

POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DO STF: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE OU MERO FORMALISMO? Uma análise segundo a teoria de Justiça como equidade de John Rawls

Johnny Gustavo Cledes Júnior (IC) e Fernando Rister de Sousa Lima (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

A pesquisa, cujo escopo é identificar se os julgados do STF em medidas de ação afirmativa concretizam o direito à igualdade material ou se não superam um critério de igualdade meramente formal, realizou-se por meio de levantamento bibliográfico, com recurso teórico conduzido por processo dedutivo. Centrou-se o levantamento na Teoria de Justiça como equidade de John Rawls. Apresentaram-se índices das existentes desigualdades no Brasil, especialmente, daquelas ligadas ao aspecto racial, que são fruto de um processo discriminatório histórico-cultural, e demonstram expressivo número. Junto a isso, foram trazidos também dados relativos às medidas de ação afirmativa no país, e seu papel crucial na redução de desigualdades de renda, acesso à educação e mercado de trabalho. Foram analisadas a ADPF 186, ADC 41 e ADI 3.330, comparando-se os argumentos produzidos na corte com os conceitos e princípios da teoria de Rawls. Para a aplicação da Teoria de Rawls nos julgados utilizou-se a máxima da justiça distributiva, a ideia de justificação pública, equilíbrio reflexivo e o princípio da diferença. O resultado constatou que o direito constitucional à igualdade é aplicado de maneira favorável pelo STF já superando um caráter meramente formal, porém, não há ainda uma aplicação de forma suficiente para a concretização de uma efetiva igualdade material, vez que não assegura todos os critérios da teoria de justiça como equidade de Rawls.

Palavras-chave: Ação afirmativa. STF. Equidade.

ABSTRACT

The research, which scope is to identify if the Supreme Court judgments in affirmative action measures materialize the right to material equality or if they do not exceed a purely formal equality criterion, was carried out by means of bibliographic survey, with theoretical resource conducted by deductive process. The survey focused on John Rawls's Theory of Justice as Equity. Indexes of the existing inequalities in Brazil were presented, especially those related to the racial aspect, which are the result of a historical-cultural discriminatory process and show a significant number. In addition, data on affirmative action measures in the country and their crucial role in reducing income inequalities, access to education and the labor market were

also brought. ADPF 186, ADC 41, and ADI 3,330 were analyzed by comparing the arguments produced in the court with the concepts and principles of Rawls theory. For the application of Rawls' Theory in the judgments we used the maxim of distributive justice, the idea of public justification, reflective balance and the principle of difference. The result found that the constitutional right to equality is favorably enforced by the Supreme Court already surpassing a purely formal character, but that still not enough application to achieve effective material equality as it does not meet all of Rawls's Theory of Justice as fairness criterias.

Keywords: Affirmative action. STF. Equity.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente na sociedade brasileira visualiza-se exaustiva busca pela garantia de direitos sociais previstos na Constituição Federal, por meio de demandas judiciais, sobretudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dada sua função de corte constitucional, que tem sido alvo de calorosos debates em relação à efetividade de sua atuação na concretização de direitos sociais.

É visível também a existência de desigualdades com índices expressivos no Brasil em relação a aspectos como renda, acesso à educação e mercado de trabalho, que decorrem muitas vezes de um contexto histórico-cultural de discriminação, naturalmente, atraindo a atenção do poder judiciário, que é provocado para solucionar a questão e garantir a efetivação do direito constitucional à igualdade.

Com isso, o STF efetivamente aceitou o desafio da judicialização das políticas públicas, sobretudo, aquelas voltadas a redução de desigualdades sociais que são denominadas políticas de ação afirmativa sendo, portanto, possível analisar que tipo de atuação o órgão máximo da justiça brasileira exerce neste ponto.

Na medida em que se percebe descontentamento da população ou, no mínimo, muitas controvérsias quanto aos julgamentos produzirem a redução de desigualdades almejada, o pesquisador se dispõe a analisar o alinhamento da produção jurídica do STF com os objetivos de quem a busca e seu potencial para satisfazer essa expectativa.

Daí analisar os casos julgados pelo STF a fim de investigar as regras adotadas na argumentação para promoção da igualdade e se elas superam um nível meramente formal ou alcançam de alguma forma um status material. Para tanto buscou-se como referencial a teoria de justiça como equidade de John Rawls, por meio da qual foram construídas análises críticas sobre a forma como se tem decidido as questões inclusivas, servindo como paradigma para o que seja uma medida de igualdade em essência.

A produção consiste em um levantamento bibliográfico sobre a teoria de justiça como equidade de Rawls (2003) ao final da qual é montado um arquétipo de análise dos fundamentos e das conclusões de alguns julgados nesse tema de políticas inclusivas produzidas pelo STF.

Não há pesquisa de campo, mas tão somente de literaturas, repositórios de julgados e dados oficiais sobre os quais se realizou análise qualitativa para construção de raciocínio dedutivo já que se parte da constatação de fenômenos gerais com os quais são feitas proposições específicas.

Por essa razão o trabalho inicia com uma abordagem teórica sobre a realidade social no Brasil e o desenvolvimento das políticas afirmativas. Em tópico seguinte explora o referencial teórico e algumas produções realizadas sobre o mesmo para firmar-se o modelo de abordagem das decisões judiciais.

Segue com reflexões acerca dos argumentos trazidos nos julgados e, por fim, apresenta a conclusão da pesquisa.

O problema de pesquisa se consolida no fato de que a atuação da Suprema Corte (STF), representante do poder judiciário, visa o controle constitucional e, por conseguinte a efetividade constitucional, no entanto aparenta não possuir a capacidade de superar o mero caráter formal de igualdade em muitos aspectos no Brasil, como no acesso à educação superior, visto que as medidas de afirmação requerem providências estruturais, o que incumbe à administração pública.

