE DO CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA OBRA " UMA TEORIA DA JUSTIÇA" DE JOHN RAWLS E SUA APLICABILIDADE NO JULGAMENTO DA ADPF 186 (COTAS RACIAIS)¹

*Nara Suzana Stainr Pires²
Wedner Costodio Lima³*

RESUMO

A importância da discussão do tema no cenário do constitucionalismo contemporâneo é identificada a partir da necessidade de identificar os pilares do conceito de justiça distributiva na obra "Uma Teoria da Justiça", como forma de apoio no princípio da diferença e justiça equitativa, eleito por John Rawls quanto princípios da justiça, visualizando sua aplicabilidade no âmbito da discussão do sistema de reserva de vagas para negros no ensino superior, a partir da análise da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, proposta pelo Democratas perante o Supremo Tribunal Federal, o qual foi objeto de julgamento no ano de 2012. Para tanto, será realizada uma análise dos conceitos de Justiça Distributiva na obra " Teoria da Justiça", para após verificar a compatibilidade de ações afirmativas com o preceito de princípios da justiça, e ao fim analisar o voto do Relator da ADPF 186, sobre a aplicabilidade do conceito de justiça distributiva no seu entendimento sobre o tema proposto em debate pela ADPF.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas, Justiça Distributiva, Princípios da Justiça e Sistema de Cotas.

ABSTRACT

The importance of the topic of discussion in the contemporary constitutionalism scenario is identified from the need to identify the pillars of the concept of distributive justice in the Work 'A Theory of Justice', in order to support the principle of difference and equity in elected by John Rawls as principles of justice, viewing their applicability in the context of the discussion of vacancies reservation system for blacks in higher education, from the Breach Action analysis of fundamental precept 186, proposed by Democrats before the Supreme Court, the which was object of judgment in 2012. For

¹ Artigo apresentado a disciplina "Teoria do Direito" do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Pós-graduada em Direito empresarial e Ciências Criminais pela UNIDERP – Integrante dos grupos de pesquisa inscrito no CNPq Teoria Jurídica no novo milênio, da Unifra e Grupo Direito Planetário, Meio Ambiente e Globalização. A autora é Professora do Curso de Direito da ULBRA e do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA, Advogada. Endereço eletrônico: pires.nara@ig.com.br.

³ Mestrando em Direito com ênfase na Linha de Constitucionalismo Contemporâneo, UNISC. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Advogado Criminalista. Endereço eletrônico: advwednerlima@hotmail.com.

this, there will be a review of Distributive Justice concepts in the work " Theory of Justice ", for after verifying the compatibility of affirmative action with the precept of principles of justice, and after analyzing the vote of the Rapporteur of ADPF 186, on the applicability of the concept of distributive justice in their understanding of the topic proposed for discussion by the ADPF.

KEYWORDS: Distributive justice, Quota System Principles of Justice and Affirmative Action.

SUMÁRIO: Introdução. 1 John Rawls e a Concepção de Justiça na Obra " Uma Teoria da Justiça". 2 Ações Afirmativas e Princípios da justiça como forma de equidade. 3 Aplicabilidade da Justiça Distributiva de John Rawls no julgamento da ADPF 186 pelo STF. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Introdução

A necessidade de equalizar uma igualdade material e formal, é medida de interesse global, de forma que a adoção de métodos de inclusão social, políticas públicas e ações afirmativas, auxiliam no combate as desigualdades social. A idealização de um conceito de justiça distributiva é debatida na voz do autor John Rawls no âmbito de sua Teoria da Justiça, através de pilares básicos em uma sociedade em condições iguais de desenvolvimento e critérios éticos, chamados de princípios da justiça.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a aplicabilidade do conceito de justiça distributiva no âmbito do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, proposta pelo Partido Político Democratas perante o Supremo Tribunal Federal, o qual foi objeto de julgamento no ano de 2012, onde teve por objeto discutir o sistema de reserva de vagas para negros no ensino superior.

Para tanto, será realizada uma análise dos conceitos de Justiça Distributiva na Obra " Teoria da Justiça", para após verificar a compatibilidade de ações afirmativas com o preceito de princípios da justiça, e ao fim analisar o voto do Relator da ADPF 186, sobre a aplicabilidade do conceito de justiça distributiva no seu entendimento sobre o tema proposto em debate pela ADPF.

