

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Bruno Fraga Pistinzi

**A evolução histórica das ações afirmativas e a justificação
filosófica da decisão judicial**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2009

BRUNO FRAGA PISTINIZI

**A evolução histórica das ações afirmativas e a justificação
filosófica da decisão judicial**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como
exigência para obtenção do título de
Mestre em Direito, área de
concentração Direito do Estado,
Subárea em Direito Constitucional,
sob a orientação do Professor
Doutor Antônio Carlos Mendes.

São Paulo

2009

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

FICHA CATALOGRÁFICA

PISTINIZI, Bruno Fraga

A evolução histórica das ações afirmativas e a justificação filosófica da decisão judicial. São Paulo, 2009.

Número de páginas: 258.

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Área de concentração: Direito do Estado, subárea em Direito Constitucional.

Orientador: Mendes, Antônio Carlos

1.Princípio da igualdade; 2.ações afirmativas; 3.evolução histórica; 4.ordem jurídica brasileira; 5.ideal de justiça

Banca Examinadora

Aos meus pais, pelo suporte motivacional ao longo
deste estudo.

À minha irmã, Beatriz, pelo conhecimento do idioma
inglês propiciador de imensa valia para a materialização deste
trabalho.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação coroa todo o trabalho despendido na tentativa de aprofundamento do enfoque doutrinário e filosófico que permeou o advento das ações afirmativas. Tenho convicção que sem o apoio acadêmico proporcionado por meu insigne orientador Professor Doutor Antônio Carlos Mendes careceria do arrazoado necessário para iniciar uma leitura filosófica da Constituição.

Em que pese sua longa caminhada pelos meandros do direito civil, não posso deixar de consignar minha sincera e irrestrita gratidão, desde os tempos da graduação, ao Professor Doutor Washington Carlos de Almeida. Sua sapiência e interdisciplinaridade o permitiram flexibilizar relações privadas quando atentatórias a princípios salutareis de proteção aos direitos fundamentais previstos em nossa lei maior.

À Professora Doutora Maria Garcia, cujo desenlace filosófico proposto a seus alunos contribuiu sobremaneira para minha formação humanística.

À Professora e Procuradora Federal Maria Cecília Ladeira de Almeida, pela possibilidade ímpar, a mim concedida, de enxergar por meio da justiça agrária os anseios e necessidades de toda uma Nação.

Agradeço as minhas amigas Lourdes e Renata, pelo companheirismo ao longo de mais de dois anos. Louvo também a minha amiga Tatiana, companheira de debates jurídicos e demais assuntos que nos marcaram para todo o sempre.

À minha preciosa e diletta Isadora que a todo instante postou-se sempre disposta ao debate e auxílio incondicional durante dias e noites não dormidas.

À Deus cuja áurea e presença constante fizeram-se instrumento de meu desejo de transformação social.

RESUMO

O princípio da igualdade jurídica sempre foi objeto de estudo por filósofos e demais estudiosos não apenas do direito como de outros ramos do conhecimento humano. Conjuntamente com este princípio a inelutável busca pela justiça figurou como estandarte de preocupação dos Estados, haja vista a consequência libertária que as revoluções francesa e americana provocaram nos ideais constitucionalistas gerados por este movimento. Originada da institucionalização das garantias fundamentais edificou-se a igualdade formalmente disposta no texto constitucional, ao passo que a generalidade da concepção do princípio da igualdade por vezes não se credencia como instrumento eficaz de garantia da isonomia entre os grupos políticos representativos dos mais diversos segmentos sociais. Deu-se início, então, à propagação da concepção da igualdade material ou substancial pautada na redução das disparidades concretas existentes no seio da sociedade, evitando, assim, a perpetuação do destrato do princípio da igualdade. Buscou-se, então, uma maneira de solidificar as políticas públicas ou privadas tendentes a formalizar a realização da igualdade nos setores sociais historicamente desiguais ou que não foram beneficiados em um plano igualitário de distribuição dos recursos, riquezas e oportunidades. O cenário de transformações globais protagonizaram uma alteração no *status quo*, surgindo, então, as ações afirmativas aceleradoras das iniciativas ou políticas voltadas ao favorecimento dos grupos em desequilíbrio. Esta dissertação debruçou-se igualmente no tratamento das ações afirmativas na esfera jurisdicional, evidenciando o tratamento filosófico da justificação da decisão judicial, concessiva ou inibidora da vigência da discriminação adversa. Os argumentos principiológicos que se associam a postura decisionista do juiz outorgam relevante eficácia ao instituto, o qual seja sob a teoria da justiça de Rawls ou da virtude construtiva do direito de Dworkin objetivam o final a concretização do princípio da igualdade.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; ações afirmativas; evolução histórica; ordem jurídica brasileira; ideal de justiça.

ABSTRACT

The principle of legal equality has always been studied by philosophers and studios not only related to law, but from other parts of human knowledge. Together with this principle, the inescapable search for justice displayed as main concern from the states around the globe, due to the consequences from the French and American revolutions on the constitutionalists' ideals rose from this movement. Created from the institutionalization of the fundamental warranties, it was formally established the equality on the constitutional text at the same time that the conception of the equality principle does not show as an efficient instrument of warranty among political groups that represent the several social segments. Therefore, it began the dissemination of the Idea of material or substantial equality, based on the reduction of disparity on society, avoiding the continuation of the state of inequality. For that it has been trying to find a way to solidify the public or private policies that tend to accomplish the equality of social sectors historically harmed or that were not benefited from a resources, wealth and opportunities distribution. The global transformation scenario brought out a change on the *status quo*, having the affirmative actions or policies focus on the unbalanced groups. This dissertation bends on dealing with affirmatives actions at the jurisdictional sphere, highlighting the philosophical aspect of the justification from the judicial decision, granted or inhibited from the discrimination validity. The arguments that link the judge's decision posture, declare relevant effectiveness to the institute, which under the Rawls' justice theory or the Dworkin's constructive virtue of law, aim the accomplishment of the equality principle.

Key words: Equality principle; affirmatives actions; historical evolution; brazilian legal order; ideal of justice.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	12
2. Origem e definição das ações afirmativas	14
2.1. Principais objetivos das ações afirmativas.....	17
2.2. Ações afirmativas e políticas governamentais	21
2.3. Ações afirmativas e a sistemática jurídica do direito norte-americano	25
2.3.1. Importância das fontes do direito norte-americano.....	29
2.3.2. A importância da Suprema Corte e a estrutura judiciária norte-americana.....	35
3. Ações afirmativas e a defesa dos interesses das minorias	44
3.1. Delimitações dos problemas relativos às minorias	44
3.2. O princípio da igualdade e as ações afirmativas: a discriminação positiva	48
4. Posicionamento contemporâneo da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de ações afirmativas	54
5. A teoria da justiça de John Rawls e a justificativa filosófica das ações afirmativas	65
5.1. A descrição dos problemas da justiça na contemporaneidade	67
5.2. A concepção de sociedade e sua relação com a teoria da justiça	71
5.3. Análise dos princípios da justiça sob o enfoque da equidade	75
5.3.1. A apresentação dos dois princípios de justiça	84
5.3.2. Aplicação da igualdade equitativa de oportunidades e sua consolidação por meio da justiça procedimental pura	88
5.3.3. A interpretação dos princípios e sua adequação sob uma ordem serial	95
5.4. A propensão à igualdade e a aplicação dos princípios da justiça	101
5.4.1. A estrutura fundamental da igualdade	110
5.4.2. O princípio da equidade associada aos indivíduos.....	113
5.4.3. Os deveres naturais associados aos indivíduos.....	116
5.5. As parcelas distributivas e o princípio da equidade.....	118
5.5.1. A constituição como instrumento de justiça política.....	119

5.5.2. Pressupostos essenciais da justiça distributiva	124
5.6. A fixação dos preceitos de justiça e a base da igualdade	132
6. A teoria construtivista do direito e a redução da discricionariedade judicial nas ações afirmativas	141
6.1. A tese dos direitos para Ronald Dworkin e a abertura de uma nova vertente de interpretação das ações afirmativas	145
6.2. Considerações de Ronald Dworkin acerca dos direitos e objetivos.....	150
6.3. Dos subsídios oferecidos ao julgador para solução dos casos difíceis.....	158
6.4. A influência dos juízos de teoria política sobre os direitos jurídicos	164
6.4.1. Os juízos de teoria política e as ações afirmativas.....	166
6.4.2. Juízos de teoria política e a postura hodierna do magistrado	168
7. As ações afirmativas e sua experiência no Brasil: um convite à reflexão	178
7.1. Considerações sobre a pobreza do Brasil e a disfunção na distribuição de renda	181
7.2. As ações afirmativas no Brasil e sua profusão na ordem jurídica pátria	189
7.2.1. A Constituição de 1988 e as ações afirmativas	193
7.2.2. Os limites das ações afirmativas no Brasil e a importância da razoabilidade.....	199
7.3. As ações afirmativas no Brasil e sua adequação à justiça como equidade em Rawls ...	219
7.3.1. O Programa Bolsa Família e o Programa Universidade para Todos: tentativas concretas para a promoção da equidade.....	228
8. Conclusão.....	237
Referências Bibliográficas	250

"Four score and seven years ago our fathers brought forth on this continent, a new nation, conceived in Liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal.

Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation so conceived and so dedicated, can long endure. We are met on a great battlefield of that war. We have come to dedicate a portion of that field, as a final resting place for those who here gave their lives that that nation might live. It is altogether fitting and proper that we should do this.

But, in a larger sense, we can not dedicate – we can not consecrate – we can not hallow – this ground. The brave men, living and dead, who struggled here, have consecrated it, far above our poor power to add or detract. The world will little note, nor long remember what we say here, but it can never forget what they did here. It is for us the living, rather, to be dedicated here to the unfinished work which they who fought here have thus far so nobly advanced. It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us – that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion – that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain – that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth."

*The Gettysburg Address
Gettysburg, Pennsylvania
November 19, 1863
(Abraham Lincoln)*

*"Nas coisas necessárias, a unidade; nas duvidosas, a liberdade; e em todas,
a caridade."
(Santo Agostinho)*

1. Introdução

Com a questão da evolução das relações sociais ao redor do mundo se enaltece o fenômeno da globalização, construindo-se um cenário cada vez mais preponderante de uma sociedade liberal-capitalista ocidental, cuja ideia principal é a noção de neutralidade estatal, em que pese tal neutralidade sofrer, na contemporaneidade, uma progressiva interferência do Poder Público especialmente nas políticas cambiais. Essa neutralidade pode ser expressa de inúmeras maneiras, tais como: a não intervenção em matéria econômica (considerando a ressalva anterior) e, principalmente, na esfera íntima dos indivíduos¹. Dessa forma não podemos nos furtar a uma análise específica, voltada à evolução social e sua repercussão jurídica – que por força dos postulados econômicos vigentes em uma sociedade liberal não propiciam uma análise coerente junto à efetivação do princípio da igualdade.