Diante disso indaga-se: se o direito constitucional à igualdade é efetivamente aplicado pelo STF nas questões afirmativas ou constitui mero formalismo? As medidas de ação afirmativa ratificadas pelo STF são suficientes para assegurar justiça pelo critério da igualdade sob a ótica da teoria de Rawls?

A hipótese da pesquisa é que apesar da justiça ter o desafio de conseguir superar o nível formal de igualdade, não se consegue superar tal nível de forma eficiente, de modo que o ciclo de desigualdades construídos a partir de um patamar histórico-cultural, cujas medidas afirmativas visam superar, não é interrompido em totalidade.

A pesquisa, portanto, visa, por meio de investigação teórica estimar a efetividade de aplicação do direito à igualdade pelo STF, empregando-se como critério de averiguação a teoria de justiça como equidade de Rawls, a qual viabilizará a nomeação dessa aplicação como material ou formal.

Para a análise dos julgados utilizou-se investigação documental dos acórdãos do STF, por meio do próprio site <www.stf.jus.br>, em que a metodologia foi a utilização da terminologia “medida afirmativa” no campo de pesquisa avançada e posteriormente no mesmo sítio eletrônico optou-se por Publicações > legislação anotada> a constituição e o supremo de link <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=60;>> onde constam vários acórdãos referentes ao capítulo I – da Constituição Federal de 1988 selecionando-se os que tratavam de medidas afirmativas.

Os julgados do STF que ora são analisados são a ADC 41 que trata sobre a reserva de vagas para negros em concursos públicos, a ADI 3.330 referente ao Programa Universidade Para Todos – PROUNI, e a ADPF 186 que debate sobre a questão da instituição de cotas raciais para o ingresso no ensino superior.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA E O DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS

A questão abrangendo o que se denomina de igualdade de caráter material tem dado força a perspicazes discussões e questionamentos na sociedade brasileira, especialmente, no que concerne à garantia desta aos cidadãos, tanto em um plano geral como, sobretudo, em um plano específico a aqueles considerados menos favorecidos.

Isso porque, apesar da promessa da garantia de direitos sociais trazida pela Constituição Cidadã, o que se observa são expressivos índices de desigualdade no país, principalmente, nos âmbitos do mercado de trabalho, da distribuição de renda e da educação, que tornam evidente a presença de uma estrutura social que faz acepções relacionadas à cor, raça e renda, por exemplo, tudo pelo delinear de um contexto histórico discriminatório.

Analisando-se o mercado de trabalho brasileiro, importa destacar, inicialmente, que este denota de seu processo histórico e é marcado por desigualdades de gênero, cor ou raça, regiões, que importam em determinados grupos populacionais terem uma inserção mais precária do que outros no mercado de trabalho, tornando-os mais vulneráveis aos ciclos econômicos e gerando grandes perdas em suas condições de vida. (IBGE 2018)

Com efeito, quanto aos índices de disparidade das condições de trabalho em relação à cor ou raça no Brasil, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) constatou que no critério de rendimentos os índices de desigualdade demonstraram que no ano de 2017, os brancos ganhavam em média 72,5% mais do que pretos ou pardos, denotando um alarmante desfavorecimento dos pretos ou pardos em comparação aos brancos. (PNAD 2017)

Não diferente, se observa no âmbito do sistema de educação brasileiro, em que é expressiva a discrepância entre a qualidade de ensino do sistema da rede pública e da rede particular de educação. No ano de 2017 a taxa de ingresso no ensino superior foi de apenas 35,9% dos alunos egressos de escolas públicas, enquanto a porcentagem para os alunos de escola privada foi de 79,2%, isto é, a taxa de ingresso da rede de educação privada no ensino superior foi 2,4 vezes maior do que a da rede pública. (PNAD, 2017).

Ademais, comparando-se a taxa de ingresso ao ensino superior por cor ou raça, verificou-se que a taxa de ingresso dos brancos foi de 42,7% e a dos pretos ou pardos de apenas 29,1%.

Com isso, vê-se também o desfavorecimento daqueles que não possuem condições para custear um ensino privado ou são pretos ou pardos, dificultando-se que estes tenham acesso à oportunidade de uma educação de qualidade e uma boa posição no mercado de trabalho.

Tal como demonstram os índices acima expostos não é, efetivamente, garantida a igualdade de oportunidades aos indivíduos prevista no art. 5º, caput da CF/88 que constitui, inclusive, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, da CF/88), surgindo-se, assim, a necessidade de implementação de um instrumento capaz de fornecer subsídios para a superação dessas disparidades de oportunidades.

Daí que se faz oportuna a análise das chamadas políticas de ação afirmativa, que nada mais são que medidas de iniciativa pública ou privada de caráter compensatório, que servem para mitigar o desfavorecimento de grupos da sociedade por meio de vantagens temporárias. Segundo o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMAA), ações afirmativas são:

[...] incremento da contratação e promoção de membros de grupos discriminados no emprego e na educação por via de metas, cotas, bônus ou fundos de estímulo; bolsas de estudo; empréstimos e preferência em contratos públicos; determinação de metas ou cotas mínimas de participação na mídia, na política e outros âmbitos; reparações financeiras; distribuição de terras e habitação; medidas de proteção a estilos de vida ameaçados; e políticas de valorização identitária. (GEMAA, 2017, p.7)

Nessa medida, é certo que as ações afirmativas são muito importantes para que se inicie um processo de reparação social em prol da igualdade, como se estivesse a quitar a dívida que a sociedade tem perante os menos favorecidos e discriminados, os quais sozinhos não detêm a capacidade de se auto afirmarem quebrando toda a estrutura social discriminatória que foi construída ao longo dos anos em relação a determinados grupos.

