



Fernando Rabello

100

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

JOHN RAWLS' THEORY OF JUSTICE AND THE CONSTITUTIONALITY OF AFFIRMATIVE ACTIONS IN BRAZIL

Regis Gonçalves Pinheiro

RESUMO

Examina a Teoria da Justiça de John Rawls e, a partir dela, avaliar como a Justiça brasileira se posiciona perante as políticas de afirmação social, em favor das minorias sociais. Aborda a questão da conduta proativa do Poder Judiciário, conceituado como ativismo judicial, que pode ser um importante instrumento de limitação à ditadura da maioria.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; Teoria da Justiça de John Rawls; ativismo judicial; política de afirmação; inclusão social.

ABSTRACT

The author explores John Rawls' Theory of Justice and based thereupon, he evaluates Brazilian justice position about implementing affirmative actions policies to favor social minorities.

He discusses the issue on the proactive conduct of the Judiciary, considered as judicial activism, which may be an important tool to limit the dictatorship of the majority.

KEYWORDS

Legal Theory; John Rawls' Theory of Justice; judicial activism; affirmative policy; social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito analisar a Teoria da Justiça de John Rawls e, a partir dela, analisar como a Justiça brasileira tem-se posicionado perante as políticas de afirmação social, em favor das minorias sociais.

Para tanto, dividiu-se o artigo em quatro partes: a primeira dedicada a uma análise dos principais elementos norteadores da teoria de justiça de John Rawls, com ênfase no princípio da liberdade e justiça distributiva. A segunda dedicada a uma análise da evolução histórica do conceito de Estado, após as Revoluções Francesa e Americana, até o Estado do bem-estar social, no qual os direitos fundamentais presentes na Constituição deixam de ser meras normas de informação programática do legislador infraconstitucional, para ter reconhecida a sua plena normatividade, assegurando direitos aos cidadãos. Na terceira parte, por sua vez, passa-se a analisar e conceituar as ações afirmativas de inclusão social, bem como o princípio da igualdade à luz da Constituição Federal de 1988, elaborando uma ligação com a doutrina de John Rawls, ou seja, direito como equidade, justiça distributiva e igualdade material. Analisar-se-á ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em face da política de afirmação e inclusão social da Universidade de Brasília de reserva de cotas para estudantes negros. À quarta parte, é destinada uma breve análise do ativismo judicial, o qual pode ser instrumento fundamental para as garantias e efetividade dos direitos sociais ou interferência antidemocrática Poder Judiciário perante o Executivo e Legislativo, violando assim o diálogo democrático, por uma esfera de poder sem legitimidade democrática para tanto.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A teoria de justiça de John Rawls irradia forte influência sobre as políticas governamentais contemporâneas, principalmente no que se refere às ações afirmativas em favor das minorias sociais. Em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, John

Rawls elabora um arcabouço jurídico de como seria uma sociedade justa hodiernamente. Essas ideias liberais influenciaram diversas ações afirmativas, tanto nos EUA como no Brasil.

Segundo a teoria de Rawls, para uma sociedade ser considerada justa, faz-se necessária a diminuição das diversas formas de desigualdades, e, para que isso ocorra, é indispensável a adoção de ações afirmativas em favor de minorias.

A base teórica de John Rawls, tendo forte influência da teoria liberal, fundamenta-se na igualdade. Foi classificada como filosofia liberal do Direito por Vami-reh Chacon – o qual é responsável pela tradução para o português e pelo capítulo de introdução à obra *Uma Teoria da Justiça* – para quem, *A Theory of Justice é uma Teoria do Direito da sociedade civil. Busca um direito baseado no consenso, cabendo ao Estado apenas aplicá-lo mediante coerção revisável pela cambiante opinião social* (RAWLS, 1981, p. 4).

Rawls tem inspiração humanista de Locke, Rousseau e Kant, e oferece uma visão alternativa ao utilitarismo e ao intuicionismo. A justiça para Rawls (2008, p. 28) *é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento*, e arremata o filósofo norte americano: *Numa sociedade justa, as liberdades entre os cidadãos são iguais à tomada como estabelecida; os direitos, sustentados pela justiça, não estão sujeitos a barganhas políticas ou cálculos e interesses sociais [...]. Sendo a verdade e a justiça as principais virtudes das ações humanas, estas não podem estar sujeitas a compromissos.*

Segundo Rawls, uma sociedade justa teria dois pressupostos: primeiro, igualdade de oportunidade a todos em condições de igualdade plena, ou seja, equidade plena; e segundo, os benefícios consecutórios dessa sociedade justa devem ser distribuídos, preferencialmente, aos integrantes menos privilegiados da sociedade, a quem classifica de *worst off*, pois, para que ocorra justiça social,

faz necessário amparar os desvalidos. Rawls classifica os talentosos como *better off*, os quais seriam mais dotados, seja por nascimento, herança ou dom, que deveriam renunciar em favor do

ideal de justiça social, parte de seus bens materiais em favor dos *worst off*, e estes deveriam, com este algo a mais, ampliar seus horizontes.