Justifica-se a discussão do problema, uma vez que uma das exigências intelectuais nos tempos modernos é repensar a questão das desigualdades sociais com a aplicabilidade de ações afirmativas e preceitos de justiça equitativa e distributiva, de forma a evidenciar a linha de pesquisa relativa a Teoria Política e do

Direito. Como marco inicial adota-se a Concepção de Justiça na obra do referido autor, para que, em segundo momento seja analisado as ações Afirmativas e princípios da justiça como forma de equidade, concluindo a pesquisa com análise da aplicabilidade da Justiça Distributiva de John Rawls no julgamento da ADPF 186 pelo STF. Como metodologia, utiliza-se a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa para elaboração deste artigo.

1 John Rawls e a Concepção de Justiça na Obra " Uma Teoria da Justiça"

Em um Estado democrático de Direito a existência de pluralidades de condições com fito de atingir o mínimo de diferenças sociais é o esperado, haja vista que, a efetivação dos direitos fundamentais é medida primordial para estágio democrático. Pensar em uma expressão metafórica (véu da ignorância) consoante a esconder a desigualdade do sistema, implica em buscar o entendimento de princípios idealizados em uma só palavra: justiça.

Em sua obra "Uma Teoria da Justiça", John Rawls⁴ conceitua uma concepção de justiça através da validade de instituições básicas da sociedade, onde ressalta que sua aplicabilidade é possível diante superação de condicionamentos de desenvolvimento e concepção ética das pessoas. Nessa perspectiva Jose Nedel (2000) afirma:

Rawls visa elaborar uma teoria razoável de justiça, mas sem a pretensão de que seja valida para todos as sociedades. Restringe sua validez a determinado tipo de sociedade moderna: a que haja superado os condicionamentos do desenvolvimento e tenha uma conceção etica de pessoa, vale dizer, sociedade em que homens são concebidos como seres racionais, livres, iguais entre si, colaboradores na realização do escopo social (NEDEL, 2000. p.33).

Tendo em vista a realidade social, é plausível, pois, assegurar, que tais discussões fomentam uma reorganização na estrutura básica da sociedade para que a justiça social seja uma realidade. Com esta mesma intenção Rawls apresenta uma teoria da justiça com elementos capazes de torná-la real e concreta.

4

Entre os leitores e herdeiros do contratualismo moderno, J Rawls é um dos maiores expoentes. Suas reformulações vão desde a concepção de contrato social e sua fundamentação até uma rigorosa análise e avaliação da aplicação dos princípios de justiça nele construídos. A justiça como equidade é a marca de seu projeto jurídico-filosófico. (WEBER, 2010. p.230)

Partindo para premissa é importante ressaltar que uma sociedade bem organizada cada pessoa aceita e sabe o que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições básicas satisfazem esses princípios. Roberto Gargarella (2014) destaca que:

Uma sociedade bem organizada é aquela direcionada para promover o bem de seus membros. Uma sociedade em que predominam as circunstâncias de justiça é aquela onde não existe nem uma extrema escassez nem uma abundância de bens, onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si (quanto a suas capacidades físicas e mentais) e também vulneráveis as agressões dos demais (nesse sentido, por exemplo, uma sociedade hiperprodutiva, como a imaginada na utopia marxista, surgiria anulando, ou melhor, "superando" as mencionadas circunstâncias de justiça). (GARGARELLA, 2014. p.20)

Dentro desta linha se parte para análise das instituições sociais como forma de mecanismos de busca a justiça equitativa, a qual John Rawls (2000) destaca que caso sejam injustas devem ser reformadas ou abolidas do sistema, arguindo que:

(...) a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria da justiça deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira: da mesma forma leis e instituições injustas, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas (RAWLS, 2000. p. 3).

Nota-se que a teoria do utilitarismo possui forte conceito no chamado bem estar geral, na medida em que, as decisões tomadas devem alcançar o maior número de beneficiários, sendo que num primeiro momento deve ser levantado as necessidades e propostas arguidas, para que em um segundo plano, qual a proposta satisfaz o maior número de interesses.

John Rawls (2000), aceita em parte a idealização do utilitarismo, mas critica esta postura matemática, de levantamento de interesses, de identificar beneficiários, na medida em que, exemplifica sobre a ótica de que no nível pessoal são aceitáveis alguns sacrifícios, já no nível social, argumenta que seria inaceitável impor a gerações presentes sacrifícios, em prol de gerações futuras, conforme atestado por Roberto Gargarella (2014).