Em uma vertente inicial, no Brasil, temos em voga o princípio da isonomia, com o papel de instrumento eficaz de proteção aos direitos e garantias dos indivíduos, considerado como uma pluralidade de direitos capazes de consagrar a limitação da atuação estatal contra todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Temos, portanto, uma proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, que é extensiva a todos aqueles que porventura possam aderir, ou estar de alguma forma vinculados à ordem jurídica até então vigente.

Na verdade, o princípio da isonomia acima destacado assume uma postura de princípio informador que condiciona todo o complexo de normas jurídicas de um determinado Estado, assegurando aos destinatários dos direitos de liberdade de expressão, do pensamento e de outras garantias constitucionalmente protegidas, a preferência do respeito ao princípio da igualdade com um verdadeiro direito subjetivo.

A inserção de direitos fundamentais concernentes ao indivíduo deveria possuir por excelência, uma posição hierárquica de destaque que os credencie a compor o já denominado princípio da igualdade, aqui considerado como uma

¹ GOMES, Joaquim B.Barbosa. **Ações afirmativas & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.36.

garantia do indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica². Todavia, este princípio (de isonomia) formalmente esculpido na Carta Política de um país não se apresenta suficiente para reverter um quadro social que simbolize a tradição cultural de cada Estado, atribuindo-se uma percepção generalizada de notável inferioridade e, subordinação.

Como principal decorrência desta derrocada da supremacia do princípio da igualdade formalmente considerado, deparamo-nos com a necessidade de um reconhecimento da sumária intervenção Estatal, nos casos em que a imparcialidade social não é dotada de significativa suficiência para efetivar os direitos e garantias consolidadas sob a égide das Constituições. No modelo de Estado contemporâneo, cobra-se do mesmo uma postura ativa e, que tende a reduzir as desigualdades anteriormente suscitadas mediante a adoção de políticas objetivas, capazes de alçar os direitos fundamentais que não estão sendo respeitados ao patamar mais elevado de soberania de uma nação que vem a carecer, em sua ordem constitucional, de uma específica regulação jurídica que equipare a balança de direitos a um estado transitório de desproporcionalidade, sob o manto do princípio da igualdade.

O presente trabalho será conduzido, sobretudo, almejando avaliar os pormenores que abrangem a evolução histórica das ações afirmativas desde sua gênese nos Estados Unidos da América, como também sua progressiva ampliação para os demais Estados que utilizam deste mecanismo para garantir a eficácia da aplicação dos direitos e garantias fundamentais de cada cidadão.

A fundamentação filosófica da decisão judicial recebe importante destaque no decorrer desta dissertação como premissa justificadora da justiça nas relações sociais entre os indivíduos pertencentes aos grupos representativos. Conforme será posteriormente apreciado, a edição de um compêndio legislativo organizado à louvação da igualdade depende da substancialidade atinente do princípio explorado.

A progressiva hermenêutica e a minimização da discricionariedade judicial no trato das medidas de discriminação positiva visam reconstruir a viga mestra dos objetivos de teoria política instituidoras das ações afirmativas.

² BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. p.183.

2. Origem e definição das ações afirmativas

A partir do momento em que almejamos buscar uma notória definição para as ações afirmativas, importante ponderação merece ser feita no que corresponde à influência da cultura norte-americana, como país pioneiro que representou em toda sua completude um status de mudança de postura do Estado. Nos primórdios de sua constituição, aplicou suas políticas governamentais de maneira indistinta, resultando em uma não observância de fatores determinantes tais como sexo, etnia, religião e nacionalidade além de outros fatores que aglutinam e fomentam a igualdade.

Nesse contexto, a expressão “ação afirmativa” foi pela primeira vez observada e pronunciada no ano de 1961, diante da ordem executiva nº 10.925, de lavra de John Kennedy, a qual originou a criação da *Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*, cuja demanda essencial consistiu na atitude de diminuir as discriminações no mercado de trabalho mediante uma assídua fiscalização, acompanhada da publicação das práticas abusivas de preconceito, protagonizadas pelas grandes empresas em detrimento dos empregados e vítimas da atitude discriminatória.

Por conta do falecimento do presidente Kennedy, instaurou-se um clima de relativa instabilidade sobre a continuidade ou não da elaboração de políticas direcionadas à eliminação de qualquer prática discriminatória que, em um país como os Estados Unidos da América dos anos sessenta, essa era uma triste realidade preponderante na época. Então o vice-presidente Lyndon Johnson assumiu o cargo e mantendo a eficácia de seu antecessor, deu continuidade à execução das referidas políticas, como se asseverou com a promulgação do *Civil Right Act* (Lei dos Direitos Civis), no ano de 1964. Mais uma vez, o objetivo central da edição da legislação aludida foi o de tentar reduzir de maneira gradativa as consequências da discriminação racial.

Ronald Dworkin ao discorrer sobre o conteúdo da Lei dos Direitos Civis trouxe importantes comentários sobre a seção 703 (a), do título VII. O primeiro deles versa a respeito da proteção atribuída ao empregado discriminado quando seu empregador deixar de contratar ou recusa-se a contratá-lo, ou mesmo despedi-lo, fazendo jus a uma política compensatória que vise coibir,

termos, condições ou privilégios de emprego por causa de etnia, religião, sexo ou nacionalidade de tal indivíduo. Outra importante contribuição trazida por Dworkin refere-se ao excerto contido no título VII, da seção 703 (a) que também prevê a elaboração de ações não preferenciais com vistas a compensar as consequências da discriminação, na medida em que o empregador venha a limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer maneira que prive qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que afete de forma adversa sua condição como empregado por causa de etnia, religião, sexo ou nacionalidade do indivíduo³.

O caminho escolhido pelo governo norte-americano via medidas embrionárias de correção de distorções alcançou relativo êxito com a criação da lei dos direitos civis. O governo norte-americano incentivou transformar as rápidas intervenções estatais em resultados políticos que ensejaram na promoção da igualdade de oportunidades, preconizada não apenas na legislação norte-americana acima suscitada, mas especialmente por intermédio de mecanismos de correção existentes quanto aos grupos minoritários.

De forma inegável, trazemos a situação inerente ao Estado que passa a levar em conta tais fatores na implementação de suas decisões, cujo conteúdo não pode de maneira alguma prejudicar quem quer que seja, evitando, assim, uma discriminação que venha a garantir uma situação de iniquidade social originada sob fundo histórico e cultural. Em síntese, o momento de apresentação das ações afirmativas surge de um “encorajamento” estatal, que representado por pessoas dotadas de poder decisório, especialmente nas áreas públicas, concretizam o alcance de metas protetoras dos direitos e garantias fundamentais, sobre temas considerados como sensíveis no cenário jurídico de um determinado Estado.

Portanto, acompanhando o contexto histórico-evolutivo que marcou o início da criação das ações afirmativas, ao redor do mundo e de maneira pioneira, nos Estados Unidos da América, passamos por um período de transição nos idos de 1960, desencadeando uma revitalização dos aspectos conceituais de ações afirmativas, em que o encorajamento estatal para adoção

³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.475-476.

de políticas públicas em setores isolados, tais como: o acesso ao mercado de trabalho (relativo ao *Civil Rights Act*), à educação e a eliminação da discriminação racial cedem espaço para uma realidade conceitual mais ousada, marcada pela caracterização de uma igualdade de oportunidades atrelada à imposição de quotas rígidas, acessibilidade de minorias a setores específicos do mercado de trabalho, além de uma progressiva reestruturação das instituições educacionais.

Superado os ideais configuradores do instituto das ações afirmativas na década de setenta, é importante frisar o cenário atual das políticas públicas incentivadoras do princípio da igualdade, que trazem consigo o conceito apurado relativamente ao instituto em apreço. Joaquim B. Barbosa Gomes conceitua as ações afirmativas, na contemporaneidade, da seguinte forma:

“Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, bens fundamentais, como a educação e o emprego tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego ⁴”.

Ressalta-se, assim, o não prejuízo de outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico nacional.

Em um primeiro momento, cabe observar que as ações afirmativas em nada se assemelham às políticas governamentais chamadas antidiscriminatórias, cujo mote principal de atuação volta-se para a aplicação de leis de conteúdo proibitivo, cuja singularidade caminha no sentido de oferecer às vítimas postulantes da reparação estatal – um instrumento jurídico de cunho meramente reparatório, que por sua vez, vem prevalecer somente em um momento posterior às ocorrências fáticas.

As ações afirmativas se apresentam sob um viés multifacetário, em que são constituídas normas de aplicação geral ou específica, ou até mesmo

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. ob.cit., p.40.

mecanismos informalmente reconhecidos que não coadunam com as principais demandas sociais presentes no seio da população. Por esta razão podemos apresentar as ações afirmativas como políticas e mecanismos de inclusão criados por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados da prerrogativa jurisdicional de busca incessante da concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido e que repousa em sua magnitude perante a efetiva igualdade de oportunidades.

2.1. Principais objetivos das ações afirmativas

Como acima posto, vimos que o substrato teórico disponível nos convida a uma reflexão envolvendo a eficácia da implantação das ações afirmativas em detrimento das ações antidiscriminatórias. O incentivo à promoção da ação afirmativa constitui um pilar que defende que não basta apenas “proibir”, mas, urge que se observe princípios de base concernentes às ações afirmativas, entre os quais os da diversidade e do pluralismo. Opera-se, assim, uma significativa mudança de comportamento e mentalidade dos membros da sociedade, haja vista o fato de que os mesmos também serão de forma inexorável, alvos da incidência da atividade administrativa do Poder Público pautada nas principais carências sociais. Foi justamente sob este enfoque que a política norte-americana consolidou a notável evolução histórica oriunda dos casos de discriminação no ambiente de trabalho, consoante edição da Ordem Executiva nº 10.925, do presidente Kennedy, datada de 6 de Março de 1961.

A presença do princípio da diversidade e do pluralismo é notória nesse caso, uma vez que o governo norte-americano proibiu as diversas agências governamentais de promoverem qualquer espécie de discriminação de seus candidatos em decorrência de etnia, sexo, religião e nacionalidade. Por esta razão, a presença da ação afirmativa se justifica não apenas com o escopo principal de fomentar a contratação dos empregados naquele país. A batalha contra a desigualdade e a implantação de mecanismos de combate à mesma também incentivaram a preponderância do princípio da igualdade de

oportunidade para grupos mais específicos, dentre os quais os deficientes físicos, além das demais minorias.