Segundo a teoria de Rawls, para uma sociedade ser considerada justa, faz-se necessária a diminuição das diversas formas de desigualdades, e, para que isso ocorra, é indispensável a adoção de ações afirmativas em favor de minorias.

Conforme Ana Paula de Barcellos (2011, p. 145), para Rawls, na justiça como equidade, *o homem é um ser racional que está só em essência e é dotado de suas próprias concepções particulares sobre a sociedade, a justiça e o bem, bem como os objetivos pessoais que deseja perseguir*. Assim, Rawls inicia sua construção teórica em um estágio anterior ao contrato social, a que denomina de “posição original”, consoante a qual os homens necessitam elaborar um ordenamento com regras justas e imparciais.

Nesse estágio pré-contrato social, um grupo de indivíduos prestes a formar uma sociedade, necessita eleger os princípios informativos e norteadores de sua base jurídico-política. E para que essa escolha não tenha como fundamentos os interesses individuais de cada um, Rawls idealiza o que conceitua como “véu da ignorância”, ou seja, esses indivíduos não sabem a que classe social pertencem, se são nobres ou plebeus, ricos ou pobres, se são civilizados ou não, tampouco sabem qual religião cada um profetiza, ou a qual etnia pertencem. Devem decidir norteados apenas pelo senso de justiça inerente a cada um.

Dessa forma, Rawls acredita que, como os indivíduos não têm noção da classe, etnia ou religião do outro, necessitam agir com cautela e precaução contra possíveis retaliações e perseguições, razão pela qual são induzidos a conceberem dois princípios fundamentais de justiça: (I) *Cada pessoa deve ter o direito ao mais extensivo sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras*; e (II) *as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades*. (BARCELLOS, 2011, p. 147)

Analisando esses dois postulados, verifica-se que a desigualdade é possível, desde que para beneficiar os menos favorecidos, ou seja, os *worst off*. Rawls entende ainda que o primeiro princípio, o da diferença, deve ter prioridade sobre o segundo (justiça distributiva), que somente deve ser implementado após aquele, para que as liberdades não sejam tolhidas. Para uma melhor exposição, tomamos a liberdade de transcrever as explicações de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 147-148): *O princípio da diferença diz respeito à distribuição dos bens na sociedade e é composto por três elementos. Preliminarmente, é preciso esclarecer que Rawls entende perfeitamente possível a desigualdade econômico-social entre indivíduos. Nada obstante, em primeiro lugar, a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos. Vale dizer: aumento da desigualdade só se justifica se redundar em uma maior expectativa de benefício para o sujeito representativo mais pobre. [...] Pelo segundo elemento se exige que as posições e funções na sociedade cuja ocupação por uns e não por outros gera a desigualdade, têm de estar abertas a todos indistintamente.*

Os direitos fundamentais da pessoa surgiram em consequência do desenvolvimento do capitalismo, pois, para pôr fim à insegurança jurídica e social do regime absolutista, foi necessária a fundação do Estado de Direito [...]

O segundo postulado de Rawls pressupõe igualdade de condições – ou como Barcellos (2011, p. 148) denomina “posição equitativa de oportunidades” – *é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do primeiro princípio, o da liberdade*, pois a falta de mínimo existencial torna inviável o gozo das liberdades asseguradas pelo ordenamento jurídico.

Assim, a partir da construção do modelo de justiça proposto por Rawls, alicerçado na igualdade equitativa entre os homens, nas liberdades individuais, bem como na justa oportunidade, é que se faz necessária a elaboração de políticas públicas, com a finalidade de assegurar justa oportunidade aos menos favorecidos socialmente, estruturando a sociedade mediante ações afirmativas.

3 BREVE HISTÓRICO DO CONCEITO DE ESTADO MODERNO

A Revolução Francesa de 1789, com a ascensão da clas-

se burguesa ao comando do Estado, marcou a passagem do Estado Absolutista para o Liberal. Durante aquele, havia uma ausência de uma segurança jurídica e social, em razão da concentração do poder na pessoa do monarca, o que impedia o pleno desenvolvimento do capitalismo.

