

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR**

**MARCUS FIRMINO SANTIAGO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-638-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre auto-poiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO  
ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **APLICABILIDADE DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA PARA JOHN RAWLS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **APPLICABILITY OF THE DESIGN OF JUSTICE TO JOHN RAWLS UNDER THE FEDERAL SUPREME COURT**

**Levington de OLiveira Lazzaretti <sup>1</sup>**

**Aline Moura Da Silva Boanova <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a concepção de Justiça na visão de John Rawls, bem como sua aplicabilidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especificamente, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 186. O método utilizado foi o descritivo, expondo a teoria, posteriormente analisando a aplicação desta no referido julgado. A pesquisa será bibliográfica. Como resultado se espera conseguir demonstrar a visão deste autor em relação ao tema da justiça e sua aplicação na mencionada ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Direito, Equidade, John rawls, Justiça, Moral

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present work aims to present the conception of justice in the vision of John Rawls, as well as its applicability under the Federal Supreme Court, specifically, in the judgment of the action of non-compliance of Fundamental precept of No. 186. The method used was descriptive, exposing the theory, subsequently analyzing the application of this in the said judged. The research will be bibliographic. As a result one expects to demonstrate the vision of this author in relation to the subject of justice and its application in the aforementioned action judged by the Federal Supreme Court.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Equity, Justice, John rawls, Moral, Right

## **Introdução**

A busca por uma definição ou um conceito de Justiça é algo que motiva vários intelectuais de diferentes nacionalidades, como Aristóteles, Hans Helsen, John Rawls entre outros. Cada pensador persegue, dentro da sua visão, uma conclusão do que se pode entender como Justiça. Assim, o que motiva estes doutrinadores é a mesma pergunta: o que é Justiça?

Será descrito, preliminarmente e de forma introdutória, o desenvolvimento da obra do filósofo político norte-americano John Rawls. Assim, trabalhar-se-á a visão de Rawls em relação a Justiça tendo como plano de fundo o livro intitulado “Uma Teoria da Justiça”, sem a preocupação de esgotá-lo, bem como sem a pretensão de visitar todos os seus pontos. Dessa forma, ter-se-á como foco as principais características do conceito de Justiça através do pensamento de Rawls.

Será analisado o conceito e a importância da posição original e a utilização do véu de ignorância como meio para buscar uma sociedade justa, sendo que tais contribuições são fundamentais para se chegar a uma Justiça como Equidade. A posição original atribui a teoria rawlsiana a característica de contratualista, visto que defende a reunião de pessoas para chegar a um consenso em relação aos princípios que nortearam as instituições na busca de uma sociedade justa.

O véu de ignorância é um artifício importantíssimo na teoria de Rawls, visto que garante a imparcialidade no momento da escolha dos princípios, pois, com a utilização deste, possibilitará que as pessoas possam eleger princípios sem o conhecimento da sua posição dentro da sociedade. Esta situação possibilita que a escolha seja a mais justa possível, visto que a pessoa não saberá as suas condições dentro da sociedade, fato que diminui a escolha de princípios visando o próprio bem-estar.

Após trabalhar o entendimento de Rawls a respeito da posição original e o do véu de ignorância, serão apresentados os dois princípios elaborados pelo referido autor, sendo eles o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Estes princípios norteariam a sociedade, sendo que o primeiro abrange e valoriza especialmente a liberdade, o segundo, por sua vez, admite as diferenças, porém, devendo cumprir dois requisitos que serão abordados neste trabalho.

Por derradeiro será analisado o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 186, com a aplicação dos conceitos e a fundamentação exibida no primeiro capítulo. Poder-se-á verificar então, a influência da concepção de Justiça da Teoria de Rawls na fundamentação do julgado pela Suprema Corte.