Dessa forma, para se promover um acesso mais democrático ao ensino superior levando-se em consideração o grau de inclusão dos alunos egressos de escola pública, pretos ou pardos, índios, dentre outros, houve uma disseminação expressiva de ações afirmativas em políticas de cotas, em momento inicial, principalmente pelas universidades estaduais por meio de leis estaduais e resoluções de conselhos universitários. (GEMAA, 2017).

Após esse incremento das cotas nas universidades estaduais, houve também a propagação das cotas nas universidades federais pela promulgação da Lei Federal nº 12.711 em 2012 que determinou que 50% das vagas seriam destinadas a quotas, dentre outras universidades e faculdades particulares que também adotaram tal política pelo país.

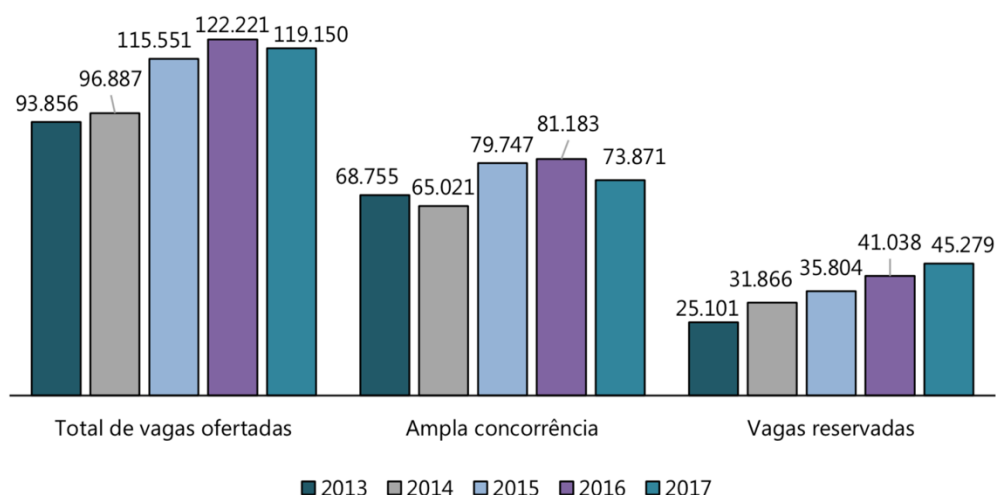
O sistema de cotas opera-se com a reserva de vagas de ingresso ao ensino superior com a utilização de critérios definidos de acordo com os grupos cuja ação afirmativa pretende favorecer. No caso da Lei nº 12.711/12 os critérios utilizados são: (1) candidatos egressos de escolas públicas, (2) candidatos de escolas públicas e possuidores de baixa renda (3) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas, e (4) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas e de baixa renda. Além de que a proporção da reserva de vagas para candidatos pretos, pardos e indígenas (PPIs) deva corresponder à soma das proporções

de cada um destes grupos na população do estado onde se localiza a universidade federal, de acordo com o último censo do IBGE. (GEMAA, 2017).

Já no caso das universidades estaduais, consigna-se que das 26 destas que adotam critérios raciais, 15 trazem a obrigatoriedade do estudante ter cursado ensino público, 5 levam em consideração, em adição, o subcritério de renda e 3 levam ambos os subcritérios, sendo que as 3 universidades restantes não adotam subcritério algum. (GEMAA, 2017).

Quanto ao desenvolvimento dessas ações afirmativas de política de cotas no âmbito da educação verificou-se grande crescimento, além da Lei 12.711/12 que atingiu as universidades federais, segundo levantamento feito pelo GEMAA em 2017, no que tange às universidades estaduais houve adesão de 89% destas ao sistema de cotas, veja-se tabela de evolução da política de cotas das universidades estaduais:

Gráfico – Tipos de vagas nas universidades estaduais (de 2013 a 2017) – GEMAA 2017



Esse desenvolvimento da política de cotas no sistema de educação brasileiro é de extrema importância tem sido também alvo de discussões e questionamentos pela sociedade, inclusive, com formulação de oposições à política de cotas. Tanto que a adoção da política de cotas étnico-raciais pela Universidade de Brasília (UNB) ensejou a propositura da ADPF 186 perante o STF, a qual será analisada juntamente a ADC 41 e ADI 3.330 mais a frente após a colocação do referencial teórico.

2.2. A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

John Rawls foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, onde teceu uma teoria de justiça social que toma como base fundamental uma estrutura pública que garanta equidade, a qual se traduz, de maneira simples, em igualdade de oportunidade entre os indivíduos e passa a ser adotada como referencial teórico para a presente análise da produção judicial brasileira no âmbito das medidas afirmativas.

A perspectiva de Rawls (2003) nessa teoria visa passar a mensagem de que diante dos problemas de desigualdade, paremos a analisar as situações como se estivéssemos sob um véu de ignorância, que nos permitiria imaginar uma posição original, sem qualquer desigualdade entre os indivíduos, de modo a descobrir qual decisão pode melhor concretizar o “princípio da igualdade”, ou seja, garantir uma igualdade equitativa para todos.

Na teoria de Justiça formulado por Rawls (2003) o enfoque é direcionado à equidade que é tida como o princípio mais razoável na aplicação de qualquer teoria de justiça. O autor parte de uma perspectiva contratualista, uma vez que considera como aplicação de justiça razoável, aquela que advém de um acordo mútuo entre partes, que estejam, necessariamente, em condições equitativas.