O capitalismo passou a ser a razão econômica da nova sociedade dominante, confundindo-se com o conceito de Razão de Estado, justificativa para o estado de exceção. Bercovici entende a *formação do estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do sistema capitalista. Capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são partes da mesma evolução histórica* (BERCOVICI, 2008, p. 44).

A democracia moderna surgiu praticamente ao mesmo tempo na América do Norte (Revolução Americana) e na França (Revolução Francesa) e foi a solução política encontrada pela burguesia para pôr termo final aos privilégios do clero e da nobreza. Comparato (2008, p. 51) acrescenta que *o espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governos irresponsáveis*.

Os direitos fundamentais da pessoa surgiram em consequência do desenvolvimento do capitalismo, pois, para pôr fim à insegurança jurídica e social do regime absolutista, foi necessária a fundação do Estado de Direito, e a elaboração de uma Constituição, conforme explica Canotilho (2007, p. 95): *a ideia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos –, na construção de um État Légal concebido como uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a Déclaration de 26 de Agosto de 1789 consagrando os “droits naturels et sacrés de l’homme”. Esta Déclaration era, simultaneamente, uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição”: supraconstituição, porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria Constituição (1791); pré-constituição, porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira Lei Superior.*

Os Estados liberais, formados após a Revolução Francesa e Revolução da Independência Americana, têm alicerce na Constituição e são classificados como Estados constitucionais e separam as funções entre Legislativo, Judiciário, e Executivo, conforme Bonavides (2007, p. 41).

O homem foi inserido no centro das discussões, com a Revolução Francesa, e foi instituída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – constituída de dezessete artigos – segundo a qual a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos. Reconhece-se a existência de direitos naturais, inalienáveis e sagrados inerentes à pessoa humana, devendo esta ser respeitada por todos que compõem a sociedade, e mais, o novo Estado de Direito deveria observar, respeitar e garantir os direitos individuais de cada um. Iniciam-se assim, os Estados liberais, em que *os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum*¹.

Foi reconhecida perante todos, inclusive Estado, a existência de direitos naturais imprescritíveis da pessoa humana, dentre os quais se destacam: a liberdade, a propriedade, a segurança, a

igualdade (meramente formal), e a participação política (embora censitária). A doutrina os classifica como “Direitos Humanos Fundamentais de Primeira Geração”.

Contudo, os Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, que se formaram após a Revolução Francesa, tinham como premissa básica a igualdade formal entre os indivíduos, pouco importando a classe social a que pertenciam, pois não era posto em prática o conceito de equidade. Segundo os ensinamentos de Cappelletti (1998, p. 9), *a justiça como todos os outros bens, no sistema do ‘laissez-faire’, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos*. Havia uma igualdade meramente formal, mas não efetiva.

A fundamentação econômica dos Estados Liberais é, segundo Nascimento (2010, p. 45), legada a Adam Smith, autor de *‘Riqueza das Nações’, que considera o trabalho como atividade humana aplicada à produção, medida e fundamento do valor*.

O período do constitucionalismo iniciado nos estados que adotaram o liberalismo econômico, após a Revolução Francesa, fixou os pilares necessários ao desenvolvimento do capitalismo, pois produziu um ambiente relativamente seguro, sob o ponto de vista jurídico e social.

Tal cenário terminou na Revolução Industrial, que se caracterizou pela exploração sem controle da atividade laboral do ser humano. Segundo Cassar (2011, p. 12): *a prática de que o ‘contrato faz lei entre as partes’ colocava o trabalhador em posição inferior de barganha que, em face da necessidade, acabava por aceitar todo e qualquer tipo de cláusula contratual, submetendo-se a condições desumanas e degradantes. Crianças e mulheres eram exploradas em condições insalubres e perigosas, com salários aviltantes em jornadas extremamente dilatadas, sem qualquer descanso, seja diário, semanal ou anual. Daí a necessidade de um novo sistema legislativo protecionista, intervencionista, em que o Estado deixasse a sua apatia natural e comum, sua inércia e tomasse um papel paternalista, intervencionista, com o intuito de impedir a exploração do homem pelo homem de forma vil*.

Assim, em face da espoliação humana, que foi um dos vetores marcantes dos séculos XVIII e XIX, surge o Direito do Trabalho, que tem como característica marcante a tutela da parte mais fraca, o

trabalhador, pelo Estado.