## **I A abordagem da Justiça na perspectiva de John Rawls**

John Rawls foi um dos vários intelectuais que buscou resposta para o que vem a ser Justiça. Rawls é, sem dúvida, um dos mais conhecidos e celebrados filósofos políticos norte-americano, que faleceu aos 81 anos de idade, no ano de 2002. Entre as suas principais obras encontram-se as seguintes: Liberalismo Político, O Direito dos Povos, História da Filosofia Moral, Uma Teoria da Justiça e Justiça como Equidade: uma reformulação.

Neste capítulo será trabalhada a visão de Rawls em relação a Justiça tendo como plano de fundo o livro intitulado “Uma Teoria da Justiça”, sem a preocupação de esgotá-lo, bem como sem a pretensão de visitar todos os seus pontos. Dessa forma, ter-se-á como foco as principais características do conceito de Justiça através do pensamento de Rawls.

O referido autor tem a concepção de Justiça como Equidade, tendo como base uma visão contratualista, que remete a uma posição original de igualdade, sendo que esta corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Segundo Rawls: “O meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generalize e eleve a um nível superior a conhecida teoria do contrato social desenvolvida, entre outros, por Locke, Rosseau e Kant” (RAWLS, 2000, p. 33).

Poder-se-ia afirmar que Rawls, na realidade, filia-se a uma visão neocontratualista, por não enfatizar apenas os deveres, mas os direitos. Em outras palavras, enfatiza os deveres das instituições, sendo estas molas propulsoras dos direitos dos cidadãos. Afirma-se isto, pois parte-se do princípio de que da necessidade do comum para a sobrevivência e o desenvolvimento do indivíduo. Nas palavras de Rawls:

A natureza social da espécie humana é demonstrada da melhor forma quando a contrapomos com a concepção da sociedade privada. Com efeito, os seres humanos partilham os seus objetivos finais e consideram as suas instituições comuns e atividades como sendo um bem em si mesmas. Precisamos uns dos outros como associados que se empenham em formas de vida que possuem um valor próprio, e os sucessos e alegrias dos outros são necessários para o nosso próprio bem, sendo dele complementares. Estas ideias são assaz evidentes, mas exigem algum desenvolvimento (2000, p. 396).

A concepção neocontratualista, apresentada por Rawls, determina uma organização social que exige a eleição de determinados padrões de comportamentos na sociedade. Isto é, preocupa-se não apenas com o indivíduo de forma singular, mas com a realização geral da sociedade, ou seja, com a realização em torno dos seus ideais coletivos (BITTAR, 2011. p. 430).

A concepção de Justiça de Rawls é uma teoria da Justiça como Equidade, sendo que esta ocorre no momento inicial, onde serão eleitas as premissas com as quais se formaram as bases institucionais da sociedade. Para Rawls:

Na teoria da justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento de natureza cooperativa, que visa obter vantagens mútuas para os participantes. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um sistema de atividades que leva os homens a agirem em conjunto de modo a produzir uma maior soma de benefícios e que atribui a cada um certos direitos, que são reconhecidos, a uma parte dos resultados respectivos (2000, p.85).

Segundo Bittar: “Existe a necessidade de se dizer que é num sistema único de cooperação que se pode inserir a preocupação com a questão da justiça social” (2011, p. 434).

Rawls, como relatado, busca como base de sua teoria a concepção contratualista para a avaliação do tema da justiça, assim, parte-se neste momento para estudar a posição original das partes no momento de realização do pacto social.

A posição original é um dos pontos centrais na teoria rawlsiana, já que estabelece um procedimento de escolha de princípios de justiça para servir como guia na estrutura básica de uma sociedade democraticamente já existente. Esta posição asseguraria que os indivíduos tomem decisões visando o bem de todos, sendo, também, assegurada mediante o denominado véu de ignorância.