Em uma sociedade estruturada, aplicar princípios como forma de basilar valores em uma estrutura básica de sociedade é de extrema valia, na medida em que, as instituições devem buscar uma distribuição equânime de direitos e deveres fundamentais, determinando a divisão das vantagens de cooperação social. Assim

uma sociedade bem organizada promove o bem estar de seus membros. Diante deste panorama passa-se a apreciação das ações afirmativas e os princípios da justiça como forma de equidade.

2 Ações Afirmativas e Princípios da justiça como forma de equidade

É válido, assegurar que a teoria da justiça como equidade filia-se (ou, pelo menos, assume em seu interior), a um relativismo ético já que ao sujeito ou aos grupos de sujeitos é dado perseguir seus fins particulares, desde que respeitados os princípios procedimentais. Há, deste modo, uma tensão interna entre princípios de justiça universais: a igual liberdade e a igualdade de oportunidades, por um lado, e o relativismo ético decorrente do postulado da prevalência do justo sobre o bom: a negação de uma teleologia, por outro.

John Rawls (2000) articula sua teoria a partir de uma situação ideal que se inscreve na tradição contratualista. Tal idealização é representada pela posição original que é uma situação hipotética na qual as partes contratantes, representando pessoas racionais e morais, livres e iguais – escolhem, sob um "véu de ignorância", os princípios de justiça que devem governar a estrutura básica da sociedade.

Da articulação destes três conceitos, John Rawls (2000) chega então à formulação da sociedade bem-ordenada, ou seja, aquela sociedade que é efetivamente regulada por uma concepção de política e pública de justiça na qual cada indivíduo aceita – e sabe que todos os seus concidadãos aceitam – os mesmos princípios de justiça e, portanto, os termos eqüitativos da cooperação social, assim como as suas instituições políticas, sociais e econômicas, que são, por todos, reconhecidas como justas. A posição original pressupõe, portanto, o objetivo de fundar uma sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade de cooperação mútua para que cada indivíduo possua meios materiais (e psicológicos, já que John Rawls (2000) inclui como um dos bens do sujeito sua auto-estima) para alcançar seus objetivos livremente escolhidos. As partes na posição original são mutuamente desinteressadas: cada busca sua auto-realização e o objetivo de estabelecer princípios que regulamentem o jogo cumprem o papel de assegurar a liberdade de escolha dos projetos.

A idealização da busca por condições equânimes de igualdade entre os desiguais é medida que se impõe na busca por uma teoria de justiça, onde na visão

do autor John Rawls (2000), inicia-se pelo condicionamento social de desenvolvimento e concepção ética das sociedades, para após, possibilitar através de medidas o regular emparelhamento dos direitos.

Nessa linha de raciocínio, ao cotejar as ações afirmativas⁵, estas aparecem como medidas especiais e concretas de assegurar o desenvolvimento e a proteção de certos grupos de indivíduos fragilizados, marginalizados ou excluídos socialmente, ou ainda, em desvantagem de oportunidades, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. Nota-se que historicamente a vinculação das ações afirmativas tem nascedouro na cultura americana, embora estudos recentes apontem a existência em outros países, asseverando que:

Sabe-se que as ações afirmativas estão fundadas historicamente na cultura americana, entretanto, há estudos que demonstram a sua existência também em países como a Índia, que em 1948, teve inserido um sistema de cotas que visava amparar os *dalits* (classes denominadas atrasadas, os "intocáveis"), garantindo o acesso a empregos públicos e ao ensino superior (SALLA, 2006. p. 219 Apud GORCZEVSKI, 2006).

No ordenamento jurídico brasileiro, em uma análise restrita do voto do eminente relator da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 186, Min Ricardo Lewandowski, nota-se a importância descritiva dos conceitos de ações afirmativa, com ênfase para possibilitar a solução ao caso de sistema de cotas,

Ademais, a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda a conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País.

(...) Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o

⁵ Uma definição é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são "(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.⁶

Políticas públicas⁷ afirmativas possibilitam uma maior integração dos grupos, oportunizando o exercício pleno de direitos de classes que historicamente foram restringidas do uso e gozo dos beneplácitos sociais, exemplificadamente populações afrodescendentes, indígenas e pessoas com deficiência.