Importante salientar, ainda no contexto da gênese dos princípios norteadores das ações afirmativas, a lição que nos é trazida por Paulo Lucena de Menezes quando trata sobre a Ordem Executiva nº 10.925. Segundo ele a disposição legal em comento criou um órgão no mercado de trabalho (*Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*) direcionado aos contratos celebrados com o governo federal, em que

“o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego, promoção, rebaixamento ou transferência, recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término, índice de pagamento ou outras formas de remuneração, e seleção para treinamento, inclusive aprendizado⁵”.

O incentivo ao princípio da igualdade acima retratado nos convida, sob outro prisma, a uma digressão histórica mais abrangente na qual podemos concluir de maneira preliminar que: o princípio da igualdade jurídica foi contemplado ainda muito antes do auge no século XX. Conforme a edição, nos anos de 1865 e 1868, da Décima Terceira e Décima Quarta Emendas Constitucionais, respectivamente, a preocupação do legislador norte-americano com a sistemática principiológica voltada à eliminação de qualquer forma de discriminação foi marcada pela abolição da escravidão (13ª Emenda Constitucional) e a contemplação da cláusula de proteção igualitária (*Equal Protection Clause*)

Mediante a invocação pela comunidade negra do princípio da igualdade jurídica é que as principais celeumas originadas da caracterização da Décima Quarta Emenda Constitucional foram devidamente apreciadas pela

⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.88.

Suprema Corte norte-americana, tal como vislumbrado no julgamento dos casos que serão a seguir descritos.

O primeiro dos casos polêmicos apreciados pelos juízes da mais alta corte de justiça dos Estados Unidos é o caso *Dred Scott vs. Sandford* – 60 U.S. 393 – (1856). De maneira sintética, o caso trazido a lume refere-se a um escravo de um cirurgião militar que requer sua liberdade após a morte do mesmo. Embasou-se que por ter permanecido em território cuja escravidão era abolida, havia garantido o direito à liberdade enraizada na Constituição norte-americana e no contexto do próprio princípio da igualdade jurídica. Todavia, apesar da pertinência do pleito trazido a juízo, a Suprema Corte julgou a lide com o fundamento de que o escravo postulante de sua liberdade não possuía legitimidade para o requerimento, uma vez que a condição de negro inicialmente posta retirava-lhe a condição, o status de cidadão norte-americano.

Atribuindo uma continuidade desta relação envolvendo o princípio da igualdade jurídica e as ações afirmativas, ressalta-se também outro caso polêmico, denominado *Straudes vs. State of West Virginia* – 100 U.S. 303 – (1879), cujo mérito pautou-se na discussão quanto à constitucionalidade de uma lei estadual que excluía a possibilidade dos negros figurarem como jurados. De maneira distinta à observação acima ressaltada, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da mencionada lei estadual sob a alegação de que a mesma veio a violar a Décima Quarta Emenda, culminando, assim, no reconhecimento do direito de um negro ser jurado.

O último caso controverso selecionado para debate, remonta à discussão do caso *Pace vs. Alabama* – 106 U.S. 583 – (1883), em que a principal corte de justiça dos Estados Unidos adotou entendimento segundo o qual, por força da existência de uma lei estadual disciplinadora da proibição de casamentos inter-raciais que resultou em uma expressa vedação em relação ao matrimônio entre negros. Em um primeiro momento a Suprema Corte veio a decidir pela constitucionalidade da aludida lei, justificando a polêmica decisão sob o prisma do princípio da igualdade material, pois, a regra estadual objeto da lide trouxe à tona o fato de que a pena atingia a um branco e a um negro na mesma proporção, não havendo que se falar, portanto, em

inconstitucionalidade do preceito estadual em litígio. Outrossim, mesmo lastreados na valorização e prestígio das emendas à Constituição norte-americana, a Suprema Corte se rendeu à primazia da interpretação histórica dos dispositivos constitucionais utilizando, assim, o enfoque principiológico de seus dispositivos, por meio do julgamento do caso *Loving vs. Virgínia* – 388 U.S. 1 – (1967), – em que a justiça norte-americana em decisão prolatada veio a declarar a lei estadual proibitiva dos casamentos inter-raciais inconstitucional.

Percebemos, assim, que a construção histórica da evolução da ideia da *affirmative action* sujeita-se a uma constante mutação em que o princípio da igualdade jurídica assume posturas diferentes em um dado momento histórico e em conformidade com o caso concreto debatido.

Tendo em vista as principais decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – em matéria de defesa das ações afirmativas – podemos concluir de maneira ainda não uníssona, mas, em sede de início dos debates concernentes à matéria, que a ação afirmativa possui como principal objetivo a eliminação dos efeitos de cunho psicológico, cultural e comportamental da discriminação vigente no passado, e que venha a sofrer o risco de perpetuar-se no Estado.

A eliminação dos malefícios decorrentes da perpetuação das desigualdades sociais vigentes no país almeja cumprir o papel de cobrir as lacunas porventura existentes no âmbito das problemáticas concernentes à educação, etnia, mercado de trabalho dentre outros que assumem especial relevância no cenário objetivado pela prática das ações afirmativas empenhadas em concretizar uma maior harmonia no seio da sociedade que de maneira pluralista necessita ser agraciada com a proteção irrestrita do princípio da igualdade jurídica.

Nesse sentido, os benefícios advindos da instalação da diversidade são explícitos, sobretudo com vistas a acentuar o caráter multicultural das ações afirmativas⁶. Para que um determinado país possa agir de maneira “afirmativa”, o mesmo deve zelar pela sua pujança econômica, que ao interagir

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. ob.cit., p.48.

todos os componentes da sociedade fomentem uma união caracterizadora do estado de bem-estar social e crescimento da nação como um todo.

Ao tomarmos emprestado o conceito de ação afirmativa como política e mecanismo de inclusão criador para a efetivação da igualdade de oportunidades, recuperam-se a valorização dos instrumentos de mobilidade social ascendente, em que os representantes oriundos das minorias que alcançaram posições de prestígio e poder poderiam servir de exemplo às gerações mais jovens, que por meio de uma análise profunda quanto ao sucesso alcançado por seus pares concluiriam que não há que se falar na presença de obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos, além da delimitação e concretização de seus projetos de vida.

Esse viés das ações afirmativas simboliza a já conhecida noção das chamadas personalidades emblemáticas, em que não se objetiva de maneira conclusiva a criação de políticas voltadas à inclusão social de certos grupos sociais, mas sim, à consolidação de mecanismos de incentivo à educação bem como o aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários. Por esta razão, tanto sob a ótica de políticas objetivas reducionistas das desigualdades sociais, quanto sob o prisma subjetivo marcado pela prevalência de personalidades emblemáticas, devemos valorizar o modelo hermenêutico de democracia constitucional capaz de assegurar o direito individual à igualdade, possibilitado pela Constituição e executado pelo administrador público.

2.2. Ações afirmativas e políticas governamentais

A prevalência do princípio da igualdade como pilar para a promoção de medidas tendentes a reduzir o cenário desproporcional em sede de oportunidades equânimes para os destinatários da norma constitucional demandou a intervenção governamental objetiva e, sobretudo, eficaz.

Conforme o apreciado quando do estudo dos objetivos das ações afirmativas, a interação da sociedade voltada à integração e apoio em favor dos grupos minoritários foi amplamente incentivada. Apenas a título de

exemplificação, foi no direito alienígena que a adoção de políticas públicas governamentais demonstrou maior impacto junto aos particulares, uma vez que na maioria das ocasiões os textos constitucionais apenas traçavam princípios delineadores para o fomento da vedação à discriminação de qualquer natureza. Por esta razão, duas formas de diminuição das desigualdades surgiram de maneira preponderante como instrumento que viabiliza a isenção do indivíduo no contexto social contemporâneo.

A primeira forma de redução das desigualdades consistiu, conforme acima explicitado, na adoção de mecanismos legislativos pautados na abordagem principiológica decorrente tanto das normas constitucionais, como daquelas oriundas do arcabouço legislativo infraconstitucional, que de maneira singular amoldou as prerrogativas constitucionais às principais demandas sociais que marcaram determinados países, dentre eles o próprio Brasil.

Encontramos também uma segunda forma de eliminação de discriminações vigentes marcadas pela implantação de políticas de proteção dos grupos considerados como minoritários. Esta proteção abrangeu, por conseguinte, a necessidade de afirmação ou até mesmo da restauração de tais grupos perante a ordem constitucional, cujo respeito corresponde à eficácia do texto apresentado nas mais distintas Cartas Políticas ao redor do globo. Não há como não nos exirmos da conclusão de que o princípio de igualdade admitiu uma proporção universal frente à carência de proteção que o fenômeno da globalização carregou consigo ao longo dos anos, fundamentalmente aos setores menos privilegiados de nossa sociedade.

Antes de ingressarmos de maneira específica junto às políticas governamentais de combate às desigualdades sociais, precisamos desmistificar de maneira conclusiva a distinção existente entre as ações afirmativas e as demais políticas dotadas de escopo semelhante. Logo de imediato, pertinente se faz a lição de Paulo Lucena de Menezes, que configura notório engano conceber esse tipo de ação como decorrente de “iniciativas oficiais ou programas previstos em lei”. A principal distinção reside no fato de que as ações afirmativas podem estar igualmente pautadas na realização de “programas de ação afirmativa voluntários, elaborados espontaneamente por empresas privadas”. Acompanhando esta diferenciação entre o conceito chave

dessas iniciativas e dos demais instrumentos correlatos destacamos também que as ações afirmativas não se originam prioritariamente de decisões judiciais, ou seja, partindo do pressuposto do ajuizamento de uma grande quantidade de processos. Assim, devemos nos atentar para o contexto segundo o qual a ação afirmativa não deve ser encarada como uma espécie de solução paliativa ou de cunho judicial, levando-nos à conclusão de que somente aquelas defluem de decisões judiciais específicas no caso concreto ⁷.

Tendo em vista esta digressão conceitual acima disposta, o combate à discriminação vislumbrada por meio das políticas governamentais teve seu início nos Estados Unidos, diante do conteúdo distributivo de benefícios que inicialmente foram destinados às parcelas reduzidas da população. Por sua vez, normas foram editadas para configurar e legislar sobre o assunto, assim, constituindo comandos prescritivos com força de proibir ou inibir a prática discriminatória como um todo. Neste contexto, os Estados Unidos demonstraram seu pioneirismo com a edição de um amplo rol legislativo que se inicia no pós-guerra, ainda na última década do século XX (Lei dos Direitos Civis – *Civil Rights Law*), englobando também leis de hierarquia infraconstitucional submetidas à apreciação do Congresso e, posteriormente, incorporadas nos Estatutos e demais textos legislativos que se seguiram, de maneira especial, o Estatuto dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*).