Segundo Morrison:

Rawls constrói um experimento mental no qual somos instados a imaginar que nos reunimos para criar um contrato social que inclua os princípios que nos mantêm unidos na vida real. Ele pede que nos imaginemos escolhendo princípios para determinar o princípio da justiça de nossa sociedade a partir de uma posição original situada por trás de um véu de ignorância. O objetivo da posição original é o de “anular os efeitos de contingências específicas que levam os homens à desavença e os incitam a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio”. As partes nada sabem sobre si próprios ou sobre sua sociedade; cada uma desconhece seu gênero, sua raça, inteligência ou classe etc (2006, p. 470).

Assim, a posição original seria o local onde os representantes elegeriam princípios que norteariam as instituições, neste local os participantes chegariam a um consenso em relação a estes, através de uma aceitação racional e pública para uma vida em sociedade. A posição original não é histórica e sim um estado hipotético, no qual se consegue uma solução razoável que tenha como consequência a eleição de princípios de justiça pré-existente na sociedade.

Nesse sentido, Zambam:

A posição original permite que a hipótese da igualdade seja construída. Por isso, é uma situação que deve ser considerada hipotética, não histórica, apenas como um artifício de representação, no qual as diversas partes são responsáveis pelos interesses essenciais dos cidadãos em sua condição de livres e iguais (2016, p. 87).

Para Rawls, o objetivo da posição original é:

O objetivo é caracterizar essa situação de modo que os princípios escolhidos sejam aceitáveis de um ponto de vista moral, independente de quais venham a ser. A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais (2000, p. 129).

Assim, pode-se observar que a posição original é de fundamental importância na visão de Rawls para a construção da ideia de Justiça como Equidade. Além disso, o véu de ignorância é imprescindível para que a escolha dos princípios seja imparcial, ou seja, despreocupada com a posição que o indivíduo ocuparia na sociedade.

Ainda, afirma que a posição original serve para dar sentido a uma distribuição de renda mais justa, salientando que:

Embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplica-se esse princípio mantendo-se abertos os cargos e, depois, dentro desse limite, dispondo as desigualdades sociais e econômicas de modo que todos se beneficiem deles (2000, p. 74).

Dessa forma, a posição original busca estabelecer a Equidade na eleição dos princípios justos, para tanto, nesta teoria, há um pressuposto importante para que ocorra esta Equidade, qual seja, o véu de ignorância. Segundo Silveira:

Posição Original. Imaginemos una asamblea en la que todos los miembros de una sociedad van a elegir sus instituciones de base. Por <instituciones de base> se entiende el conjunto de instituciones fundamentales que determinarán el modo en que se organizará la vida económica y política de esa sociedad... Los individuos que participan en ella saben que las decisiones que tomen van a condicionar toda su vida, así como la vida de sus hijos e de sus nietos. Todos aceptan que esas reglas serán fijadas mediante un acuerdo que contemple los intereses y preocupaciones de cada uno. Agreguemos dos nuevos datos. El primero es que, por más diferentes que sean entre sí, todos los miembros de la sociedad comparten dos capacidades morales fundamentales: la capacidad de desarrollar y de intentar poner en práctica una concepción del bien (esto es, un conjunto de ideas acerca de como vale la pena vivir que orientará sus elecciones particulares) y la capacidad de desarrollar un sentido de la justicia (esto es, la capacidad de entender los principios normativos que se haya decidido respetar y de actuar en consonancia con ellos). Rawls resumirá estas ideas diciendo que los individuos son al mismo tiempo racionales y razonables. El segundo dato es que, en el momento de ingresar en esta asamblea imaginaria, los individuos caen bajo un velo de ignorancia. Esto significa que los individuos <olvidan> cuáles

son sus características particulares: no saben si son ricos o pobres, hombres o mujeres, blancos o negros, creyentes e no creyebtes. Tampouco conocen cuál es sua própria concepción del bien, es decir, el < sistema de fines > que van orientar sus elecciones. (2003, p. 23-24).