Na medida em que considera de certa forma uma concepção política, a teoria adota quatro funções importantes da filosofia política, a primeira função é a de focar questões profundamente controversas, verificando a existência de bases filosóficas ou morais para a solução das controvérsias. (RAWLS, 2003).

A segunda função da filosofia política é a função de orientação, que consiste naqueles fundamentos que formam e direcionam a estrutura política de uma sociedade, para, por exemplo, um modo de pensar do povo e a escolha de um regime político. A terceira função da filosofia política consiste na função de conciliação, em que esse instituto pode acalmar frustrações e crises política, demonstrando a história das instituições políticas e seu desenvolvimento racional. (RAWLS, 2003).

A quarta função da política, é uma perspectiva em que a filosofia política seria um instrumento avaliativo tanto para a questão dos limites praticáveis ao se falar na atividade política, quanto para utopias e objetivos perseguidos pela sociedade. (RAWLS, 2003.)

A identificação dessas quatro funções da política na teoria de Rawls é oportuna porque a justiça como equidade se propõe a fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, consistir em um subsídio eficiente para as questões de liberdade e igualdade. (RAWLS, 2003).

O ponto central para Rawls é a ideia de cooperação social, a qual deve envolver três aspectos:

a) regras e procedimentos publicamente reconhecidos, que regem a conduta dos cooperadores, b) reciprocidade ou mutualidade, que pressupõe que todos se beneficiam com a cooperação de um posto de vista público e consensual, c) vantagem ou bem racional de cada cooperador. (Rawls 2003, p.8).

A justiça, os seus princípios e a ideia de sociedade bem-ordenada têm a exata finalidade de determinar a perspectiva equitativa da cooperação social, demonstrando, pelo

menos, o mínimo necessário que deve ser garantido pelas instituições políticas à sociedade, sendo que como ponto de partida para essa perspectiva deve-se adotar a concepção de cidadãos livres e iguais.

Quanto a questão da posição original, tomada na teoria de Rawls para uma finalidade de reflexão, é necessário que os indivíduos nessa condição precisam estar situados no mesmo patamar, sem que alguns tenham posições mais vantajosas do que de outros, para que se possa vislumbrar a verdadeira equidade, conforme, destacou Michael Sandel interpretando Rawls “Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa”. (SANDEL 2012, p. 191)

A ideia de posição original tem como principal característica o que Rawls (2003) denominou de “véu da ignorância”, isso porque a posição original pressupõe que a visão das partes contratantes seja imparcial, no sentido de que é necessário que as partes desconheçam posições sociais ou doutrinas abrangentes.

É dessa ideia de uma visão que não abarca as posições sociais vantajosas, que surge a expressão “véu da ignorância”, que segundo o autor é *condictio sine qua non* para haver uma posição equitativa entre as partes e na própria formação da estrutura básica da sociedade, uma vez que as contingências sociais – posições desiguais – acabam surgindo naturalmente por uma construção histórico-social na sociedade e, com efeito, não devem ser contempladas em acordos que determinarão a estrutura básica da sociedade futura, sob pena de serem mantidas essas posições de vantagem e desvantagem históricas e, por conseguinte, a desigualdade. (RAWLS, 2003, p.22)

Ato contínuo, é importante salientar que a ideia de posição original proposta por John Rawls (2003) não tem a finalidade de sustentar a existência de um acordo originário hipotético, mas de fornecer subsídios teóricos para um exercício mental visando propósitos de esclarecimento público. Segundo a ideia de posição original possui, basicamente duas finalidades:

Primeiro, é um modelo do que consideramos – aqui e agora - condições equitativas sob as quais os representantes dos cidadãos, vistos exclusivamente como pessoas livres e iguais, devem concordar com os termos equitativos de cooperação que devem reger a estrutura básica. Segundo, é um modelo do que consideramos – aqui e agora – restrições aceitáveis às razões com base nas quais as partes, dispostas em condições equitativas, podem com propriedade propor certos princípios de justiça política e rejeitar outros. (RAWLS, 2003, p. 24)

Em relação, a questão das pessoas livres e iguais trazida à obra, inclusive, como característica fundamental da posição original, tem-se que para Rawls a igualdade é atingida

quando “os cidadãos têm faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais”. (RAWLS 2003, p. 27.)

Até aqui tem-se cinco conceitos basilares que permeiam a obra de Rawls (2003), quais sejam, a ideia de sistema equitativo de cooperação visando uma sociedade bem-ordenada, ideia da estrutura básica de tal sociedade, ideia da posição original, ideia de cidadãos cooperantes livres e iguais.

A partir disso, então, Rawls (2003) sustenta a ideia de justificação pública, que à luz das ideias fundamentais mencionadas acima, consiste no fato de que em uma sociedade bem-ordenada sua concepção pública de justiça política, acaba por determinar uma base comum, a qual, inclusive, é utilizada pelos cidadãos, para justificar uns aos outros seus juízos políticos, de modo que cada um desses juízos terminam por cooperar com os restantes em termos aceitos por todos como justos. Ademais, é certo que a justificação pública não é somente um argumento válido, mas um consenso de ideias que formam um equilíbrio amplo e geral que aceita a justiça como equidade.

Passando-se aos princípios que permeiam a teoria, vê-se que Rawls (2003) se propõe justamente a analisar quais seriam os princípios apropriados para uma sociedade democrática como um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais.

A partir disso, Rawls (2003) propõe parte da observância do fato de existir a necessidade de regular as desigualdades sociais e econômicas das perspectivas de vida dos cidadãos, para se falar em um sistema equitativo de cooperação social. E assim sendo, deve-se se ter como preocupação prioritária justamente essas desigualdades.