Todavia, a sensível repercussão emanada das ações afirmativas consiste nas normas regulamentares editadas pelas várias agências governamentais, cujo *mister* implica na implementação das leis promulgadas pelos estatutos e demais documentos legislativos capazes de resultar na criação de atos ou decretos normativos de lavra do Presidente da República, neste ato regulando as matérias de sua competência na qualidade de chefe do Poder Executivo.

Neste mesmo sentido, não há como não nos voltarmos também à supremacia das decisões da Corte Suprema norte-americana, algumas delas amplamente contestáveis na medida em que vinham a minimizar, ou até mesmo a neutralizar a repercussão que as normas decorrentes do *Civil Rights Act* pudessem causar na sociedade americana da época. Por essa via,

⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. ob.cit., pp.32-33.

seguiram determinadas medidas de verdadeira reação política por parte do Poder Legislativo dos Estados Unidos, a esta suposta “interferência” da mais elevada corte de justiça.

Importante salientar que esta relação de embate estabelecida entre o Congresso e a Suprema Corte foi marcada pela dominação de preceitos democráticos que colocaram frente a frente a vontade legislativa do Congresso em relação à interpretação conservadora fixada pela Corte de Justiça.

No entanto essa relação de distintos pontos de vista interpretativos por parte do Poder Legislativo e do Poder Judiciário simbolizou, de maneira especial, uma relação de complementaridade na medida em que coube, segundo o princípio da tripartição de poderes, ao Congresso a elaboração de um complexo de normas jurídicas originadas a partir da Constituição e de suas Emendas, sem deixar de ressaltar a edição dos inúmeros *Acts* (leis federais) que, de igual maneira, também executaram o importante papel regulador das disposições tendentes a instalar a ação afirmativa no meio social.

De forma distinta, sistematizam-se as decisões das Cortes Federais que exerceram, ao longo do tempo, o árduo trabalho de análise da constitucionalidade dos preceitos criados pelo poder legiferante, fixando em relação aos mesmos uma interpretação coerente do aludido dispositivo, quando em confronto com a inteligência do administrador e porque não dizer da própria norma jurídica. Em ambos os casos, porém, o objetivo nuclear dos instrumentos constitucionais colocados em prática pelo legislador é o de integrar os indivíduos em sociedade e, ao mesmo tempo, reduzir a desigualdade existente e que coloca em risco a plenitude das medidas afirmativas criadas.

Resta-nos avaliar também o alcance das políticas governamentais criadas com vistas a reduzir, senão eliminar, qualquer forma discriminatória que pudesse imperar. Com a criação do *Civil Rights Law* surgiu a polêmica segundo a qual as Emendas Constitucionais e demais legislações federais teriam como alcance apenas atos originados de entidades públicas, ou seriam aplicadas com semelhante eficácia aos atos discriminatórios praticados na esfera privada.

A partir da assertiva acima narrada, tivemos uma evolução considerável no contexto do surgimento de novas formas de discriminação, que mesmo não abarcadas pelo texto constitucional disciplinadores do tema mereciam guarida da Carta Magna na pessoa do legislador e do próprio administrador público.

Ainda com relação ao tema, não podemos nos esquecer da atividade fundamental exercida pelo Poder Judiciário que, conforme se verá adiante, avoca para si uma importante postura construtiva no progresso conceitual das ações afirmativas.

2.3. Ações afirmativas e a sistemática jurídica do direito norte-americano

Conforme já explanados nos itens anteriores, indubitáveis repercussões tiveram as ações afirmativas para a concretização do desiderato último de efetivação do princípio da igualdade, mormente na esfera racial, de gênero ou de origem nacional dos beneficiados.

Entretanto por mais que associamos a evolução histórica da ação afirmativa ao desenvolvimento da sociedade norte-americana, sobretudo na construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, entendemos que de nada adianta a consolidação das mesmas, sem ao menos apreciarmos as raízes históricas do direito norte-americano, cuja riqueza de detalhes, pode fornecer informações para uma melhor compreensão do tema, especialmente em um contexto social renovado.

Ab initio cabe consignar que, em pouco mais de dois séculos, os Estados Unidos lograram êxito na tarefa de integração dos princípios gerais da *common law*, mesmo que sua sistematização tenha se dado de maneira distinta, pois, neste país a criação de legislações e codificações por parte dos Estados preservaram a unicidade da Constituição e suas características peculiares no ordenamento jurídico.

A integração da *common law* em sua vertente principiológica traz à tona a importância que este modelo jurídico trouxe para a criação de inúmeros

outros ordenamentos. A Inglaterra, antes de 1066, quando Guilherme (o conquistador) expandiu os domínios do território inglês recebeu o respaldo jurídico de um direito considerado como princípio, cuja efetiva obrigação se restringia ao atendimento às peculiaridades locais sendo por isso mesmo considerado como um direito anglo-saxão⁸. A necessidade de mudança no aspecto jurídico era premente, especialmente quando outros sistemas como o francês contavam com uma língua única, além de tradições equivalentes, presentes não somente nos membros da corte, como também no restante da população pertencente a classes mais privilegiadas, dentre elas: os estudiosos do direito.

Foi justamente graças ao labor de Guilherme, o conquistador, que proliferou o domínio junto aos normandos, que a criação de um direito capaz de ser partilhado pelo reino Inglês tornou-se possível, recebendo, assim, a denominação de *common law*. Vale lembrar que este conceito de *common law* prepondera no âmbito dos tribunais reais de justiça de Westminster, vindo a incentivar um cenário de constantes confrontos, haja vista a proeminência que os costumes locais tiveram até então.

Sob sua óptica foi criado um mecanismo próprio de jurisdição sob a batuta dos Tribunais daquela localidade, que ao exercerem a respectiva atividade judicante criaram um contraponto com as jurisdições criadas na esfera senhorial – em que as normas pacificadoras dos conflitos emanavam de princípios considerados como feudais – juntamente com a forte influência exercida pela Igreja (princípios do direito canônico). Essas normas não foram seguidas por este novo modelo jurídico que adotou diretrizes aglutinadoras de decisão, em detrimento de inúmeras decisões díspares que poderiam perdurar consoante valores e princípios diversos adotadas nos feudos ingleses.

Com decorrer do tempo a *common law* veio a significar um adequado modelo jurídico a ser empregado nos mais distintos casos concretos, não somente pelo conjunto de regras a serem aplicadas (ou regras próprias que a mesma contava), como também pela implementação de regras processuais consentâneas com a obediência do exercício do contraditório proporcionando,

⁸ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006. p.19.

assim, eficazes mecanismos de defesa. Apenas a título de exemplificação das primeiras diretrizes fixadas por ela, temos que dentre os mecanismos de atuação dos Tribunais Reais de Westminster, destaca-se aquele em que por meio de um ato introdutório dirigido a um chanceler (aqui considerado como alto oficial da coroa) vem pronunciar uma ordem real, denominada como *writ*, cuja função precípua é a de constituir um processo distinto de acordo com a particularidade do caso⁹.

Com efeito, constatamos que por força deste exercício do direito de petição, seguindo os moldes do modelo da *common law*, um novo parâmetro de compreensão do direito fora instaurado, concebido de maneira única nos mais distintos territórios. Entretanto até mesmo aquele instituto veio a sofrer crítica frente a uma certa distância que seu formalismo proporcionou, especialmente nos casos cotidianos que obrigavam a adoção por parte dos juízes de uma posterior dinâmica, em que a efetividade das regras jurídicas criadas combatia com uma carência cada vez mais notória da maioria da população, qual seja, a igualdade.

O recorte epistemológico inerente a *common law* no presente item fez-se necessário, haja vista a extensão que este modelo jurídico sofreu não somente no reino da Inglaterra em sua gênese, como também nos territórios em que o exercício do poder político inglês configurou-se, tal como ocorreu nos Estados Unidos.

Dessa forma temos que a história do direito norte-americano caminhou lado a lado com a evolução histórica no país, até o início do século XVII em que colônias independentes foram criadas pelos ingleses (Virgínia em 1607 e Massachussets em 1630). Essa proliferação pioneira por parte dos criadores independentes de colônias norte-americanas contribuiu para que as regras emanadas da *common law* também acompanhassem esta independência, pois, a solução idônea trazida pelo modelo jurídico vigente não mais era suficiente para atendimento das vicissitudes locais. É justamente em nome das demandas locais que determinadas colônias constituíram um ordenamento jurídico embrionário, porém, aglutinador de certos princípios que a nortearam, como ocorreu na colônia de Massachussets, no ano de 1634. Por esta razão, é

⁹ SÉROUSSI, Roland. **Introdução** ...ob.cit., p.83.

que as bases de um novo modelo jurídico adequado a uma nova sociedade que se formava teve como triunfo inicial a *common Law*. Esta era motivada principalmente pela colônia inglesa, preservacionista das bases jurídicas formadas, mas, com a inserção do elemento da igualdade – capaz de atribuir uma singularidade ao direito norte-americano – especialmente com a declaração da independência dos Estados Unidos, no ano de 1776.

A declaração da independência resultou na criação de colônias que por sua vez redigiram suas próprias constituições. Uniram-se com o escopo de combater de maneira veemente a ameaça que a Inglaterra ainda poderia oferecer em face deste novo país que surgia com características próprias.

Mesmo com o advento da Constituição norte-americana em 1787 e as dez emendas que se seguiram, no ano de 1789, a *common law*, mesmo adaptada, serviu de base para aplicação do direito ao caso concreto. Porém a herança inglesa no aspecto normativo não se repetiu com relação a outros elementos que são responsáveis pela formação de um novo Estado unitário (por conta da independência das colônias), tampouco motivada pelo contexto geográfico. Na verdade, o direito norte-americano que surgiu concomitantemente ao Estado cultivou premissas próprias que passaram por: uma constituição escrita, uma confecção dos códigos disciplinadores de matérias específicas e uma clara diferenciação entre as normas jurídicas amparadas pelo direito federal e pelos respectivos Estados. Ademais nota-se uma discrepância quando comparamos ambos os modelos jurídicos que residem na descentralização tanto da produção legislativa como da atuação do Poder Judiciário, que neste caso prolifera-se ao longo dos Estados norte-americanos conduzindo a uma peculiar estrutura judiciária. Vale lembrar, mais uma vez, que na Inglaterra predominou uma crescente concentração do poder na atividade judicante, sob responsabilidade dos Tribunais Reais de Westminster.