Nesta senda percebe-se a existência de duas vertentes sólidas de embasamento para a aplicabilidade das ações afirmativas como políticas públicas, quais sejam uma justiça compensatória e a justiça distributiva, onde a primeira busca ressarcir os danos causados pelas discriminações sociais ao longo da história e a segunda com base na equidade de benefícios.

O princípio da igualdade possui múltiplas faces na medida em que não é possível sua aplicação sem identificar as diversas nuances de um processo de colheita de informações de desigualdade, seja ela material ou formal. A adoção de mecanismos a fim de solucionar este impasse de desigualdade é medida que se impõe, uma vez que, ações de políticas públicas e afirmativas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia. Nesse contexto Boaventura de Souza Santos (2003) ressalta que:

“(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (SANTOS 2003. p. 56)⁸

Conforme preceitua o artigo 5º, *caput*, da Constituição, *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"*. Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789, de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

⁶ Extraído do Voto do Relator Ricardo Lewandowski, STF, ADPF 186, p. 9

⁷ A inserção de políticas públicas na agenda governamental dos países relaciona-se com o modelo de Estado vigente, no qual se evidencia a evolução e o amadurecimento dos direitos sociais e políticos nos estados democráticos. Nesse processo, é necessário o estabelecimento de nova cultura, uma cultura democrática, que seja comprometida com a integração da sociedade e do Estado no processo de discussão de políticas públicas. (KOTLINSKI, 2011, p.131)

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

Importante ressaltar, que o legislador não ateu a isonomia formal, mas a propiciar mecanismos, meios a evidencia a concretização da equidade de condições através de políticas públicas, ações afirmativas, conforme assim exposto no corpo do voto do Eminente Relator:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja elevada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.⁹

Neste sentido Fernanda Lopes Lucas da Silva (2003) destaca que:

Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação".(SILVA, 2003. p. 42)

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. (DALLARI, 2015)

Pelo exposto, percebe-se que a doutrina de John Rawls (2000) considera os princípios da justiça associados a ideia de equidade, não se discutindo conceitos clássico de justiça, mas as condições em que os participantes do contrato social¹⁰ elegem os princípios da justiça em deliberação racional. Assim expõem:

Os princípios servem de base para a escolha de uma Constituição política, e os elementos principais do sistema e social são o objeto do consenso original. São esses princípios, segundo afirma o autor, que " pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam

⁹ Extraído do Voto do Relator Ricardo Lewandowski, STF, ADPF 186, p. 4.

¹⁰ Na teoria da justiça menciona-se um contrato muito peculiar, um contrato hipotético. Rawls refere-se, então, portanto, a um acordo que firmáramos sob certas condições ideais, e no qual é respeitado nosso caráter de seres livres e iguais. (GARGARELLA, 2014, p.14).

numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. (RAWLS, 2000. p. 8)

Como principal instrumento na derivação dos seus dois princípios básicos de justiça é uma versão mais geral e abstrata de contrato social, através da elaboração de uma posição original. O primeiro objetivo da justiça como equidade será o de explicar as liberdades e os direitos básicos, e também sua prioridade. O segundo objetivo é integrar essa explicação a um entendimento da igualdade democrática, conduzindo ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença.

A idealização da escolha dos princípios da justiça aborda a sequência de quatro estágios, enfatiza que em um primeiro momento ocorre a eleição dos princípios pelos cidadãos sob o "véu da ignorância" (RAWLS, 2000), o qual garante a ausência de favorecimento ou desfavorecimento no resultado da escolha. Evidencia que:

(...) Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado ao acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. (RAWLS, 2000. p. 13)

Nesta concepção de escolha, através do primeiro estágio, nota-se a presença de equidade no resultado, possibilitando o prosseguimento da eleição dos princípios através da escolha de uma convenção constituinte, que nada mais é do que a Constituição. Após, é criado o sistema legislativo com fito de criação de normas e regras que guiarão a sociedade, e, por fim, uma espécie de executivo, que compreende a aplicação das regras a casos particulares por parte de juízes e administradores, não excluindo a participação dos cidadãos em geral.

Na interpretação de John Rawls (2000), a Constituição deveria garantir uma participação de igualdade no processo político. Dando prioridade ao princípio da igual liberdade para todos sobre a teoria da justiça. A teoria da justiça pressupõe uma teoria do bem, fixando limites à sua concepção, que decorrem da primazia da justiça sobre a eficiência e da primazia da liberdade sobre benefícios sociais e econômicos.