Em relação aos princípios de Justiça em si, que devem ser aplicados a Teoria de Justiça como equidade, John Rawls entende que existem dois princípios essenciais, quais sejam:

a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença. (RAWLS, 2003, p.60)

Salienta-se que, no princípio da diferença, ao se falar em igualdade equitativa de oportunidades, é necessário o entendimento de que sua função é corrigir os defeitos da igualdade meramente formal de oportunidades, a qual não deixa de ser uma mera liberdade natural em que vagas se regem por talento, sendo certo que: “[...] a igualdade equitativa de oportunidades exige não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no

sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles.” (RAWLS, 2003, p. 61)

Ao se falar, portanto, no que compreende o princípio da diferença – elemento que não é essencial constitucional, mas fundamental para a ideia de reciprocidade e verdadeira igualdade democrática – é necessário que se fale, também, em justiça distributiva, a qual, para Jonh Rawls (2003), na teoria de justiça como equidade, enfrenta o desafio de construir uma estrutura básica que garanta um sistema de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo que se mantenha ao longo das gerações.

Segundo Rawls (2003), em uma sociedade bem ordenada, em que estão garantidas tanto as liberdades básicas iguais, como a igualdade equitativa de oportunidades, a distribuição de riquezas representaria o que Rawls denomina como “justiça procedimental pura de fundo”, uma vez que a distribuição justa, apenas se dá por meio de instituições de fundo que fornecem o contexto de cooperação equitativa.

As instituições e normas de fundo têm a exata finalidade de materializar os dois princípios de justiça anteriormente mencionados, para exemplificar isso, Rawls (2003), menciona o esporte do basquetebol, em que a seleção de novos jogadores, que se dá ao final da temporada, é feita de acordo com a posição dos times na liga, sendo que os times com melhor classificação são os últimos a escolher novos jogadores. Tal regra, é justamente para que seja garantido um equilíbrio entre os times, bem como oportunidades equitativas para que os times possam ser vencedores.

A segunda razão da estrutura básica como objeto primário da teoria de justiça como equidade, se relaciona com a influência que as instituições da estrutura básica exercem nos indivíduos da sociedade. Essa influência, se bem ordenada, faz com que surja uma preocupação dos próprios indivíduos da sociedade com as desigualdades existentes, sejam elas advindas da classe social de origem, dos talentos naturais ou da boa ou má sorte ao longo da vida e, assim busquem ser tratados equitativamente e se compreendam como livres e iguais (RAWLS, 2003).

Em relação aos indivíduos menos favorecidos, pelos quais se preocupa a justiça distributiva, tem-se fundamentalmente a problemática da falta de bens primários, os quais Rawls, divide em cinco:

- a) Os direitos e liberdades básicos, como liberdade de pensamento e consciência e demais. (essenciais para as faculdades morais)
- b) Liberdades de movimento e livre escolha de oportunidades.
- c) Poderes e prerrogativas de cargos de autoridade.
- d) Renda e riqueza.
- e) bases sociais do auto respeito. (RAWLS. 2003, p. 82)

O significado do princípio da diferença é um equilíbrio estável, em que face as vantagens do mais favorecidos possa-se construir a estrutura básica de tal forma que propicie uma maior favorecimento aos menos favorecidos, para que possam ter igualdade equitativa de oportunidades e deixar a posição de desfavorecimento, assim como no exemplo das regras do basquete, evitando-se, com efeito, um sistema cíclico que não oferece oportunidades de ascensão no sentido de igualização daqueles em posições inferiores.

Além da consideração dos bens primários, cuja falta configura menor favorecimento e é a forma mais simples de análise do princípio da diferença, precisa-se levar em consideração outros fatores, como certas características naturais fixas que são usadas para atribuir aos seus detentores posições e direitos básicos desiguais, *e.g.*: as distinções de raça e gênero, advindas de uma construção histórico-social, como a escravidão e desigualdade entre homens e mulheres. (RAWLS, 2003).

Nesse raciocínio e considerando-se que para as distinções de gênero e raça deve haver a mesma aplicação do princípio da desigualdade, de beneficiar os menos favorecidos, como no caso da desigualdade de bens primários, Rawls consolida que:

Portanto, se, digamos, os homens têm mais direitos básicos ou mais oportunidades que as mulheres, essas desigualdades só se justificam se trouxerem vantagens para as mulheres e forem aceitáveis do ponto de vista delas. O mesmo se aplica a direitos básicos e oportunidades desiguais baseados na raça. (RAWLS, 2003, p. 92)

O princípio da diferença admite, portanto, essa ideia de beneficiar os menos favorecidos, o que significa dizer que deve haver uma razão entre as cotas daqueles mais favorecidos e menos favorecidos, para que se possa observar da ideia de haver de fato liberdades básicas iguais, bem como a igualdade equitativa de oportunidades garantidas.

No entanto, ponto importante a ser ressaltado, é que, ainda, não basta para o princípio da diferença, que haja apenas a razão entre as cotas dos menos favorecidos e mais favorecidos, é necessário analisar se aqueles que receberam essas cotas fizeram boa utilização, no sentido de contribuir à cooperação social, treinando-se, capacitando-se para interagir nesse sistema.

Um dos motivos é que não são só as cotas observáveis, ou a razão entre elas, que contam, mas sim se aqueles que receberam essas cotas fizeram uma contribuição apropriada para o bem de outros, treinando e educando seus talentos naturais e colocando-os para trabalhar dentro de um sistema equitativo de cooperação social. (RAWLS, 2003, p. 96).