Assim nesta etapa preambular de análise do direito norte-americano somente uma compreensão do contexto histórico que marcou a consolidação da *common law* e a formação dos Estados Unidos, mediante a declaração da independência das colônias britânicas, não são suficientes. A criação dos Estados federados e a ulterior elaboração da Constituição dos Estados Unidos

da América abriram caminho para um pormenorizado estudo sobre as fontes do ordenamento jurídico norte-americano e sua respectiva influência para a gênese das ações afirmativas.

2.3.1. Importância das fontes do direito norte-americano

O direito norte-americano se apresenta como uma verdadeira imagem do direito inglês, em que a repercussão jurisprudencial traz para a construção de um sistema jurídico diferenciado, vital importância, fundamentalmente pelo legado que a *common law* propiciou para os países que o adotaram, seja implementando por completo suas diretrizes, seja transplantando sua vertente principiológica, como foi o caso dos Estados Unidos.

A jurisprudência, por assim dizer, representou e ainda representa uma notável fonte jurídica à compreensão do direito norte-americano, sendo que os juízes se estimulam pelas suas próprias decisões, bem como por aquelas emanadas por juízes dotados de uma hierarquia superior. O respeito no tocante às decisões dos superiores se justifica pela busca de uma uniformidade de decisão por parte dos magistrados, que fazem uso dos chamados “precedentes” para fundamentar suas decisões judiciais – decisões que demonstram, assim, uma clara preferência em relação aos julgados, quando em confronto com a letra da lei, que por sua vez engloba em seu texto um conteúdo no mais das vezes programático.

Temos, assim, que no sistema da *common law* herdado pelos Estados Unidos, de maneira inequívoca, as decisões judiciais consistem em uma importante fonte do direito. Uma das conclusões que a assertiva nos impõe é que: a jurisprudência é responsável pela própria existência do direito, pois, nos estados que optaram pela adoção do direito romano-germânico, a lei desenvolve importante papel para a operacionalização do ordenamento jurídico. Enquanto que nos Estados Unidos e países que fazem uso da *common law*, as decisões judiciais protagonizaram os mecanismos de solução

de controvérsias judiciais oferecendo, assim, os subsídios para que o juiz alcance uma conclusão pautada em sua livre convicção¹⁰.

Contudo mesmo que os Estados Unidos tenham recepcionado os princípios caracterizadores da *common law*, aqui plasmados sob o enfoque dado às decisões e precedentes judiciais, estes últimos emanados de um *appellate court* capaz de exercer uma força vinculante junto ao tribunal e os respectivos juízes que lhe são subordinados. O direito jurisprudencial norte-americano não possui o rigor e a aplicabilidade em comparação com o mesmo destaque que a jurisprudência possui na Inglaterra. Para uma melhor compreensão do que está sendo aqui exposto devemos nos debruçar inicialmente na amplitude e soberania que as decisões judiciais possuem, além da força e autoridade da coisa julgada, cujo condão é o de impedir que ações posteriores possam pautar-se na mesma base jurídica que ensejou a propositura da anterior ação que gerou esta decisão judicial.

Em uma estrutura federativa, como a norte-americana, uma das tarefas precípuas deste modelo de condução das atividades governamentais consiste em um constante ajustamento em relação às necessidades econômicas e sociais por parte de uma sociedade que, conforme vimos, passou por inúmeras transformações desde a independência das colônias para formação de um novo Estado. Esta estrutura federal possui como consequência uma maior flexibilidade desta coisa julgada que originou o que o ordenamento jurídico norte-americano denominou de precedente (*precedent*). Por sua vez traz consigo a regra do *stare decisis*, aqui explicitada como a necessidade de respeito aos precedentes. Mais uma vez nos valem do evolucionismo social observado após o século XIX, que obriga os juízes a exercerem suas atividades judicantes movidos pela mudança de comportamento frente a esta nova era que revolucionou o convívio social entre os cidadãos, refletindo, também, o conflito pela consolidação da jurisprudência.

Acompanhando esta possibilidade de relativização dos precedentes e o *stare decisis* a construção doutrinária do direito norte-americano classificou os precedentes em absolutos e relativos, estabelecendo, outrossim, regras

¹⁰ RE, Edward D.Stare Decisis. In: **Revista de Informação Legislativa**, v.122. Maio/Jul.1994. p.281-287.

próprias que podem auxiliar o intérprete na elaboração de um raciocínio coerente com as intenções do legislador.

Primeiramente ao se fazer alusão aos *binding precedents* dotados de força vinculativa no mesmo tribunal e junto aos juízes que a ele são subordinados temos: a necessidade de respeito de um Tribunal às suas próprias decisões; o respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada; o respeito pelos juízes do Estado, em matéria de direito federal, às decisões emanadas das jurisdições pelos tribunais inferiores e às decisões judiciais que emanam das jurisdições federais¹¹.

Ressaltamos também os *persuasive precedents* por possuírem certa relativização em seu conteúdo carecem da autonomia total e obediência irrestrita, que marcaram os *binding precedents*, resultando, assim, em uma decisão ou conjunto de decisões, cuja observância e obediência residem em maior intensidade no plano da moral. Dentre os *persuasive precedents* de maior relevo, podemos citar os seguintes: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior; um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a outro Estado¹².

Esta distinção acima disposta sobre a amplitude da vinculação dos precedentes assume postura diferenciada na medida em que os estudos das ações afirmativas, que amparam esta dissertação, abarcam a tomada de posicionamento quanto à fiel observância das decisões advindas pelos juízes monocráticos e tribunais que versem sobre as políticas direcionadas à manutenção do princípio da igualdade entre os membros da coletividade. O alcance real do *stare decisis* seja sobre ações afirmativas ou outros temas controversos do ordenamento superior dos Estados norte-americanos em conjunto com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América serão objeto de estudo um pouco mais adiante.

Dessa forma, neste item destinado às fontes do direito norte-americano voltamos às considerações para as funções que as decisões judiciais (*case*

¹¹ SÉROUSSI, Roland. **Introdução** ... ob.cit., p.110.

¹² Idem, p.110.

law) possuem na órbita jurídica e seu respectivo impacto perante os cidadãos. Uma destas funções atrela-se à decisão do processo específico, realizando, por conseguinte, a já referida coisa julgada. Neste caso inexistente distinção em relação ao modelo romano-germânico, pois, o objeto central é o de decidir o conflito dirigido aos magistrados competentes para o exercício da jurisdição.

Ocorre que seguindo o sistema da *common law* aos magistrados não compete somente a mera aplicação ou a capacidade de “dizer o direito”. Pelo contrário, seguindo a eventual existência de particularidades no caso concreto que impossibilite que o juiz aplique o precedente judicial respectivo, pode o julgador criar o direito, tomando por base a existência de decisões anteriores ou até mesmo de diplomas legais, conforme se revele a complexidade do caso concreto. Neste contexto passamos a vislumbrar a existência de outra fonte do direito norte-americano competente para proporcionar meios de compreensão do direito, qual seja, as normas jurídicas (*statutes law*), cuja fonte criativa não se concentra no Póde Judiciário.

A decisão proferida pelo juiz no processo específico, atrelada a esta efetividade de criação do direito faz com que: como consequência da atividade judicante promovida pelo juiz tenhamos um reflexo para além das partes, ou da matéria ventilada e discutida no bojo dos autos. Tal como já abordado de maneira sintética, neste mesmo item, estamos nos referindo aos precedentes e, conseqüentemente, a aplicação da regra do *stare decisis*. A particularidade merecedora de comentário na apreciação dessa importante função das decisões judiciais é que o precedente não configure apenas uma decisão judicial – servindo como referencial de atuação por parte dos juizes. Sua repercussão assume uma postura normativa diante da afirmação de que o juiz pode vir a criar o direito. Nesse plano o precedente simboliza uma regra valorativa desconstituindo a clássica noção de jurisprudência, representando um conjunto de julgados que versam sobre casos semelhantes, com decisões semelhantes, na medida em que o mesmo pode originar do julgamento de um único caso portador dos mesmos efeitos jurídicos¹³.

Fixam-se ao conteúdo dos precedentes certos princípios decorrentes da *common Law*. Como vimos as decisões judiciais não refletem na totalidade

¹³ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa ...ob.cit.*, p.55.

às fontes do direito norte-americano, apesar de assumirem importância considerável para o deslinde dos casos concretos. Ainda nos resta apreciar de que maneira a legislação norte-americana desempenha seu papel para ser rotulado como fonte do direito, por força do dinamismo que sua ordem jurídica confere, muitas vezes, na sua interpretação. Mais uma vez nos referimos aos ditames da *common law* que também é marcada pela criação de diversos atos normativos ou legislativos oriundos da atividade do monarca, ou dos órgãos legitimamente reconhecidos para tanto¹⁴.

O conjunto dos atos normativos e demais diplomas que congregam regramentos de conduta em distintas situações caracterizam os *statute law*, também denominados como as leis escritas norte-americanas, que para uma melhor compreensão podem ser analisadas sob diferentes prismas, levando-se em consideração a fonte legislativa de criação destas normas.

Por um lado, temos as leis federais que encontram guarida no texto da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, promulgada no ano de 1787. Neste mesmo sentido mencionamos as leis estaduais que também trazem em seu conteúdo regras e princípios que representam os anseios da Carta Magna norte-americana, sem deixar de atender também, as particularidades locais, sobretudo dos Estados responsáveis pela sua elaboração. Segue-se, assim, o modelo federativo proposto pelo *standard* norte-americano da *common law*. No sistema jurídico dos Estados Unidos convivem de forma harmoniosa os já explicitados *case law* (decisões judiciais), como uma estrutura normativa hierarquizada, tal como Hans Kelsen já demonstrou em sua consagrada obra “Teoria Pura do Direito”. No topo da aludida estrutura se localiza a Constituição Federal tendo como legislação a ela subordinada outros diplomas que variam desde os tratados internacionais (*executive agreements*), as normas federais, as estaduais e as normas locais, que por si só abarcam uma subdivisão: em municipais (*municipalities*) ou regionais (*counties*)¹⁵.

¹⁴ GILISEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A.M.Hespanha e L.M.Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p.209.

¹⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa** ... ob.cit., p.47.