Como se vê a justiça passa para o centro da reflexão, neste momento é importante saber se significa ser justa ou não, exigindo para sua resolução, muito

questionamento. Isto, não implica, porém, questionar sua legitimidade, mas se num certo limiar de decisões, se o direito e a justiça se aproximam.

Sendo assim, as raízes desta questão encontram-se na determinação de uma justiça baseada nos valores de liberdade e igualdade, na estrutura base da sociedade. A filosofia não estabelece formas apropriadas a estes valores, mas tem como base de ideia o acordo político, do qual resulta a concepção de justiça para os cidadãos, que são pessoas livres e iguais. Desta forma, evidencia-se o objeto primário da justiça social que se dá através da aplicabilidade dos princípios da justiça, ressaltando que:

Os princípios de justiça contidos no acordo original devem ser gerais, universais, irrecorríveis e públicos, sendo que o primeiro princípio eleito por Rawls é o da liberdade, segundo o qual todas as pessoas têm o direito de ser livres, mas devem respeitar o igual direito dos demais. Já o segundo princípio refere-se ao fato de as desigualdades que afetam as expectativas de vida das pessoas são inevitáveis, devendo ele operar justamente para garantir as mesmas oportunidades a todos, especialmente aos desprivilegiados. (LEAL, 2013. p. 13)

Assim, os dois princípios elegidos são o direito a um sistema abrangente de todas as liberdades básicas iguais, compatível com um sistema de liberdade para todos. Segundo, que as desigualdades econômicas e sociais sejam ordenadas de tal modo que a mesmo tempo beneficiem o maior número de menos favorecidos, e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. *In verbis*:

Ora, se estivéssemos na mesma posição, a mesma escolha teríamos feito, isso porque, buscaríamos uma sociedade justa, pautada na igualdade e na equidade, visando uma justiça social, não em razão de um altruísmo, mas em razão de que toda a sociedade se deu sem que soubéssemos o nosso papel, nossas características, etc; não saberíamos a que classe pertencemos, dominante ou menos privilegiada, e, por esta razão, não poderíamos discriminar, pois poderíamos acabar nos prejudicando. (TONET, 2012. p. 73)

Vale mencionar Michael J. Sander, em seu livro "*Justiça: O que é fazer a coisa certa*", aborda a temática trazida por John Rawls em relação a divisão de dois princípios como idealização de uma justiça distributiva, destacando que:

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e de religião. Esse princípio sobrepõem-se a consideração sobre utilidade social e bem -estar geral. O

segundo princípio refere-se a equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade. (SANDEL, 2012. p. 179)

Denota-se, que os princípios constitucionais não são relevantes apenas à questão do direito positivo, mas também à concepção filosófica e sociológica dos valores existentes no ordenamento jurídico e constitucional, buscando sempre uma “justiça efetiva”. Esses princípios implicam para teoria do dever e da obrigação no âmbito político e constitucional.

Neste estudo, realizada o exame dos conceitos de Justiça Distributiva e princípios da justiça através de uma idealização de equidade, permeada a análise de ações afirmativas e políticas de cotas como forma de redução das desigualdades, faz-se necessário verificar a aplicabilidade do analisado no âmbito do julgamento da ADPF 186 perante o Supremo Tribunal Federal.

3 Aplicabilidade da Justiça Distributiva de John Rawls no julgamento da ADPF 186 pelo STF

Indiscutível a existência de desigualdade no ingresso do ensino superior no âmbito nacional, por razões várias, o que torna necessária uma aprofundada discussão sobre meios de inclusão social e acesso ao ensino, o que remonta as ações afirmativas declinadas anteriormente, embora o objeto do presente estudo não seja o exame da discussão de cotas raciais, e sim, a aplicabilidade do conceito de justiça distributiva.

A questão fundamental examinada pela Suprema Corte no julgamento da ADPF 186 centrou-se na discussão de saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal.¹¹

A fim de identificar o contexto do julgamento, diga-se que a questão foi suscitada pelo Partido Político Democratas (DEM), o qual questionava o sistema de

¹¹ É inquestionável que tal tema leve a um grande debate jurídico, na medida em que, fora realizado audiência pública com participação de 38 (trinta e oito) especialistas de entidades governamentais e não governamentais, vem como a participação na condição de amigos da corte (*amicus curiae*) de diversas instituições.

cotas de reserva de vagas para negros na Universidade de Brasília (UnB), por meio de programas de ações afirmativas em critérios étnico-racial.