Outrossim, importa trazer a colação as palavras de Sandel, que desta forma se manifesta da posição original:

A descrição da posição original é o produto de dois ingredientes básicos: por um lado, os nossos melhores juízos de ‘razoabilidade e plausibilidade’ (ainda por explicar) e, por outro, as nossas convicções reflectidas sobre a justiça. A partir das matérias-primas fornecidas pelas nossas intuições, devidamente filtradas e enformadas pela posição original, emerge um produto final. No entanto, trata-se de um produto final de dimensões duais, e é aqui que se encontra a chave da nossa concepção já que o que emerge numa extremidade como uma teoria da justiça tem necessariamente que emergir na outra como uma teoria da pessoa, ou, com maior precisão, como uma teoria do sujeito moral. Olhando numa direcção, vemos através das lentes da posição original dois princípios da justiça; perscrutando na outra, vemos um reflexo de nós próprios. Se o método de equilíbrio reflectido funciona com a simetria que Rawls lhe atribui, então a posição original tem de produzir não só uma teoria moral, mas também uma antropologia filosófica. (2005, 78)

O véu de ignorância tem o objetivo de impedir que as pessoas saibam a posição que estarão na sociedade, assim, visa uma imparcialidade no momento da escolha dos princípios. O autor descreve o véu de ignorância, da seguinte forma:

Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional e, nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo, a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre qual geração pertencem [...] (RAWLS, 2000, p. 147).

Pode-se dizer que o véu de ignorância seria a situação em que uma pessoa se encontra para eleger os princípios que regerem uma nação, porém, esta não tem conhecimento a respeito de si mesmo dentro de determinada sociedade, não podendo, portanto, verificar quais dos princípios constitucionais à escolha poderiam ser vantajosos para ele, estará obrigado necessariamente a fazer a sua escolha conforme pontos de vistas gerais. Diante do véu de ignorância silencia-se a especial individualidade, sua textura é tão compacta que se ouve somente ainda a voz do geral (CRUZ, 2013, s.p).

Claro que, segundo Rawls, as pessoas na posição original irão permanecer com o conhecimento de fatos genéricos, isto é, entenderam sobre política, direitos, economia etc., haja vista que não teria sentido que as pessoas racionais fossem privadas de qualquer ideia básica para a escolha dos princípios que serão tão importantes para o estabelecimento de uma sociedade que preze a cooperação social (2000, p. 147).

Nesse sentido, são as palavras de Zambam:

As partes apenas conhecem contingências genéricas que contribuam para a melhor escolha dos princípios; especificamente evidentes devem ser os fundamentos para uma concepção comum de justiça. Os princípios devem ser incorporados na estrutura básica da sociedade de forma que os seus membros: os assimilem e seu senso de justiça seja conforme. A concepção de justiça daí procedente deve gerar sua própria sustentação. Pode-se, então, dizer que a concepção de justiça como equidade é estável e gera uma sociedade estável (2016, p. 100).

Portanto, é visível o quão importante é o papel do véu de ignorância na teoria rawlsiana, pois este possibilitará a eleição de princípios justos que irão nortear a sociedade, através das instituições. Assim, tal mecanismo evitará que as pessoas busquem favorecimentos individuais no momento da escolha, levando os indivíduos a eleger princípios que estabeleçam a cooperação social de forma equitativa.

Visto isto, passa-se analisar os princípios de Justiça sugeridos por Rawls. Estes são importante para um bom ordenamento da sociedade, vão estabelecer formas equitativas de acesso aos bens primários, igualdade de oportunidade e o pleno exercício da liberdade.

Nas palavras de Zambam:

Os princípios têm como objetivo primordial e irrenunciável dar sustentação à estrutura básica da sociedade, ordenando as instituições num esquema de cooperação. Faz parte das metas atribuir direitos e deveres às instituições com a respectiva distribuição de benefícios e encargos sociais (2016, p. 106).

Segundo Rawls, as pessoas elegeriam dois princípios que deveriam ter a preocupação de viabilizar os valores de igualdade e liberdade, sendo estes fundamentais para uma sociedade que tenha como característica cidadãos livres e iguais.