É importante ressaltar ainda que uma das características dos Estados Liberais é a quase ou nenhuma interferência do Estado na vida econômica, falta de regulamentação estatal reclamada e exigida pelos capitalistas, que foi imortalizada na expressão francesa: *“laissez faire, laissez aller, laissez passer”* que significa: **deixai fazer, deixai ir, deixai passar**. Essa falta de intervenção do estado levou a sociedade ao colapso e a conhecer as contradições do capitalismo.

O período do constitucionalismo iniciado nos estados que adotaram o liberalismo econômico, após a Revolução Francesa, fixou os pilares necessários ao desenvolvimento do capitalismo [...]

Diversos setores da sociedade, diante do quadro de lutas sociais e crescimento exponencial da pobreza, passaram a reconhecer a necessidade de um Estado regulador das atividades privadas, e, de acordo com Barros (2006, p. 60), a doutrina social da Igreja Católica era contra os arroubos socialistas, capitalistas ou comunistas, mas clamava por um Estado mais intervencionista: *o Estado deve intervir nas relações de trabalho para assegurar o bem comum; a propriedade não é um direito absoluto, e ao dono corresponde, na realidade, uma função de administrador, devendo submeter-se às limitações necessárias, dada a sua função social; o trabalho é título de honra, que toca a dignidade da pessoa humana; o salário deve ser justo e o suficiente para manter o trabalhador e sua família de forma decorosa; o descanso deverá permitir-lhe a reposição de forças e o cumprimento de deveres religiosos; não devem ser exploradas as ‘meias-forças’ (mulheres e crianças); trabalhadores e empregadores não devem enfrentar lutas de classes; a sociedade deve organizar-se corporativamente e as organizações profissionais deverão regular as relações de trabalho; o Estado deve intervir para regular e fixar condições em favor de quem não conta com outra sorte de proteção*.

Com o advento das lutas de classes, e as constantes críticas ao sistema de Estado Mínimo, notadamente com difusão das ideias marxistas e do pensamento socialista, o Estado passou a intervir com

a finalidade de proteger os mais desafortunados, os hipossuficientes. Era o sucedouro da segunda geração de direitos: os sociais. A primeira geração seria os direitos civis e políticos. Esse novo Estado intervencionista fora conceituado Estado do bem-estar, *Welfare State*.

O Estado do bem-estar social, também conhecido como Estado providência, tem como características as organizações políticas e econômicas, que elevam o Estado à mola propulsora de políticas públicas visando reduzir as desigualda-

des sociais. Esse estado intervencionista manifesta-se principalmente por meio da assistência e seguridade social, e decorre diretamente da tensão entre capital e produção da Revolução Industrial.

Uma das características marcantes dos Estados constitucionais sociais, que sucederam aos Estados liberais, é o anseio da sociedade por justiça, pois as garantias individuais estavam positivadas nas Cartas Constitucionais então vigentes, restando, assim, sua concretude e efetividade no seio de uma sociedade ansiosa por justiça social, conforme Bonavides (2007, p. 46): *o binômio justiça/liberdade torna-se de imediato, o pedestal do Estado constitucional dos direitos fundamentais*.

Os princípios constitucionais sobre direitos fundamentais, que não tinham força normativa nos Estados liberais, pois se limitavam a inspirar a produção normativa infraconstitucional da época, passaram a ter reconhecida sua normatividade imediata nos Estados Sociais, para que fosse possível haver concretude dos direitos fundamentais almejados pela sociedade da época.

Conforme se constata na doutrina de Soares (2008, p. 199), o Estado Constitucional Social dos primórdios do século XX, *considera que as liberdades públicas deverão ser asseguradas em consonância com a atuação e a presença do Estado para garantir à grande maioria da população o acesso a bens e direitos que, sem a interferência, dificilmente seriam alcançados*. Conclui o citado doutrinador que *houve uma mudança*

de paradigmas: do Estado Liberal (marcado pela ideia de limitação ao poder) para constitucionalismo social (caracterizado pela participação no poder).

Segundo Soares (2008, p. 199), a norma constitucional no estado social, tem as seguintes características: *as referências da Constituição são o Estado e a Sociedade; O arquétipo: Estado social, demarcado por três elementos constitutivos: princípios do compromisso e conformador, da democratização da sociedade e do Estado de direito formal; O telos do texto constitucional concilia os esquemas liberais de racionalização e limites com as exigências de socialização e democracia; A força normativa exprime-se pela eficácia juridicamente conformadora de suas normas em relação ao estatuto de Estado-sociedade; A estrutura da constituição, essencialmente positiva, ao conformar a sociedade através de imposição de fins e tarefas aos poderes públicos, e ao consagrar, ao lado de direitos negativos, os direitos positivos (direitos de participação e a prestações estatais).*

O Estado social organiza-se política e economicamente, de forma a promover a sociedade e a economia, tornando-se regulamentador social, da economia e da política. Trata-se de um estado intervencionista, que, para concretizar seus fins sociais, vale-se de parcerias com várias entidades, inclusive privadas, para garantia do bem do serviço público.