Por esse motivo é que na justiça como equidade o exercício de se colocar em posição original deve levar em consideração, também, os princípios da justiça além de gerais e universais, também com um caráter de publicidade, de tal sorte que jaz necessário que as partes da posição original, quando forem avaliar os princípios de justiça, devem levar em

consideração as consequências sociais e psicológicas do reconhecimento público de que esses princípios aceitáveis regulam a estrutura básica.

2.3. PONDERAÇÕES A PARTIR DOS JULGADOS DO STF EM MEDIDAS AFIRMATIVAS

Conforme ressaltado anteriormente o STF efetivamente aceitou o desafio da judicialização das políticas públicas e, nesse caminho, protagonizou o controle de constitucionalidade de diversas políticas de ação afirmativa adotadas no Brasil, sendo possível a realização de uma análise comparativa das conclusões produzidas pela corte com os princípios da teoria de justiça como equidade de Rawls.

Com efeito, passa-se a analisar, inicialmente, a ADPF 186 ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), visando à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em um critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

O DEM argumentou, em síntese, que a reserva de vagas com base em um critério étnico-racial violou os arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal, uma vez que a discriminação étnico-racial supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial. (ADPF 186)

Sustentou, ainda, que a UnB instituiu um tribunal racial, para definir quem é negro e quem não é com critérios duvidosos, que a teoria de justiça compensatória que embasa as medidas afirmativas não é factível porque não se pode responsabilizar as gerações futuras por erros cometidos no passado, dentre outras diversas premissas contrárias a política de reserva de vagas aos negros. (ADPF 186)

O Supremo, unanimemente, reconhecendo a grande relevância e importância da matéria discutida, não acolheu as argumentações trazidas pelo DEM, decidindo pela improcedência da ADPF e, conseqüentemente, pela constitucionalidade e necessidade da política de reserva de vagas aos negros em um critério étnico-racial a título de medida afirmativa. (ADPF 186)

Os principais argumentos deduzidos pelos ministros foram de que a reserva de vagas aos negros não contraria o princípio da igualdade material, ao contrário prestigia uma vez que as ações afirmativas atingem grupos sociais determinados atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (ADPF 186)

Além disso, que as medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o contexto histórico de desigualdade étnico-racial, não podem ser analisadas simplesmente com preceitos constitucionais isolados, mas sim sobre todo o arcabouço principiológico existente no país. (ADPF 186)

Ressaltou-se também que ao se adotar uma metodologia de seleção diferenciada com critérios étnicos raciais para ingresso no ensino está-se também favorecendo o próprio ambiente acadêmico e a sociedade em geral com o pluralismo de ideias, que inclusive se trata de um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, V, da CF/88. (ADPF 186)

Ademais, observou-se que a justiça social, atualmente, não se trata de simplesmente redistribuir riquezas geradas pela coletividade, mas sim reconhecer distinguir e incorporar à sociedade, de forme mais ampla, valores culturais diversificados, especialmente, aqueles que são tidos como inferiores e vítimas de um processo histórico. (ADPF 186)

Vale mencionar, inclusive, que o ministro Ricardo Lewandowisk, relator do processo, ao falar em justiça social, mencionou a justiça distributiva de Rawls no que tange à necessidade de que as desigualdades sociais e econômicas estejam estruturadas de forma a garantir benefício a coletividade como um todo, inclusive, fornecendo posições e cargos acessíveis a todos. (ADPF 186)

Por fim, destacaram os ministros, a necessidade de que as medidas afirmativas estejam revestidas de caráter transitório para serem legítimas, uma vez que elas só se justificam se vinculadas ao quadro de exclusão gerado pelas desigualdades. (ADPF 186).

Passando a análise do próximo julgado, tem-se a ADI 3.330 ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, pelo Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 213/2004, convertida na lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para todos – PROUNI, em especial os artigos 2º, I, II e parágrafo único, 7º, 8º, 9º, II e § 1º, 10, 11 e 13 .

Além das alegações de inconstitucionalidade formal, o argumento dos requerentes que enseja o pedido de inconstitucionalidade material é o de que a lei que instituiu o PROUNI ofende o princípio da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. (ADI 3.330)

Ademais, sustentaram que os artigos 2º e 7º, da lei 11.096/2005, tratariam os estudantes de forma diferenciada em relação à oportunidade de ingresso no ensino superior, gerando discriminação entre os estudantes, já que a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos, o que não estaria sendo feito. (ADI 3.330)

A ação foi julgada improcedente, por maioria de votos dos ministros, tendo elaborado voto em sentido contrário que foi vencido apenas o ministro Marco Aurélio. (ADI 3.330)

Partiu-se da premissa geral de que a forma de se dar cumprimento ao valor constitucional da igualdade reside justamente no combate aos fatores reais de desigualdade, o qual, porém, não consiste em um rebaixamento dos sujeitos mais favorecidos, mas tão somente na ascensão de pessoas que estavam sob a hegemonia de outras, por meio de uma compensação com vantagens que são essenciais para isso, motivo pelo qual não há negação do princípio de igualdade. (ADI 3.330)

Assinalaram os ministros que a lei objeto da ADI existe, justamente, para que diante de certas desigualdades de oportunidades existentes na sociedade se imponha outra desigualdade de caráter compensatório e que auxiliária o reestabelecimento do equilíbrio social entre os indivíduos. (ADI 3.330)

Salientaram, também, que na mesma linha é axiologia que tem como finalidade tutelar segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como o principal exemplo dos negros, que por essa construção se alocam atualmente nos patamares mais inferiores no que concerne a qualidade de vida e condições financeiras. (ADI 3.330)