Nesse sentido, o autor elabora dois princípios de Justiça:

- a. Todas as pessoas têm direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido;
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posição e cargos abertos a todos, em condições de igualdade

equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000b, p. 47).

Pela leitura do primeiro princípio proposto por Rawls, constata-se que este dá prioridade para as liberdades. Os representantes na posição original, com o véu de ignorância, desconhecendo as suas posições na sociedade, escolheriam a liberdade como princípio para que pudessem buscar de maneira livre as oportunidades que julgassem corretas.

Este primeiro princípio é marcado pela consagração de um sistema de liberdades, tendo como destaque as liberdades políticas. Rawls entende que não é possível elencar todas as liberdades, no entanto, aponta as mais importantes:

A liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito (2000, p. 65).

Assim, observa-se que o primeiro princípio revela uma proteção as liberdades, ou seja, a teoria rawlsiana tem como base uma prioridade da liberdade no que se refere a fatores econômicos. Dessa forma, Rawls determina que os princípios propostos por ele estejam em ordem lexical, já que as eventualidades sócias não podem servir de desculpa para a diminuição das liberdades. Segundo Zambam:

A única limitação à liberdade está condicionada à necessidade de proteger as demais. A Constituição deverá conter regras que organizem o primeiro princípio da justiça, que garante o máximo de liberdade e expressão de si: igual liberdade máxima (2016, p. 114).

No que tange ao segundo princípio, qual seja aquele que admite as desigualdades sociais e econômicas, devendo estas serem ordenadas de acordo com os seguintes critérios: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2000, p. 64). Percebe-se que as desigualdades, admitidas na teoria rawlsiana deve ser ordenada, pois devem ser consideradas vantajosas para todos dentro dos limites razoáveis.

Assim, para Rawls os valores sociais, liberdade e oportunidade, renda e riqueza devem ser distribuídas de forma igualitária, salvo se uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagem para todos. Segundo o professor Zambam:

O princípio distributivo é ordenado de tal forma que a maximização das expectativas dos menos favorecidos é caracterizada de maneira contundente e condicionada ao acesso a cargos e posições abertos a todos de forma equitativa. O segundo princípio induz à cooperação voluntária de todos e a condição de igualdade possibilita que os menos favorecidos também cooperem (2016, p. 115).

Nas palavras do próprio Rawls:

[...] o segundo princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Apesar de a distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplicamos o segundo princípio mantendo as posições abertas, e depois, dentro desse limite, organizando as desigualdades econômicas e sociais de modo que todos se beneficiem (2000, p. 65).

Em outras palavras, as desigualdades são admitidas como constitutivas da sociedade, no entanto, devem ser tratadas com base em critérios. Nesse sentido, Rawls:

A estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que estas melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, e desde que essas desigualdades sejam compatíveis com a liberdade igual e a igualdade equitativa de oportunidade (2000b, p. 335).

Dessa forma, as desigualdades para serem consideradas justas, devem beneficiar os menos favorecidos, sendo que o critério de cooperação garante que todos ganhem, ou seja, sejam beneficiados.

Assim pela teoria rawlsiana as liberdades básicas serão asseguradas a todos, já o acesso aos bens e riquezas admite desigualdade, desde que vantajosos para todos. Esta concepção, até pode parecer paradoxal, no entanto, representa a possibilidade real de organização de uma sociedade justa, guiada por princípios seguros.

As instituições, de acordo com o segundo princípio, devem oferecer a todos, inclusive os mais vulneráveis, carreiras, educação, trabalho entre outras coisas. Ademais, aquelas pessoas que estão numa carreira superior precisam beneficiar os outros e oferecer carreiras para eles. Assim, as instituições precisam dar conta que a pessoa que nasça com talento para algo, tenha acesso a posições e a cargos, mas, deve fazer com que seu trabalho beneficie a todos.