Um caso de notória controvérsia acerca da legislação norte-americana, como fonte do direito, reside na possibilidade da Constituição dos Estados Unidos exercerem um efetivo controle em relação ao complexo legislativo submetido ao crivo apreciativo do órgão competente, neste caso o Congresso norte-americano. Apesar de destinarmos um item próprio à organização judiciária dos Estados Unidos da América urge que se considere o pioneirismo de sua Corte Suprema no exercício do controle de constitucionalidade das leis, como se consigna no emblemático caso *Marbury vs. Madison*. De forma sintética, a narrativa do caso concreto consistiu no ato de nomeação oriundo de John Adams que exercia, na época, o cargo de presidente federalista, de seu amigo e presidente da Corte dos Estados Unidos John Marshall para o posto de Secretário de Estado. No mesmo período tivemos também a nomeação de William Marbury como *justice of the peace* no distrito federal, sendo que ambas foram aprovadas pelo Senado norte-americano. Com a eleição do presidente Thomas Jefferson, membro do partido democrata republicano, o mesmo nomeou James Madison como Secretário de Estado. Seguindo o rito da *common law*, William Marbury elaborou um *writ of mandamus* encaminhando-o à Suprema Corte, para que o mesmo efetivasse sua nomeação para o posto de *justice of the peace* no distrito federal. Dando sequencia à sua atividade judicante como um dos mais renomados presidentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall julgou o caso de acordo com o *Judiciary Act* de 1789, que lhe conferia poderes para uma apreciação judicial direta. Ainda em sua decisão, Marshall, mesmo reconhecendo o direito à nomeação de Marbury, reconheceu sua incompetência quanto à expedição do *writ of mandamus* para que a parte interessada pudesse ser empossada no cargo objeto do pleito.

O destaque atribuído ao caso *Marbury vs. Madison* justifica-se pela constante tarefa do juiz consistente na preocupação de preservar a supremacia da Constituição Federal sobre a lei, evitando a proliferação de qualquer outra interpretação que não se conforme com a redação do texto constitucional.

Entretanto persistiu uma explícita preocupação por parte do intérprete acerca da existência ou não de limites de intervenção por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Seguindo essa tendência foram elaborados certos princípios por

parte do mais elevado órgão da justiça norte-americana baseado fundamentalmente em sua jurisprudência, dentre os quais se destacaram: *Due process of law*, extraída da XIV emenda que possibilita aos juízos federais o controle da constitucionalidade da legislação vigente, quando atinente á vida, à liberdade e aos bens dos indivíduos¹⁶ ; *Commerce clause*, disposta no artigo I, seção 8, da Carta Magna norte-americana, considera inconstitucional a lei de um Estado, caso esta venha representar um entrave para o desenvolvimento de um comércio internacional, bem como o comércio em sentido amplo, abrangendo de maneira especial os cinquenta e um Estados da federação¹⁷. A simples menção destes princípios representa de maneira concreta a amplitude da legislação norte-americana como fonte de direito, na medida em que a Suprema Corte e o Poder Judiciário como um todo fixam os parâmetros de sua intervenção, fazendo prevalecer um modelo diferenciado da *common law* em que se possibilita o prestígio tanto da lei como das decisões judiciais, como fontes do direito norte-americano, sem prejuízo de outras que também se fizerem presentes.

2.3.2. A importância da Suprema Corte e a estrutura judiciária norte-americana

Toda a análise promovida acerca das fontes do direito norte-americano assume vital importância quando colocadas em confronto com a atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, da atividade desempenhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Entretanto a estrutura judiciária dos Estados Unidos assume notável complexidade motivada pelo modelo federativo seguido pelos norte-americanos desde 1789, com a consolidação do governo federal e sua relação com os demais Estados da federação. Por conta de um sistema judiciário próprio para cada Estado vislumbra-se, *ab initio*, uma separação entre a justiça federal e a estadual, que por sua vez encontram-se divididas em juízos de primeira

¹⁶ **The Constitution of the United States**. New York: Barnes & Noble Books, 2002, p.56.

¹⁷ *Idem*, pp.43-45.

instância, chamados de *trial courts*. Revendo a matéria objeto de recurso nota-se a existência de Tribunais intermediários, cuja adoção não foi promovida por todos os Estados e, finalmente, o Tribunal de última instância que recebe a denominação de Suprema Corte. Porém os Tribunais de média instância vinculam-se a uma jurisdição estadual, frente à presença da Suprema Corte dos Estados Unidos detentora de uma competência diferenciada como será vista adiante. Até então podemos nos ater à competência constitucionalmente disposta pelo artigo III da Constituição Federal americana que prescreve certas premissas a serem seguidas, tais como: o bom comportamento que tanto os juízes da Suprema Corte quanto os magistrados das cortes inferiores devem manter em seus gabinetes, percebendo uma compensação financeira pelos serviços prestados vedando-se qualquer irredutibilidade ¹⁸.

A priori esta organização judiciária guarda semelhança com o modelo judiciário pátrio, pois, as decisões, em um primeiro plano, são proferidas por um juízo monocrático, sendo posteriormente revistas por um órgão colegiado que, por sua vez, restringe-se à matéria de direito frente à demanda por uma delimitação de questões direcionadas aos Tribunais superiores ou para a Suprema Corte.

Portanto, pormenorizando a estrutura judiciária dos Estados Unidos, a justiça federal é fruto da supremacia da Carta Magna que em seu artigo 3º ressaltou a competência do Congresso Nacional para disciplinar as matérias correlatas aos tribunais inferiores. A justiça federal territorialmente dividida em distritos delega aos Estados a posse de ao menos um distrito, respeitando a possibilidade daqueles mais numerosos possuírem mais de um distrito. Esta organização territorial da justiça federal de primeira instância estabelece, outrossim, matérias essenciais à esfera jurídica devendo, então, serem apreciadas por órgãos especiais. É o que acontece, por exemplo, com: o *Court of Claims* dotada de competência para julgamento de processos ajuizados em face dos Estados Unidos que decorrem de tributos federais; *Court of Custom and Patent Appeals* – correspondente ao órgão competente para o exame judicial de decisões proferidas na esfera administrativa sobre ações que versem sobre registro de patentes e situações conexas; o *Court of International*

¹⁸ Idem, ibidem, p.52.

Trade, dedica-se à apreciação de decisões judiciais emanadas em casos concretos que tenham debatido questões atinentes à legislação alfandegária; os *Courts of Military Appeal*, dedicam-se a uma revisão das decisões proferidas na seara interna e de caráter disciplinar das Forças Armadas) ¹⁹.

É de se notar, de forma derradeira, sobre a competência da justiça federal alguns comentários sobre a organização judiciária em segunda instância. A ordenança procedimental divide-se em circuitos que totalizam treze e que consolidam na organização interna um tribunal dotado de competência civil e penal, a chamada *United States Court of Appeals*. Concomitantemente a organização judiciária de segunda instância determina a existência de competências materiais delimitadoras das atribuições da justiça federal, definindo matérias afeitas à diversidade entre os cidadãos e os casos de modificação de competência fixados na jurisdição federal e no deslocamento da jurisdição estadual à federal.

Por sua vez, deve-se observar que cada Estado por conta desta estrutura federalista também é dotado de uma organização judiciária própria, especialmente no âmbito da apreciação dos casos em primeira instância, haja vista que muitos órgãos peculiares à jurisdição federal possuem a mesma denominação, quando analisado sob a perspectiva da jurisdição estadual e sua respectiva competência.

Desta forma, constata-se a prevalência dos chamados *District Courts* em que as decisões monocráticas são prolatadas, tal como ocorre com a jurisdição federal. Contudo, por mais que encontremos traços específicos que tornam similares às jurisdições estaduais e federal, importante salientar que a justiça nos Estados da Federação é delimitada pela vigência de sua Constituição estadual irradiadora dos *State Statutes* – caracterizado pelo complexo de normas adotadas em sede de cooperação entre o Poder Executivo e Legislativo de cada Estado norte-americano.

A sistemática dos *State statutes* nos proporciona uma interpretação segundo a qual as matérias previstas nas Constituições estaduais não são remanescentes das competências da União, distintamente como ocorre em

¹⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa....ob.cit.*, p.56.

outros Estados, dentre eles o Brasil. A consequência do modelo adotado é a de que a legislação federal não tenha o poder de interferir na soberania estadual em termos legislativos. Ocorrendo, contudo, casos de conflitos de jurisdição estabelecidos entre as cortes de justiça estadual e federal, onde se utilizam os mecanismos implementados pelas regras do Direito Internacional privado norte-americano que aqui recebe a nomenclatura de *conflict of laws*²⁰.

A singela digressão terminológica acima disposta guarda relevância por força da competência das Constituições estaduais por meio dos *State Statutes*. A existência dos tribunais intermediários cuja efetivação não se dá de maneira compulsória em todos os Estados avoca uma significativa relevância, tendo em vista o acúmulo de trabalho causado pelo grande número de processos a serem apreciados em segunda instância. Quanto à estrutura destes tribunais intermediários cabe a ressalva de que se tratam de órgãos colegiados dotados de diversas variações como competência, composição, número de tribunais, além das relações firmadas com os tribunais de terceira instância, ou a Suprema Corte. Os tribunais intermediários, quando criados na esfera estadual, recebem a designação de *Court of Appeals* e não esgotam a apreciação do caso; subsiste ainda mais uma instância jurisdicional que a estrutura judiciária norte-americana convencionou por chamar de Suprema Corte. Esta está presente nos Estados da federação e responsável pela revisão das questões a ela dirigidas, sem contar a importante função voltada à uniformização da jurisprudência.

Ainda com relação à jurisdição dos Estados, sobretudo na atribuição institucional das Supremas Cortes, a atuação profissional dos juízes comporta uma atuação diferenciada em detrimento de outros Estados estrangeiros. Pode-se dizer que os magistrados estaduais gozam de respeito junto à opinião pública, razão pela qual o procedimento de inserção dos mesmos no Poder Judiciário estadual possui certas particularidades. A primeira delas é que os juízes de carreira podem ser eleitos pelos próprios cidadãos do Estado, tal como ocorrem nos Estados de Michigan, Louisiana e Texas. A segunda possibilidade prevê o ingresso dos magistrados por meio da nomeação pelo

²⁰ SOARES, Guido. Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.85.

governador, desde que ocorra uma aprovação do parlamento do Estado que promove essa nomeação, exemplo concreto deste procedimento se dá no Estado de Nova Jersey. Na terceira encontramos a cooptação como outra forma de ascensão dos juízes ao Poder Judiciário estadual, simbolizando, assim, a discrepância que o modelo federativo norte-americano propugna de ampla liberdade legislativa aos Estados para a organização de sua estrutura judiciária.

Outras características das jurisdições dos Estados também guardam variação em conformidade com as disposições locais. É por esta razão que a duração do mandato do magistrado pode ser sujeita a enorme mutação, de 2 a 15 anos, podendo até mesmo ser vitalícia dependendo da organização judiciária local.