Chegando ao ponto identificado como objeto de pesquisa, percebe-se como idealização central das razões de decidir na ADPF 186, a busca pelo significado da justiça distributiva de John Rawls e sua aplicabilidade no caso em concreto, na medida em que, é possível a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais. Assim inicia o fundamento de aplicabilidade do conceito no caso em concreto:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.¹²

Ressalta-se que o princípio da igualdade se caracteriza pela aplicação da distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Neste caso a sociedade deve promover a distribuição igual de riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerarem o maior benefício para os menos favorecidos.

Como destacado anteriormente, a igualdade material¹³ entre as pessoas somente será alcançada se o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, em uma visão utilitarista, mediante ações afirmativas permitindo a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas identificadas.

Adotar políticas deste viés leva a superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integrando o núcleo do conceito de democracia, regime no qual, para usar as palavras de Boaventura de Sousa Santos (2003):

“(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as

¹² Extraído do Voto do Relator Ricardo Lewandowski, STF, ADPF 186, p. 8.

¹³ O Brasil não se ateve simplesmente em proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais e econômicas.

diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades". (SANTOS, 2003. p. 56)

Da análise da concepção de justiça, passando pela verificação da aplicabilidade das ações afirmativas, observa-se que a transformação do direito a igualdade, em uma sociedade desenvolvida e equilibrada, dá-se por meio da chamada justiça distributiva, objeto do presente estudo, e fundamento primordial a justificar a decisão nos autos da ADPF 186. Veja-se fundamentos basilares:

"É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada "justiça distributiva".

(...)

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade".

Para o Ministro, o princípio da igualdade sob a ótica da justiça distributiva tem como escopo a promoção da inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados historicamente, de forma que a discussão centra-se em políticas de ações afirmativas. Assim, conforme salientado:

Referiu, ainda, que a questão básica da ação, é a metodologia da reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos a universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta e que as políticas que buscam mudar, no meio universitário, o panorama histórico de desigualdades étnico sociais em nosso país devem ser analisadas sob a ótica dos princípios constitucionais como um todo. (LEAL, 2013. p. 17)

O que se percebe claramente na fundamentação utilizada para julgar a matéria, é que as ideias de justiça distributiva de John Rawls (2000), na medida em que fora embasada em dois elementos primordiais da teoria da justiça, qual seja, maior liberdade possível e aceitação das desigualdades, rompendo com uma visão utilitarista de justiça social, reconhecendo a existência das diferenças são aplicáveis ao caso concreto.

John Rawls (2000) propõe a eficácia de ações que satisfaçam os desiguais, com premissas de igualdade e equidade, notadamente em relação a distribuição de benefícios ao menos privilegiados, sempre com fito final da justiça, destacando que:

Desigualdades sociais e econômicas, posições privilegiadas na vida pública, são justas se " resultarem em benefícios para todos e, em particular, para os membros menos privilegiados da sociedade." As desigualdades funcionam aqui em prol dos menos favorecidos: estes não recebem mais do que receberiam num sistema de igualdade. (RAWLS, 2000. p. 333)

Importante salientar a posição do Ministro Joaquim Barbosa, único ministro negro da Corte, a época do julgamento:

Aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade que contraponham os interesses de outros na manutenção do status quo, é natural que as ações afirmativas sobram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam resistência da parte daqueles que historicamente se beneficiam da discriminação de que são vítimas os grupos minoritários. Ações afirmativas tem como objetivo neutralizar os efeitos perversos da discriminação racial.¹⁴

Portanto, a política afirmativa de reserva de vagas, embasada em preceito fundamental de igualdade e equidade, em consonância com os pensamentos de justiça distributiva de John Rawls (2000), concebendo os princípios de justiça contidos no acordo original são aplicáveis ao caso em concreto, razão pela qual é cristalina a fundamentação ao destacar igualdade aos desiguais, reafirmando o valor de ações afirmativas desta natureza para fim de efetivar a redução de desigualdades dos grupos minoritários.