Da mesma forma, deve ser garantido para as pessoas que nascem vulneráveis socialmente e sem talento algum, a possibilidade de crescimento tendo acesso à educação, trabalho entre outros, e, ainda, deve ser assegurado que aqueles que estejam em condições superiores devem possibilitar a abertura de carreiras aos demais e, com isto, beneficiar a todos.

Rawls ao tratar das desigualdades, aprecia a questão dos talentos, deficiências congênitas e similares, denominando-as de “desigualdades imerecidas”. Numa sociedade democrática, as desigualdades devem ser compensadas a fim de que a igualdade democrática seja maior, ou seja, ninguém deve ser condenado a posições inferiores.

Ainda, segundo Rawls:

O princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza, não importa quem sejam, só devem usufruir de sua boa sorte de maneiras que melhorem a situação dos menos favorecidos. Aqueles que se encontram naturalmente em posição vantajosa não devem ser beneficiados simplesmente por ser mais dotados, mas apenas para cobrir os custos com treinamento e educação e usar seus dotes de modo a ajudar também os menos afortunados. Ninguém é mais merecedor de maior capacidade natural ou deve ter o privilégio de uma melhor posição de largada na sociedade. Mas isso não significa que essas distinções devam ser limitadas. Há outra maneira de lidar com elas. A estrutura básica da sociedade pode ser elaborada de forma que essas contingências trabalhem para o bem dos menos afortunados. (2011, apud SANDEL, p. 194)

É oportuno destacar o resumo dos princípios de Rawls, apresentado por Sandel, no intuito de auxiliar no entendimento do pensamento do mencionado autor:

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se as considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se á equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas desigualdades sociais e econômicas que beneficiem os membros menos favorecidos de uma sociedade (2011, p. 179).

Diante do exposto, pode-se concluir que a teoria da Justiça como Equidade, não pretende uma estrutura social de forma igualitária. Assim, o critério de Equidade admite as desigualdades, todavia, prevê um direcionamento, ou seja, esta deve beneficiar os menos favorecidos. Nessa linha, no segundo capítulo, será abordada a aplicação da ideia de Justiça de Rawls no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 186.

## **II Aplicabilidade da perspectiva de Justiça de John Rawls no julgamento do STF referente à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**

Na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 186, é um exemplo da aplicação da Justiça Distributiva de John Rawls. Esta ADPF teve como objeto

a decisão proferida pela Universidade de Brasília – UNB, que determinou a reserva de vagas em seleção de ingresso levando em conta o critério étnico-racial<sup>1</sup>.

No referido caso, a arguição da ADPF foi realizada pelo Partido Democrático – DEM, alegando ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais<sup>2</sup>: artigos 1º, *caput* e inciso III, 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV, 37, *caput*, 205, 207, *caput* e 208, inciso V.

O julgamento desta ação ocorreu em 2012, sendo indeferido o pedido liminar, pela ausência de *periculum in mora*. Ao final, os Ministros entenderam pelo indeferimento da ADPF 186, sendo que o principal fundamento da decisão foi construído em cima da teoria de justiça de Rawls.

A discussão da ADPF 186, como referido, teve como objeto a discussão em torno do sistema de reserva de vagas para negros no ensino superior<sup>3</sup>. E para justificar a possibilidade

---

<sup>1</sup> O percentual de negros no nível superior deu um salto e quase dobrou entre 2005 e 2015. Em 2005, um ano após a implementação de ações afirmativas, como as cotas, apenas 5,5% dos jovens pretos ou pardos na classificação do IBGE e em idade universitária frequentavam uma faculdade. Em 2015, 12,8% dos negros entre 18 e 24 anos chegaram ao nível superior, segundo pesquisa divulgada hoje (2) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-12/percentual-de-negros-em-universidades-dobra-mas-e-inferior-ao-de-brancos>> Acesso em 11 mar 2018.