Portanto, a apreciação das características inerentes tanto à jurisdição federal, como a jurisdição dos Estados possui o objetivo de delimitar um campo de apreciação dos casos concretos que demandam a atividade jurisdicional dos juízes que irão culminar na consolidação do exercício da competência constitucionalmente conferida à Suprema Corte dos Estados Unidos. Esse órgão é composto de oito ministros que recebem a denominação de *Associate Justices*, além de seu presidente, conhecido como *Chief of Justice*.

Todos os nove ministros que julgam em conjunto recebem a indicação por parte do Presidente da República, e cabe ao Senado vetar ou não o nome do postulante ao cargo de magistrado da Suprema Corte. A escolha dos juízes não se vincula à necessidade do candidato ao cargo de exercer uma anterior carreira na magistratura (juiz de carreira), culminando na escolha de juristas que exercem outras atividades inerentes ao meio jurídico, entre elas a carreira docente ou o exercício da advocacia como um todo.

Entretanto, mormente a indicação pelo Presidente da República do futuro juiz da Suprema Corte, não há como não declinarmos uma preocupação política com a escolha dos magistrados devido a ideologia defendida pelo mandatário da nação que pertence ou ao partido democrata ou ao partido republicano. Neste sentido questões polêmicas, tais como o aborto pode vir a sofrer uma alteração em seu entendimento pelo antagonismo de posições assumidas entre os Presidentes da República, indicando magistrados com uma

ideologia próxima à sua, desvirtuando, assim, a soberania e a independência das decisões judiciais e, de maneira especial, daquelas que versam sobre as ações afirmativas e seu desiderato último de concretizar o princípio da igualdade entre os cidadãos ²¹.

Ao apontarmos as características concernentes à Suprema Corte dos Estados Unidos temos que além de sua composição de nove ministros, o Presidente da Corte norte-americana não necessita ser escolhido dentre os juízes do Tribunal. O cargo na presidência da Suprema Corte não se restringe a um mandato fixado de maneira antecipada. Gerald Gunther discorre sobre as características da Suprema Corte e destaca que o caso do Juiz Earl Warren que ingressou no Tribunal ao assumir a sua presidência manteve-se à frente do cargo até a sua final aposentadoria que se deu após 16 (dezesesseis) anos de Presidência da Suprema Corte ²².

Na consecução dos trabalhos da Suprema Corte norte-americana algumas particularidades podem ser observadas, como aquela voltada ao atendimento das decisões prolatadas pelo Tribunal. Assim, a compreensão majoritária da Corte Constitucional pode se limitar tão somente à decisão final do julgamento, o que nos leva a crer que os fundamentos jurídicos possam ser distintos nos votos dos juízes que integram a Suprema Corte. Essa diferenciação quanto à fundamentação jurídica ou até mesmo quanto aos votos que foram proferidos em sentido contrário à maioria dos votos prolatados atribuiu ao magistrado um juízo discricionário quanto à possibilidade de formalizar seu voto por escrito nas situações acima descritas.

Em oposição à menção do desenvolvimento dos trabalhos da Suprema Corte dos Estados Unidos, pondera-se matéria atinente à sua competência seguidora dos preceitos constitucionais norte-americanos que prescrevem a existência de uma competência originária e uma competência recursal. Sob a égide da competência recursal torna-se relevante a prerrogativa conhecida como *appeal*, acentuada por Nowak & Rotunda como extinta após a reforma legal patrocinada pelo Congresso norte-americano no ano de 1988,

²¹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Sistemas eleitorais x representação política**. São Paulo, 1987. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pp.81-84.

²² GUNTHER, Gerald. **Constitutional Law**. 12 ed. Westbury: The Foundation Press Inc., 1991. Apêndice B, pp.B-1/B-7.

significando nada mais do que o aniquilamento do direito conferido à parte de pleitear a revisão judicial de determinada decisão que lhe fora desfavorável ²³.

Ainda no tocante à competência recursal da Suprema Corte dos Estados Unidos prepondera o chamado *writ of certiorari* – que configura o instrumento processual mais adequado e porque não utilizado para a revisão de decisões proferidas pelos Tribunais de segunda instância –, desde que a matéria debatida no recurso envolva questões de cunho constitucional ou leis federais.

Entretanto, há que se destacar a revisão promovida por decisões prolatadas pelas Cortes estaduais (Suprema Corte), quando as mesmas resultarem em afronta tanto a Constituição estadual (caso em que a lei estadual violar a Carta Política Estadual) como a Constituição dos Estados Unidos da América, sendo esta última, responsável pela competência da Suprema Corte norte-americana.

Ainda no contexto do *writ of certiorari* menciona-se o juízo de admissibilidade do pleito na medida em que interposto o recurso apresenta-se um juízo interpretativo que leva em consideração um julgamento preliminar se o caso a ser apreciado pela Suprema Corte possui características que venham a individualizá-lo perante os demais. Por meio da reprodução da aclamada regra do *rule of four* os Ministros podem proferir voto favorável para que o *writ of certiorari* seja admitido. Em caso negativo, a decisão objeto de recurso permanecerá inalterada não sendo permitido qualquer outro instrumento recursal que reinicie uma nova avaliação pela mais alta corte de justiça norte-americana. Interessante salientar, ainda no âmbito do juízo de admissibilidade, que diferentemente do ordenamento jurídico pátrio, em que as decisões denegatórias de seguimento de recurso exigem uma fundamentação jurídica mesmo que orientada em outras decisões uniformes encaminhado, caso a Suprema Corte dos Estados Unidos não admita o *writ of certiorari* a decisão não prescinde de justificativa para a recusa, o que não significa que o entendimento da Suprema Corte seja semelhante ao adotado pelo Tribunal inferior. Na verdade, motivações alheias à ordem jurídica positiva, como: conjuntura política, grande quantidade de processos pendentes de julgamento,

²³ NOWAK, John E., Rotunda, Ronald D. **Constitucional Law**. 5.ed.St.Paul: West Pu1995. pp.27-30.

não relevância do tema encaminhado para revisão da Corte, podem ser suscitados como fundamentação para não apreciação e seguimento do recurso ora em apreço²⁴.

Preenchendo as formalidades demandadas o *writ of certiorari* é encaminhado para o julgamento de seu mérito, situação esta em que a Suprema Corte dos Estados Unidos exercerá sua competência recursal proferindo ao final uma decisão sobre o caso concreto a ser publicada no *United States Reports*, espécie de publicação que compila as decisões prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e que, por sua vez, são divulgadas pelo *United States Government Printing Office*, órgão divulgador de documentos oficiais dos Estados Unidos. Dessa forma, haja vista a importância e ao mesmo tempo a complexidade da estrutura judiciária norte-americana, destaca-se alguns pontos relevantes que envolvem a Suprema Corte dos Estados Unidos.

No que tange sua organização, a Suprema Corte conta com nove ministros, sendo que um deles exerce a função de presidente da Corte (*Chief Justice*) e os demais desempenham a função de *Associate Justices*. A apreciação judicial dos casos concretos se dá de três maneiras distintas: sendo a primeira delas o *writ of certiorari* em que as denominadas *special and important reasons* (razões especiais e importantes) são ponderados no deslinde da questão; a *certification*, caracterizada pela questão de direito submetida por um tribunal de apelação; e a própria apelação, o já extinto *appeal*. Em contrapartida, na organização da mais alta Corte dos Estados Unidos, dentre os papéis desempenhados pela mesma, podemos elencar o dever constitucional de assegurar a interpretação uniforme das legislações vigentes (*Statute law*), a execução das tarefas concernentes ao *judicial review* (que consiste no trabalho do juiz constitucional em conformidade com as leis e das decisões judiciais com a Constituição dos Estados Unidos). Em virtude do papel exercido pela Suprema Corte remanescem suas competências que consistem basicamente na apreciação de recurso de apelação das decisões dos tribunais dos Estados (não competindo ao tribunal estatuir a respeito), além

²⁴ GUNTHERM Gerakd, **Constitucional**... ob.cit., p.61.

do recurso de anulação de certa decisão que venha violar de maneira nítida o direito federal posto.

Destarte, temos que todo arrazoadado teórico disposto neste item retrata de maneira sintética a organização judiciária norte-americana e o trabalho da Suprema Corte que não é suficiente sem o substrato decorrente da análise do caso concreto, que tem como premissa as ações afirmativas. Baseando-nos no conceito de ações afirmativas concluímos de forma consentânea com a doutrina majoritária a respeito de que as mesmas almejam eliminar os desequilíbrios existentes entre as categorias sociais preponderantes, garantindo a efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais. É por esta razão que a partir do próximo capítulo trataremos dos destinatários das ações afirmativas sob o prisma das minorias, avaliando em um momento posterior de que maneira a *common law* reconhece esta igualdade dos indivíduos e a efetiva garantia de acesso aos denominados direitos e garantias fundamentais.

3. Ações afirmativas e a defesa dos interesses das minorias

Quando nos debruçamos no estudo do tema ações afirmativas não há como não discordarmos de que se trata de um tema extremamente polêmico, desde a significação da expressão, até a repercussão que a mesma guarda quando efetivamente aplicada pelos países que a adotaram.

Entretanto, por mais que as ações afirmativas assumem distintas feições, uma delas é a implementação de políticas por entidades públicas e privadas. Nos entes públicos admite-se uma subdivisão entre os mais diferentes poderes, como o Executivo, Legislativo e o Judiciário, colaborando decisivamente na implementação de medidas tendentes a privilegiar certos grupos subrepresentados, que de alguma forma sofreram uma discriminação capaz de inviabilizar que ao menos fossem beneficiários de direitos a ele inerentes.

Esta discriminação mencionada no parágrafo anterior atrela-se a um contexto subjetivo em sua apreciação de maneira que subgrupos considerados discriminados por parcela da sociedade podem não ser alvos de repulsa quanto ao acesso a benefícios por outra parcela da mesma sociedade. Baseando-se na complexidade de formalização de grupos minoritários no bojo das ações afirmativas é que nos reportamos a partir deste momento a certos contornos do conceito de minoria, encarado sob diferentes prismas, visando sempre sua adequação última á preponderância das ações afirmativas, em seu sentido histórico-evolutivo.

3.1. Delimitações dos problemas relativos às minorias

Conforme veremos adiante, ao apreciarmos a doutrina do *equal protection clause*, elementos elencados capazes de diferenciar os indivíduos, simboliza um dos critérios adotados pela Suprema Corte dos Estados Unidos para julgar a constitucionalidade ou não de uma determinada lei que disponha

sobre ação afirmativa, privilegiando, assim, algum grupo predominante em nossa sociedade.