Observa-se ainda que a conquista por direitos fundamentais foi geral, à medida que novas Constituições foram sendo promulgadas, após a Segunda Guerra Mundial, conforme observa Grados (2012, p. 399): *En las principales Constituciones promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días, se puede un común denominador: un capítulo o hasta un título del plexo constitucional que está dedicado íntegramente, y em exclusiva, a los derechos fundamentales. La buena noticia es que aún con la Europa dolida y humeante or el holocausto del primer lustro de los años 40, fueron precisamente los países inicialmente responsables de la más sangrienta de las guerras los que colocaron al ciudadano por encima del Estado.*

Assim, em face da espoliação humana, que foi um dos vetores marcantes dos séculos XVIII e XIX, surge o Direito do Trabalho, que tem como característica marcante a tutela da parte mais fraca, o trabalhador, pelo Estado.

Analisando a doutrina de Soares (2008, p. 206), ele reconhece o novo papel intervencionista do estado: *no Welfare State, o estado reservou para si o papel de co-responsável pela situação econômica. Partindo-se da premissa de que a estabilidade e o bom funcionamento da economia devem proporcionar os necessários pressupostos para o cumprimento das tarefas sociais.*

É consenso que o Estado do bem-estar social (*Welfare State*) desenvolveu-se, em regra, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa, cuja forma de organização tem origem após a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, e os horrores da Segunda Guerra Mundial desenvolvendo-se após o fim dos governos totalitários.

Assim, Soares (2008, p. 207) apud Habermas (1996) explica que: *O cidadão-proprietário, peculiar ao Estado liberal, viu-se transformado em cidadão-cliente do Estado do bem-estar social, através da materialização do direito, que passa a ser sistema de regras e de princípios otimizáveis, substâncias de valores fundamentais, bem como programas de fins, realizáveis no limite do possível.*

Os direitos fundamentais são o alicerce da jurisdição constitucional (AGRA, 2009, p. 432), e, por consequência, legitimam a prevalência jurisdicional, por se tratar de interesse público. Tal entendimento está em consonância direta com o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Vejam o pensamento de Bercovici (2008, p. 321): *a ampliação dos direitos políticos e o conteúdo material dos direitos sociais tornou o pós-Segunda Guerra Mundial o período em que a emancipação e a reivindicação da democracia econômica e social chegaram ao seu momento mais elevado. No entanto, apesar dos avanços e conquistas, o Estado social o segundo pós-guerra e os trinta anos de 'consenso keynesiano' acabaram por se revelar uma exceção na história do capitalismo. Além disso, as constituições sociais vão, desde o início, enfrentar vários obstáculos para a sua concretização, sendo apenas parcialmente cumpridas. O núcleo emancipatório das constituições sociais, na prática, foi suspenso. A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar evidente, com a nova crise econômica, a partir da década de 1970, e a contra-revolução neoliberal conservadora que não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca sua extirpação formal do texto constitucional.*

Assim, o Estado do bem-estar social, intervencionista, preservou a estrutura capitalista, mantendo, artificialmente, a livre iniciativa e a concorrência, e compensando as desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos sociais, conforme conclui Soares (2008, p. 207).

4 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E INCLUSÃO SOCIAL

Políticas de ações afirmativas e inclusão social podem ser definidas como o conjunto de medidas adotadas por um país, com objetivo de erradicar ou mitigar, ao máximo, desigualdades históricas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, ou seja, a justa oportunidade a que se referia Rawls, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. O referido conceito tem por parâmetro aquele elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto n. 20, de novembro de 1995, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso.

As ações afirmativas e a inclusão social são uma consequência do aprofundamento do conceito de equidade, que, para muitos, confunde-se com igualdade material, e tem correspondência direta com a evolução do conceito de direitos fundamentais, os quais decorrem, conforme a lição de Moraes (2005, p. 01) da *necessidade de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.*

O princípio da igualdade está positivado na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, nos seguintes termos: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*

Ocorre que a igualdade prevista na Magna Carta brasileira não é a igualdade meramente formal trabalhada nos Estados Liberais após a Revolução Francesa, mas a igualdade material, fundamentada na equidade, que consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, conceito este atribuído a Aristóteles (MELLO, 1998, p. 10). Trata-se de uma exigência do próprio conceito de Justiça, conforme Morais (2005, p. 81).