<sup>2</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

<sup>3</sup> Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há

desta política, que é uma ação afirmativa, tem-se como fundamental a percepção dada por Rawls em relação a Justiça Distributiva. Assim, deve-se pensar as desigualdades sociais com a aplicação de ações afirmativas e preceitos de Justiça equitativa e distributiva.

A realidade brasileira no que tange ao ensino superior não deixa dúvida de que há desigualdade no acesso, por várias razões, entre elas a exclusão social por conta de um débito histórico com os povos negros. Tal situação leva a pensar em maneiras de promover a inclusão social destes povos ao ensino superior, sendo que uma das formas para concretizar a inclusão seria através de ações afirmativas<sup>4</sup>.

Oportuno trazer neste momento a definição de ação afirmativa apresentada pela Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, que prevê o seguinte:

Artigo 2º [...]

II – [...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (BRASIL, 1969).

Assim, as ações afirmativas<sup>5</sup>, sendo a política de cotas um exemplo desta, examinada na ADPF 186, é um instrumento de diminuição da desigualdade social promovendo o desenvolvimento e a tutela de certos grupos de indivíduos fragilizados, marginalizados ou excluídos da sociedade.

A política de cotas, analisada na mencionada demanda, é a oportunidade que os beneficiários desta ação afirmativa possuem para buscar uma melhora na sua situação econômica e social, e isto, vem ao encontro da ideia de Justiça apresentada por Rawls, especificamente com o seu princípio da diferença. Segundo Zambam:

Com a introdução do princípio da diferença, Rawls preocupa-se com os indivíduos concretos que têm menos oportunidades e que precisam mudar sua situação e, nisso

---

como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em 15 mar de 2018.

<sup>4</sup> No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em 15 mar de 2018.

<sup>5</sup> A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em 15 mar de 2018.

se contrapõe o utilitarismo, que preconiza a maximização da produção de bens. [...] Diante disso, o objetivo dos princípios da justiça é enfrentar as arbitrariedades presentes na organização da sociedade (2016, p. 162-167).

A busca de uma Justiça como Equidade, preocupa-se em estabelecer critérios e mecanismos de oportunidade e de inclusão social diante de diferenças gritantes. A política de cotas, ao contrário do que pode parecer, é uma forma de promover a igualdade de oportunidade diante de uma situação de desigualdade promovida pela exclusão histórica.

O desafio, diante disso, é promover políticas públicas que auxiliem na superação da perspectiva meramente formal do princípio da igualdade, que nas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que produza, alimente ou reproduza as desigualdades (2003, s.p).

No voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na ADPF aqui analisada, fundamenta suas lições em Rawls, buscando as considerações deste pensador referente à Justiça Distributiva, nos seguintes termos:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que historicamente, foram compelidos a viver na periferia (BRASIL, 2012).

Da análise do voto do Ministro Relator, se extrai que a sua visão do princípio da igualdade é analisada sob a ótica da Justiça distributiva, tendo como objetivo diminuir as desigualdades sociais, promovendo, assim, a inclusão social de pessoas e grupos excluídos ou marginalizados historicamente. Uma das formas de promover a inclusão social passa pela discussão em torno de políticas de ações afirmativas.

Outrossim, a utilização da Justiça distributiva de Rawls como fundamento principal na decisão da ADPF 186, tem razão de ser, pois aquela está fundamentada em dois elementos primordiais da teoria da Justiça, sendo elas uma maior liberdade possível e aceitação das desigualdades, divorciando-se de uma visão utilitarista de Justiça social, reconhecendo a existência das diferenças que são aplicáveis ao caso concreto.

Rawls, na sua obra, propõe e defende a possibilidade de medidas que efetivem a desigualdade quando esta for necessária para se alcançar a igualdade, desde que estas sejam em favor dos menos favorecidos, segundo o referido autor:

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

Ainda, oportuno trazer a baila as palavras do Ministro Joaquim Barbosa:

Aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade que contraponham os interesses de outros na manutenção do status quo, é natural que as ações afirmativas sobram o influxo dessas forças contrapostas e atraíam resistência da parte daqueles que historicamente se beneficiavam da discriminação de que são vítimas os grupos minoritários. Ações afirmativas tem como objetivo neutralizar os efeitos perversos da discriminação racial (BRASIL, 2012).