Desse modo, a conclusão que é atingida é a de que a desigualdade que há em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas, trata-se de uma compensação de uma inferioridade que sem esse incentivo decerto que não seria superada, de tal sorte que não há ofensa à Constituição Federal. (ADI 3.330)

Por fim, analisa-se a ADC 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

O STF por unanimidade de votos dos ministros julgou procedente a ação, declarando a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. No julgamento, assentou-se que a necessidade de se superar o racismo estrutural e institucional existente, bem como de garantir a igualdade material entre os cidadãos justifica a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa, não havendo violação ao princípio da isonomia. (ADC 41)

Em continuidade, os ministros observaram que não há violação aos princípios do concurso público, haja vista que a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público, subsiste a necessidade de atingir a nota necessária para que seja considerado apto a exercer a função. (ADC 41)

Acrescentou-se que a implementação das cotas raciais no concurso público contribuiu para a realização do princípio da eficiência em maior extensão, vez que com a inclusão garante-se que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. (ADC 41)

Restou assinalado também que mesmo que o concorrente do concurso público tenha ingressado em ensino superior através também de cotas raciais, existem outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade, estando justificada a ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. (ADC 41)

Foi consignado, por fim, que a fim de garantir a efetividade da política de cotas nos concursos públicos, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos, podendo-se utilizar não só a auto declaração, mas também de forma subsidiária critérios de hetero identificação, como a declaração presencial perante a comissão do concurso, respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (ADC 41)

A partir disso, de início, constata-se que o posicionamento dos ministros do STF demonstra uma preocupação com as desigualdades existentes no Brasil e de que as medidas de ação afirmativa têm grande importância para o combate à desigualdade, sendo certo que estão em consonância com a concretização do direito à igualdade material resguardado pela Constituição Federal.

No entanto, apesar de estar evidente que o STF busca, sim, a garantia deste direito à igualdade material, é necessário, conforme propõe esta pesquisa, averiguar se os preceitos constantes da Teoria de Justiça como equidade de John Rawls foram observados nas discussões e nos argumentos adotados pelos ministros.

Com efeito, em primeiro lugar tem-se que a ideia mencionada anteriormente de equilíbrio reflexivo e justificação pública vislumbrada por Rawls (2003), está presente na metodologia de julgamento do STF nos casos analisados, vez que a discussão sobre as cotas nas universidades, assim como outras discussões que envolvam o espectro social e constitucional, não podem ser embasadas com doutrinas morais abrangentes, mas tão somente por justificativas públicas.

Nesse sentido, observou-se que, a começar pelos pleitos das partes envolvidas nas ações, houve cautela com a adoção de argumentos de cunho público, partindo-se de princípios constitucionais e excluindo-se doutrinas morais abrangentes de cunho privado, o que também se aplica aos ministros com votos estritos à técnica embasados nos princípios constitucionais e jurisprudência.

O equilíbrio reflexivo, que dá base à justificação pública, propõe a existência de um consenso de juízos refletidos acerca de uma proposição e a possibilidade dessa proposição ser aceita em uma situação de posição original sobre o véu da ignorância.

Fazendo-se o teste do equilíbrio reflexivo na política de cotas raciais, é certo que o consenso de juízos refletidos foi alcançado, vez que se tratam todas as medidas de ação afirmativa analisadas pelo STF de leis que, por conseguinte, nessa qualidade foram discutidas

e apreciadas pelos representantes do povo com sobreposição de ideias e valores diferentes, que atingiram um consenso, que *resultou* na aprovação de tais expectativas legislativas.

Da mesma forma ocorre no STF, que dá espaço a debates com uma grande riqueza de juízos refletidos diferentes como, por exemplo, ocorre com a participação dos *amicus curiae*, que contribui com o julgamento e, por final, há a formação do juízo de cada um dos 11 ministros que formam um consenso sobreposto.

Dessa forma, o equilíbrio reflexivo é visto com esse consenso de juízos refletidos nas cotas raciais, porém, ainda, há que se observar se essa ideia seria factível em um acordo de indivíduos em uma posição original, prostrados sob um véu da ignorância.

Nesse raciocínio, assinala-se, que as desigualdades raciais objeto das ações afirmativas, advém justamente de uma construção histórico-cultural que foi sendo consolidada ao longo dos anos, de tal sorte que, em uma posição original, não haveria contexto discriminatório e não se faria acepção de pessoas pela sua raça ou cor, estariam garantidas as mesmas oportunidades a todos.

O outro preceito da teoria de Rawls (2003) relacionado às medidas de ação afirmativa que cumpre ser aqui analisado, conforme, inclusive, suscitado pelo ministro Ricardo Lewandowski nos julgamentos, é a justiça distributiva, que tem como ponto fundamental o princípio da diferença anteriormente discutido.

É justamente o princípio da diferença que vem a justificar a concessão de vantagens a determinadas categorias pelas ações afirmativas. A partir do momento em que se demonstra a existência de desigualdades entre indivíduos não se pode aplicar um tratamento formalmente igual a estes indivíduos, é necessário que estes sejam tratados diferentemente para que se garanta a igualdade equitativa de oportunidades, ideal perseguido pela teoria de Rawls (2003).

O significado do princípio da diferença, conforme anteriormente mencionado, é um equilíbrio estável, em que face as vantagens do mais favorecidos possa-se construir a estrutura básica de tal forma que propicie um maior favorecimento aos menos favorecidos.

Neste ponto, não se vê problemas no *quantum* decisório do STF, que reconhece a estrutura social brasileira de desigualdade étnico-racial e vislumbra a necessidade de que a discriminação existente seja superada, entendendo que a política de cotas está de acordo com os parâmetros constitucionais, bem como que se justifica a desequiparação promovida favorecendo-se mais aos menos favorecidos para se garantir uma igualdade material.