Igualmente, inquestionável que o voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski que enfatizou o reflexo direto da teoria da justiça de John Rawls, defendendo uma idealização de equidade e igualdade nos bens sociais, o qual somente será alcançado por meio de uma justiça distributiva.

Considerações finais

O objeto da justiça como equidade é a estrutura básica da sociedade, de forma que, possibilita o surgimento de pontos que favorecem alguns em detrimentos de

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Voto. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 25-26.04.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 jun. 2015.

outros com fito de buscar a igualdade formal e material. Desta forma, no estudo fora possível identificar quatro estágios da Teoria da Justiça, ao qual se visualiza a ocorrência de dois princípios de justiça.

Na perspectiva do autor, diante uma situação hipotética, na qual a sociedade em posição igualitária, escolheria seus princípios da justiça que viriam a regular todas as situações da vida social, de forma que, a chamada posição original era dada como ponto de partida, sendo que, sobre o "véu da ignorância" haveria a possibilidade de alcançar a equidade entre todos os membros.

Dentro do questionamento levantado no presente artigo não se pretende exaurir o assunto ou realizar afirmações categóricas, mas perceber que, inegavelmente, o que se refere à utilização do preceito de justiça distributiva como forma de decidir, causa extremamente complexa, autorizando reflexões distintas sobre o mérito, sem abalar o conceito de justiça como equidade. Ainda, instigar a reflexão à importância do fenômeno jurídico com os conhecimentos humanos e filosóficos.

Diante deste ponto de vista compreende-se do estudo realizado a existência de duas vertentes sólidas de embasamento para a aplicabilidade das ações afirmativas como políticas públicas, quais sejam uma justiça compensatória e a justiça distributiva, onde a primeira busca ressarcir os danos causados pelas discriminações sociais ao longo da história e a segunda com base na equidade de benefícios. A idealização da busca por condições equânimes de igualdade entre os desiguais é medida que se impõe na busca por uma teoria de justiça, onde na visão do autor John Rawls, inicia-se pelo condicionamento social de desenvolvimento e concepção ética das sociedades, para após, possibilitar através de medidas o regular emparelhamento dos direitos.

O julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao analisar uma fundamentação cristalina sob a necessidade de aplicação de ações afirmativas, com fito de corrigir as desigualdades existentes historicamente acumuladas, além de possibilitar uma maior inclusão social e redução das diferenças, caminha para a efetivação plena de uma sociedade democrática de direitos e valores, através de um Estado combativo contra as diferenças e desigualdades sociais, ao qual se busca entendimento através do conceito de Justiça Distributiva de John Rawls.

Por fim, constata-se que contemporaneamente a implementação de políticas públicas afirmativas de cotas, constitui uma alternativa para o equilíbrio das relações sociais no Estado, e notoriamente através da aplicabilidade da justiça distributiva é possível a concretização da igualdade material em equidade de possibilidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 25-26.04.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 jun. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: 2015.

GARGARELLA, Roberto. **Teoria da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOTLINSKI, Ana Maria Benavides. **O novo paradigma de políticas públicas: estado, sociedade civil, uma esfera ampliada**. Revista de Direito Anhanguera Educacional, v.14, n.19, 2011.

LEAL, Monia Clarissa Hennig; RIBEIRO, Civana Silveira. **O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional de políticas públicas de inclusão social: Uma análise da ADPF 186 (Cotas Raciais) com base no conceito de justiça distributiva de John Rawls**. In: GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Monia Clarissa Hennig (Org.) *Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos*. Curitiba: Multideia, 2013.

NEDEL, José. **A teoria etico-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade – Uma reformulação**. Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **Uma Teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade. uma concepção política, não metafísica**. Lua Nova, 1991.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social. Vol. I**. Editora Nova Cultural, Série Os Pensadores 1987.

SALLA, Danielle de Moraes; TERRA, Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos. **Ações afirmativas: cotas universitárias, um afronte ao princípio da igualdade?** In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.) Direito e Educação. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TONET, Fernando; NUNES, Luiz Felipe. **A política de cotas nas universidades brasileiras a partir de critérios étnico-raciais e a teoria da justiça como equidade de John Rawls.** In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Yhamir (Org.) Direito e Políticas Públicas VII. Curitiba: Multideia, 2012.

WEBER, Thadeu. Rawls: **Uma concepção política da justiça:** In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, de. Elton Somensi, (Org), Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico. São Paulo: Manole, 2010.