Diante do exposto, é de clareza solar que a fundamentação do voto proferido pelo Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, na decisão da ADPF 186, teve influência marcante da teoria de Justiça formulada pelo pensador John Rawls, o qual elaborou uma perspectiva de Justiça como Equidade e igualdade de bens sociais, que será alcançado através da Justiça distributiva.

### **Considerações finais**

Na visão de Justiça apresentada por Rawls, calcada na Equidade, onde esta localiza-se no igualitarismo da posição original, isto é, encontra-se no estado inicial do pacto social, sendo este um momento hipotético, onde se pode optar por direitos e deveres. Além disso, o véu de ignorância possibilita que os indivíduos que estão participando deste momento não tenham o conhecimento da sua posição na sociedade, assim, faz com que não haja escolhas individualista.

No momento do pacto social os indivíduos escolheriam os princípios que conduziram a sociedade de forma justa e equânime, sendo que, segundo Rawls, haveria dois princípios fundamentais, o primeiro iria privilegiar a liberdade e o segundo admitiria a desigualdade, desde que observado os dois critérios analisados no capítulo dois deste trabalho.

Percebe-se que a aplicação da teoria de Rawls na decisão da ADPF 186, proferida pelo STF, buscou promover a Justiça distributiva, ao reconhecer as diferenças e as desigualdades

étnicas-raciais existentes na sociedade brasileira. Não há dúvida de que procurar promover a igualdade entre os desiguais é fundamental para se chegar a uma teoria de justiça.

A ADPF 186, analisada pelo STF, deixou claro a necessidade de fomentar a aplicação de ações afirmativas, com o intuito de promover a inclusão social de grupo de pessoas que historicamente foram deixadas a margem da sociedade, isto é, não faziam parte do convívio social. Esta ação afirmativa, cotas étnicas-raciais, possibilita a redução das diferenças, possibilitando uma sociedade mais democrática e um Estado voltado para ações mais concretas de promoção, inclusão social, combate as diferenças e desigualdades sociais.

Diante disso, para a busca e concretização de uma sociedade mais equânime, se fez necessário a compreensão do conceito de Justiça distributiva de John Rawls. Pode-se concluir que as ações afirmativas, como as cotas, são instrumento de efetivação de um equilíbrio nas relações sociais, em benefício dos mais necessitados. Dessa forma, é por meio da Justiça distributiva que se pode chegar a uma igualdade não só formal, mas material em Equidade de possibilidades.

Contudo, se verifica que por caminhos diferentes o Supremo Tribunal Federal faz uso da Teoria da Justiça de John Rawls para proferir uma decisão emblemática como foi a decorrente da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

### **Referências das fontes citadas**

BITTAR, Eduardo. C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Voto. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 25-26/04/12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Voto. Min. Relator Ricardo Lewandowski, julgada em 25-26/04/12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01 mar. 2018.

\_\_\_\_\_, Câmara dos Deputados. **Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>> Acesso em 01 mar. 2018.

CRUZ, Daniel Nery. **Uma reflexão sobre a teoria de justiça em John Rawls**. 2013. Disponível em: <[http://www.theoria.com.br/edicao12/uma\\_reflexao\\_sobre\\_a\\_teorica\\_de\\_justica\\_daniel.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao12/uma_reflexao_sobre_a_teorica_de_justica_daniel.pdf)> Acesso 01 mar. 2018.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azavedo. 2. Ed. São Paulo: Ática, 2000b.

SANDEL, Michael, J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

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

SILVEIRA, Pablo da. **John Rawls y la Justicia Distributiva**. Madrid: Campos de Ideias, 2003.

ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.