Contudo, ponto de extrema importância do princípio da diferença, não foi sequer mencionado em nenhum dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Rawls (2003), ao falar do princípio da diferença, salientou que para este não basta que haja apenas a razão entre as cotas dos menos favorecidos e mais favorecidos, é necessário analisar se aqueles que

receberam essas cotas fizeram boa utilização, no sentido de contribuir à cooperação social, treinando-se, capacitando-se para interagir nesse sistema.

A grande relevância deste fator é justamente o fato deste consistir em uma ferramenta de aferição da efetividade da medida que foi imposta e, mais que isso, de garantia da aplicação da medida da melhor forma possível. Sem esta análise, não há critérios para se dizer se a política de cotas é proporcional e efetiva e tampouco há como se garantir um favorecimento integral aos menos favorecidos.

Na qualidade de corte constitucional, o que se espera do STF é a aplicação mais integral possível dos objetivos constitucionais, neste caso a promoção da igualdade de oportunidades, sendo para tanto de fundamental importância o acompanhamento da aplicação das cotas, que, porém, não foi trazido nas leis e nos julgamentos do supremo.

Sem um acompanhamento dos efeitos da aplicação das cotas no indivíduo, corre-se o risco de que tal aplicação não seja o suficiente para se alcançar a concretização do nível material de igualdade visado, não se passando de um critério formal que apesar de instituir cotas, não garante uma fidedigna igualdade equitativa de oportunidades.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, anota-se as considerações finais desta pesquisa. A pretensão da presente pesquisa foi a de averiguar como tem sido a produção do Supremo Tribunal Federal no que tange aos julgamentos das ações que envolvem políticas de ação afirmativa, analisando-se se nos julgados o direito constitucional à igualdade é efetivamente aplicado pelo STF nas questões afirmativas ou constitui mero formalismo e se as medidas de ação afirmativa ratificadas pelo STF são suficientes para assegurar justiça pelo critério da igualdade sob a ótica da teoria de Rawls (2003).

Para isso, demonstrou-se, inicialmente, que a realidade social de desigualdades de renda, acesso à educação e raça, são muito expressivas no Brasil, estando clara a necessidade de políticas de ação afirmativa para auxiliar na superação dessas desigualdades, as quais tiveram uma grande eclosão no país, principalmente, no âmbito da educação, e demonstram um expressivo desenvolvimento desde sua implementação.

Com isso, para fornecer subsídios para a análise dos julgados do STF nas medidas afirmativas, expôs-se os principais princípios e conceitos da teoria de justiça como equidade de John Rawls (2003), que foi adotada como referencial teórico.

Por conseguinte, da análise dos índices de desigualdade no Brasil, e da comparação dos argumentos produzidos pelo STF com a teoria de Rawls (2003), concluiu-se ser importante a implementação das medidas afirmativas no Brasil, bem como que o STF tem, de

fato, buscado favorecer a concretização de uma igualdade material nos aspectos constitucionais.

Contudo, restou demonstrado que, apesar disso, a corte constitucional não abarca em suas argumentações todos os critérios trazidos por Rawls (2003) em suas lições de justiça distributiva, especialmente, da necessidade da política afirmativa englobar uma regra de acompanhamento aos menos favorecidos.

Portanto, a conclusão a que se chega, em resposta ao problema de pesquisa, é de que o direito constitucional à igualdade é aplicado de maneira favorável pelo STF já superando um mero formalismo, porém, não há ainda uma aplicação de forma suficiente para a concretização de uma efetiva igualdade material, vez que não assegura todos os critérios da teoria de justiça como equidade de Rawls (2003).

4. REFERÊNCIAS

ALLEN, Robert. *Rawlsian Affirmative Action: Compensatory Justice as Seen from the Original Position*. Disponível em <https://www.bu.edu/wcp/Papers/Soci/SociAlle.htm>, acesso em 23.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 03.05.2012. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2251887>.

_____. Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26.04.2012. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Constitucionalidade n. 41. Relator Roberto Barroso. Julgado em 08.06.2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>.

CAMPOS, Larissa Couto, MACHADO, Thalyson R. Bitencourt, MIRANDA, Gilberto José e COSTA, Patrícia de S. *Cotas sociais, ações afirmativas e evasão na área de Negócios: análise empírica em uma universidade federal brasileira**. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rcf/v28n73/pt_1808-057X-rcf-1808-057x201702590.pdf Acesso em 12.05.2019

Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – GEMAA. *Levantamento das políticas de ação afirmativa*. 2017. Disponível em: <<http://gemaa.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2018/10/Lev-Estaduais-2017.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2019.

LOBO, Tatiane de Azevedo e ANTONELO, Josiane B. *A necessidade de aplicação da teoria de justiça de John Rawls para a construção de uma sociedade justa e igualitária*, (Tatiane de Azevedo Lobo e Josiane B. Antonelo), Disponível em

<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/5555/3867>, acesso em 19.03.2019.

OLIVEIRA, Nythamar. *Rawls*, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 2003.

QUINTANILHA, Flavia Renata. *A concepção de justiça em John Rawls*, Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107/5176>, acesso em 12.05.2019

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, Martins Fontes, São Paulo, 2003;

SANDEL, Michael. *Justiça o que é fazer a coisa certa?*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2012;

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. *Teoria da Justiça de John Rawls*, Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/377/r138-16.pdf>, acesso em 16.04.2019

Contatos: johnnyjunnior@yahoo.com.br e fernando.lima@mackenzie.br