Analisando a sociedade norte-americana, constata-se a existência de um conflito, pois se procura garantir a aplicabilidade à regra da maioria, bem como proteger as minorias contra a discriminação.

Observa Eduardo Appio, o qual cita Ronald Dworkin: *Atualmente existe um importante argumento não somente na América, mas também ao redor do mundo, se o judicial review é inconsistente com a democracia. Advogados e políticos que assim argumentam não só assumem que a democracia significa a regra da maioria, mas ainda que o judicial review é por definição antidemocrático e a única questão que remanesce a ser decidida é se apesar de tudo é justificado. Ao contrário, outros advogados e políticos sustentam o que a democracia realmente é: alguns deles insistem que o judicial review não é inconsistente com a democracia porque a democracia não se resume à regra da maioria, mas a regra da maioria sujeita aquelas condições que a fazem justa.* (DWORKIN apud APPIO, 2008, p. 36).

Historicamente, a regra da maioria tem como finalidade solucionar os conflitos políticos, então existentes na Idade Média, os quais tinham um grau elevado de homogeneidade, onde a proteção das minorias não tinha se revelado im-

portante, como observa Eduardo Appio (2008, p. 37), e acrescenta, *nas sociedades contemporâneas, a regra da maioria pode servir como instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantar os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais.* Lei genérica e abstrata, tem como pressuposto uma sociedade homogênea, formada por pessoas que gozem de liberdade, igualdade material e com os mesmos anseios.

As ações afirmativas e a inclusão social são uma consequência do aprofundamento do conceito de equidade, que, para muitos, confunde-se com igualdade material, e tem correspondência direta com a evolução do conceito de direitos fundamentais [...]

Eduardo Appio (2008, p. 37-38) reconhece a importante contribuição de John Rawls para a concepção de Justiça, bem como de direito como equidade. Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 47) esclarece que, quando se diz que todos os seres humanos são iguais, na realidade trata-se de que todos nascem valendo a mesma coisa, mas por natureza são desiguais, pois uns nascem ricos, outros pobres, uns negros, outros mestiços, etc., e acrescenta: *os seres humanos nascem iguais, mas a sociedade os trata, desde o começo, como se fossem diferentes, dando muito mais oportunidades a uns do que a outros.* O conceito de justa oportunidade de Rawls tem como finalidade erradicar as desigualdades sociais.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 5º da Constituição Federal, reconheceu que o princípio da igualdade positivado na Magna Carta de 1988, é o da igualdade material, e, em diversas oportunidades, a Suprema Corte brasileira proferiu decisões reconhecendo a equidade, como alicerce norteador das decisões. Recentemente, a Universidade de Brasília adotou política afirmativa de inclusão social, reservando um percentual de suas vagas para indivíduos de raças negras. O partido político Democratas, irresignado, ingressou com ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, contra a Universidade, alegando, em suma, a inconstitucionalidade da política de reserva de vagas para negros, sob a alegação de que todos são iguais perante a lei.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da referida ADPF, reconheceu a constitucionalidade da política de inclusão social de minorias adotada pela UnB. Destacam-se alguns trechos do voto do Ministro²: *à toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando*

em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada 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.

A justa oportunidade idealizada por John Rawls pressupõe que uma sociedade somente poderia ser justa socialmente por meio de uma conciliação política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. São os princípios da Justiça Distributiva, a qual foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Ricardo Lewandowski, relator da citada ADPF n. 186, assim entendeu: *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”. Só ela*

permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Assim, é possível afirmar que os princípios Justiça Distributiva é constitucional, conforme exposto reconhecimento do Supremo Tribunal Federal.

5 ATIVISMO JUDICIAL

Atualmente, constata-se uma frequente ingerência do Judiciário nas demais funções estatais, caracterizando, para muitos, uma prática antidemocrática, porque na República Federativa Brasileira, tanto o Legislativo como o Executivo têm legitimidade popular, ao passo que o Judiciário não tem qualquer representatividade democrática. Trata-se do fenômeno do ativismo judicial. Conforme exposto acima, a visível supremacia do Poder Judiciário sobre as demais instituições, notadamente sobre o Poder Legislativo, decorre em grande parte, do reconhecimento da força normativa das constituições, as quais deixaram de ser mero elemento de orientação política a ser observado pelos representantes do povo, os parlamentares.

Conforme a doutrina clássica de Montesquieu (2000, p. 168), a função dos juizes não deveria ir além de mero executor das leis, os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem o seu rigor. Depreende-se que o Poder Judiciário não poderia inovar o ordenamento jurídico.

Para entender a doutrina de Montesquieu, é necessário analisar e considerar o período histórico em que ela foi produzida, após o absolutismo Europeu, durante o qual os juizes adotaram uma postura de total subserviência ao monarca absoluto. Assim, por mais paradoxal que possa parecer, para Montesquieu, quando os juizes limitavam-se a ser meros reprodutores da letra da lei, nem mais, nem menos, defendiam o pacto democrático, uma vez que a lei decorria da soberania do povo.

[...] o ativismo judicial tem-se mostrado atualmente como um paradoxo, pois é uma importante ferramenta de concretização dos direitos fundamentais, mas o abuso ulcera o diálogo democrático.

A bem da verdade, hodiernamente não podemos conceber a função jurisdicional como mera executora de leis (boca de lei), pois tal posicionamento está superado há muito. Sabe-se que os juizes possuem certa liberdade para interpretar a norma. A grande questão é saber qual o limite do Poder Judiciário.

Os Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, em razão de sua filosofia individualista dos direitos, garantiam o acesso formal do cidadão à Justiça. Pouco importava a classe social a que pertenciam, pois não era posto em prática o conceito de equidade. Segundo os ensinamentos de Cappelletti (1998, p. 17), a justiça como todos os outros bens, no sistema do *'laissez-faire'*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos. Havia uma igualdade meramente formal, mas não efetiva.

Com o advento das lutas de classes e das constantes críticas ao sistema de Estado Mínimo, notadamente com difusão das ideias marxistas e do pensamento socialista, o Estado passou a intervir com a finalidade de proteger os mais desafortunados, os hipossuficientes. Nascia a segunda geração de direitos: os sociais. A primeira geração seriam os direitos civis e políticos. Esse novo Estado intervencionista é conceituado por muitos como Estado do bem-estar, *welfare state*.

Conforme Ferreira Filho (1994, p. 34), nos Estados liberais havia uma prevalência do Poder Legislativo em comparação com as funções executiva e jurisdicional. Por sua vez, no Estado do bem-estar, em decorrência das lutas de classes, e da necessidade de uma maior intervenção do Estado, como forma de garantir uma sociedade mais justa e igualitária materialmente, houve, em um primeiro momento, um fomento do Poder Legislativo, e posteriormente, uma inversão, pois o Executivo passou a legislar por meio de delegações legislativas e atribuições constitucionais, como forma de suprir a ânsia da sociedade por concretude de direitos.

Posteriormente, o Judiciário passou a defender os direitos individuais do cidadão em face do Estado, gerando uma maior intervenção dos órgãos nos demais poderes: Legislativo e Executivo. Ocorre o que se conceitua como "judicialização da política". Conforme os ensinamentos do Professor Moraes Filho (2009, p. 16-17): *a passagem do Estado liberal para o Estado que intervém assistiu a mudança do paradigma constitucional. Passou-se, então, das constituições estatutárias ou orgânicas, que define o estatuto do poder, que se formulam como 'instrument of government', estabelecendo competências, estruturando o poder político regulando os processos políticos em sentido estrito, para as constituições derivativas. Nestas últimas, a ordem econômica é mais do que pressuposta é posta.*

Um dos fatores que concorreram para o fomento da Judicialização da Política foi o controle de constitucionalidade, cujo *leading case* ocorreu nos Estados Unidos, no ano de 1803, no caso *Marbury vs Madison*. Conforme Lima et al. (2012, p. 8), a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana *antecipa os debates que viriam a ocorrer na República de Weimar sobre o Guardião da Constituição entre Kelsen e Schmitt*, e os referidos autores complementam: *concorre apenas no sentido positivo de que se a lei é declarada inconstitucional não deve ser mais aplicada, não há mais aptidão para produzir efeitos na esfera jurídica. Seu caráter declarativo somente reconhece situação já existente desde o nascedouro da norma. No entanto, não enfrenta e questão sobre a legitimidade democrática do Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade.*

O controle constitucional no Brasil, à luz da Constituição da República, é realizado de forma difusa, por todos os juizes e tribunais, conceituado como Controle Difuso de Constitucionalidade. Há também o Controle Concentrado de Constitucionalidade, este exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 6): *judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.*

A judicialização é um fenômeno mundial, e Barroso (2012,

p. 7) enumera três fatores como causa para sua ocorrência: *a primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.*

Na história recente do Supremo Tribunal Federal, há diversos julgados que denotam o ativismo jurisdicional dessa corte, pelo que podemos citar: a inovação, na prática, do ordenamento jurídico quanto ao direito de greve dos funcionários públicos, em face da inércia do Poder Legislativo; a política de cotas para afrodescendentes; interrupção da gestação quando se tratar de fetos anencéfalos; união civil homoafetivas; entre outras.

O ativismo judicial pode ser considerado um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, pois, por se tratar de uma atividade, na maioria das vezes contra majoritária, uma vez que os juízes não são eleitos, pode obrigar o estado a implementar políticas públicas de inclusão social em favor de minorias. O grande cerne da questão é verificar qual o limite do Poder Judiciário? Até onde é constitucional a interferência de uma função estatal sobre outra? Quais as consequências de uma eventual ofensa ao diálogo democrático?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o acima exposto, constata-se o quanto é importante o legado sobre a teoria de justiça de John Rawls para humanidade. O filósofo norte-americano fixou as premissas básicas para construção de uma sociedade livre, dotada de equidade, e justiça social para os menos favorecidos, em busca da felicidade. Igualdade de

oportunidade a todos em condições de igualdade plena, e justiça distributiva aos integrantes menos privilegiados da sociedade. Pois, sem a mitigação das desigualdades sociais, uma sociedade não pode ser considerada justa.

A partir do ideário de sociedade justa proposta por Rawls, alicerçado na igualdade equitativa entre os homens, nas liberdades individuais, bem como justa oportunidade, faz-se necessária a elaboração de políticas públicas, com a finalidade de assegurar a justa oportunidade aos menos favorecidos socialmente, estruturando a sociedade mediante ações afirmativas.

Conforme o disposto no art. 3º da Constituição Federal, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; II) *garantir o desenvolvimento nacional*; III) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; e IV) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Assim, podemos concluir que é mandato imperativo ao Poder Público, em todas as suas esferas, a adoção de ações afirmativas e políticas de inclusão social, com o objetivo de erradicar ou mitigar ao máximo desigualdades históricas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, ou seja, a justa oportunidade a que se referia Rawls, bem como o de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.

Concluimos também que a adoção de conduta proativa do Poder Judiciário, conceituado como “ativismo judicial”, pode ser um importante instrumento de limitação à ditadura da maioria. Pois, conforme acima abordado, a regra na maioria foi um engenho formulado para solucionar os conflitos políticos da Idade Média, cuja sociedade era bem mais homogênea que a sociedade pós-moderna globalizada hodierna. Eduardo Appio (2008, p. 37), analisado as sociedades modernas pondera que, *a regra da maioria pode servir como instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantando os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais*.

Contudo é importante salientar, que

o Poder Judiciário não tem uma ampla legitimidade democrática, como o Executivo e o Legislativo, e uma interferência do Judiciário poderia implicar violação do pacto democrático, e conseqüentemente uma crise democrática. Assim, o ativismo judicial tem-se mostrado atualmente como um paradoxo, pois é uma importante ferramenta de concretização dos direitos fundamentais, mas o abuso ulcera o diálogo democrático.

Quanto às políticas afirmativas de inclusão social, concluímos que elas, além de constitucionais, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º, da Carta Magna brasileira. Acrescentamos ainda, de acordo com o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, relator da ADPF n. 186, que uma das características das políticas afirmativas é a temporariedade, devendo o Poder Público, periodicamente, avaliá-la, para que não ocorra a formação de castas privilegiadas, o que seria inconstitucional e antidemocrático.

NOTAS

- 1 Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.
- 2 Texto integral disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Entrenchment*, interesse público e jurisdição constitucional. In: QUARESMA, Regina et al (Org.) *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los?. *Cadernos de ética e filosofia política*. n. 8, p. 7-18, USP, 2006. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp8/almeida.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, L. R. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 10 maio. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- _____. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GRADO, Guido Aguilá. Apuntes Críticos sobre el Neoconstitucionalismo. In: SAVARIS J., STRAPAZZON C. (Org.) *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade, 2012. (p. 397 – 417).
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Londres: Polity Press, 1996.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. *Política e jurisdição constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do conceito de igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES FILHO, J. F. *Congresso constituinte, constituição dirigente e Estado de bem-estar*. Tese (Doutorado em Direito). Biblioteca digital da faculdade de direito da universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06052010-165428/pt-br.php>>. Acesso em: 21 nov. 2012.
- NASCIMENTO, Amuri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral de direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Artigo recebido em 18/2/2013.

Artigo aprovado em 13/3/2013.

Regis Gonçalves Pinheiro é Defensor Público do Estado do Ceará.