Os problemas de uma concreta e uníssona definição sobre o que venha ser “minorias” não se circunscrevem apenas a aspectos únicos que sirvam de parâmetro para nortear o tema em todos os Estados. Não existem dois ou mais contextos idênticos sobre a “minorias”, o que nos leva a acreditar que cada minoria apresenta características singulares que seguem tendências históricas defendidas por Estados e governos, seguindo suas próprias tradições e demais inclinações²⁵. Apesar de inúmeras sugestões proporcionadas pelos estudiosos que discorreram sobre o tema, foi por meio do pensamento de Francesco Capotorti que os critérios capazes de conceituar “minorias” foram apresentados e discutidos, como forma de buscar um consenso. Assim, determinados elementos constitutivos como: o elemento numérico, elemento de não dominância, elemento da cidadania e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria revelam o início de uma apreciação mais profunda sobre o tema, e podem caminhar para uma classificação coerente com os objetivos conexos às ações afirmativas.

Ao desmembrarmos os elementos configuradores das minorias ressalta-se, inicialmente, o elemento numérico que de maneira concreta não se faz suficiente. Em países como a África do Sul, enquanto perdurou o regime do *apartheid*, a dominância exercida pela minoria branca sobre a maioria, neste caso caracterizada pela maioria negra, foi notória. Esta assertiva nos direciona para o segundo elemento que rotula um determinado grupo social como minoria, a saber, o elemento de não dominância. Este elemento traz à tona uma outra definição dos chamados “grupos vulneráveis”, estes sim, atrelados diretamente ao conceito de minoria, pois, os membros de tais grupos não precisam necessariamente formar grupos menores, ou seja, minorias associadas a crianças, idosos, mulheres, que nem sempre constituem grupos de minoria encaradas sob o enfoque numérico. Vinculado ao elemento da não dominância, o elemento da nacionalidade admite controvérsia uma vez que suscita o debate que versa a respeito da viabilidade de pessoas que não são

²⁵ WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p.44.

cidadãos do Estado em que exercem seu domicílio, mas, que ao mesmo tempo pertencem a grupos minoritários, podendo pleitear a defesa de direitos e prerrogativas garantidos pelo ordenamento jurídico do Estado.

Com vistas a solucionar a controvérsia apresentada, a Organização das Nações Unidas, de maneira ampla, regulou o tema, corroborando, assim, com o posicionamento segundo o qual se deve concordar que em qualquer dos casos os membros de um grupo minoritário precisam ser naturais do Estado em que vivem²⁶.

No decorrer dos anos, e da própria evolução do direito internacional, o posicionamento da ONU, datado de 1992, foi aos poucos abandonado, levando à conclusão de que os membros dos grupos minoritários não necessitam ser cidadãos dos Estados, cuja tutela deve ser garantida pelos instrumentos jurídicos criados pelos Estados. O último dos elementos concernentes à elaboração do conceito de minoria consiste na solidariedade em que os membros da minoria adotam um viés subjetivo, consistente na manifestação de uma vontade explícita ou implícita, de preservar suas próprias características, aqui representadas pela preservação da cultura, tradições, religião e até mesmo do idioma, como forma de garantir uma igualdade de direitos em relação aos grupos predominantes na sociedade.

Maria José Morais Pires lecionando sobre a existência da discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem, descreve que no âmbito internacional da proteção dos direitos e garantias fundamentais os critérios de caráter subjetivo não são determinantes para rotular um certo grupo como pertencente a grupos minoritários. Assim, a autora faz menção à decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional que rejeitou o argumento pautado na demanda de uma mera declaração por parte do indivíduo que pertence a um grupo minoritário para que o mesmo exerça *in totum* os direitos regulados pelos tratados que discorram sobre o tema. A consequência da decisão tomada pelo Tribunal Permanente é a de que elementos objetivos como a etnia, religião e idioma, dentre outros devem ser

²⁶“MINORITY RIGHTS”. Fact Sheet nº 18, Geneva. Centre for Human Rights, 1992, p.10.

levados em consideração por meio de uma constatação de fato sobre a realidade do indivíduo frente à noção de minoria²⁷.

Todos os elementos constitutivos dos conceitos de minoria aliados aos mecanismos de proteção dos setores sociais, assim, considerados, abrem caminho para uma consolidação doutrinária capaz de simbolizar parâmetros universalmente reconhecidos para a competente classificação de “minorias”. Mais uma vez, Gabi Wucher representada o intuito dos estudiosos em delimitar a existência das minorias “nacionais”, “étnicas”, “religiosas” e “linguísticas”, como principais objetos tradicionalmente reconhecidos para proteção de minorias²⁸. Foi a partir dessa sistematização conceitual dos beneficiados pelas políticas públicas protetivas que diversas outras “minorias” surgiram, sobretudo valorizando a presença de uma dicotomia estabelecida entre o já consagrado conceito de “minorias históricas” e de sua consequente oposição ao conceito de “novas minorias” marcadas por diversas outras subespécies, tais como: as minorias “internas” e “externas”, que levam em consideração as minorias que vivem nos limites territoriais do Estado como cidadãos ou não.

Outra subespécie de “minorias” atualmente em voga e merecedora de comentário, faz alusão aos mecanismos de proteção aos grupos minoritários consoante já ressaltados e que relacionam os elementos subjetivo e objetivo e incitando-nos a uma reflexão sobre a diferenciação entre as *minorities by force* e *minorities by will*. Para as primeiras, as minorias e seus respectivos membros se encontram em uma posição de inferioridade na sociedade em que são domiciliados, almejando apenas a não discriminação em comparação ao restante da sociedade, restando aos mesmos apenas a adaptação a esta sociedade predominante. Já as segundas são projetadas na medida em que os membros desta sociedade não se satisfazem apenas com condutas de não discriminação. Pelo contrário, os cidadãos exigem também a implementação de medidas especiais (ações afirmativas) que permitem de maneira concreta uma equiparação de direitos que preservem de forma especial às características marcantes deste rol de novas minorias protegidas, e que circundam a defesa de valores fundamentais como a cultura, religião e a língua.

²⁷ PIRES, Maria José Morais. **A discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem**. In: Documentação e direito comparado, n.6364, 1995. pp.7-79.

²⁸ GABI, Wucher. **Proteção internacional** ... ob.cit., p.49.

Por óbvio que os anseios dos grupos titulados como “*minorities by will*” se apresentam com um grau de complexidade superior de efetivação do que os mesmos anseios pleiteados pelas “*minorities by force*”. A razão justificadora desta complexidade reside na insuficiência que o complexo normativo positivado pelo ordenamento jurídico de um dado Estado possui na árdua tarefa de efetivação de um princípio norteador da defesa das minorias: o princípio da igualdade. Este importante princípio quando juridicamente regrado, por vezes é incapaz de garantir a plenitude de defesa dos interesses dos grupos minoritários. É por esta razão que as ações afirmativas assumem singular importância.

3.2. O princípio da igualdade e as ações afirmativas: a discriminação positiva

A consecução do princípio da igualdade sempre marcou o objetivo principal de políticas afirmativas, igualdade esta que se baseia na equiparação de oportunidades voltadas a grupos ou indivíduos que são socialmente excluídos.

Entretanto, entendemos que apenas por meio de uma correta delimitação envolvendo o princípio da igualdade, também conhecido como isonomia, é que poderemos fixar limites para a elaboração de políticas afirmativas e de compreensão desse princípio. Por esta razão é que não se pode exercer uma interpretação meramente literal da lei, especialmente do princípio da igualdade, que merece ser interpretado como um todo.

Celso Bastos afirma que o princípio da isonomia parte da obrigatoriedade de equiparação de todos os homens no que se refere ao gozo e consequente fruição de direitos, sem falar na sujeição a deveres que o desequilíbrio na defesa de tais direitos possa ocasionar. Alicerçado na defesa do princípio da igualdade o autor em comento dispõe sobre a existência de duas espécies de igualdade reconhecidas, levando-se em consideração elementos metajurídicos vigentes. A primeira das igualdades retratadas é a igualdade substancial que de maneira preambular propõe um tratamento

equânime de todos os homens. De acordo com Celso Bastos: “não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida” ²⁹. Vale lembrar também, que a igualdade substancial possui uma forte influência do pensamento humanitário e idealista, que traz consigo uma postura político-ideológica por parte do Estado para reduzir eventuais desigualdades.

De maneira distinta se concentra a igualdade formal presente na vasta maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados, e que encontra respaldo na Constituição, que concentra em seu corpo normas de cunho programático cuja proposta inicial volta-se a equiparar diferenças porventura existentes na mesma fruição de bens e gozo de direitos, tal como ocorre na igualdade substancial. Marca registrada de igualdade formal é a disposição presente em inúmeras Constituições, em que “todos são iguais perante a lei”. Ainda fazendo uso da lição do autor citado, a igualdade formal “consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional” ³⁰. As ponderações dispostas revelam a importância que a correta compreensão do princípio da igualdade assume como premissa para a fiel observância da igualdade de chances sob a forma de inclusão social proposta pelas ações afirmativas.

Adotando-se como base a prevalência do princípio da igualdade como vetor de interpretação para o que se passou a denominar “discriminação positiva”, Vidal Serrano e Luiz Alberto David Araújo ressaltam a dificuldade associada ao conceito de isonomia, haja vista a árdua tarefa consistente na determinação, em cada caso concreto, de que maneira se apresenta a igualdade perante os indivíduos. À guisa de uma pacificação quanto à implementação efetiva do princípio da isonomia, os autores descrevem certos fatores, cujo reconhecimento torna-se necessário para que o princípio da isonomia se faça presente³¹: fator adotado como critério discriminatório; correlação lógica estabelecida entre o fator discriminatório apontado e seu

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14^a.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 179.

³⁰ Idem, p.180.

³¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Nunes Júnior, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.103.

respectivo tratamento jurídico por conta da desigualdade apontada; fiel correspondência entre tanto do fator discriminatório quanto do tratamento jurídico aplicado e os valores protegidos pelo ordenamento constitucional ³².

A utilização do critério acima colacionado nos apresenta uma perspectiva diferenciada quando analisamos as repercussões que o princípio da igualdade carrega consigo, pois, em momento algum, suscitamos rotular um fator discriminatório, ou o tratamento jurídico a ele confiado, como constitucional ou não. Pelo contrário, identificamos situações particulares, em que certos critérios discriminatórios ou valores protegidos pelo ordenamento constitucional de um dado Estado possuirão tratamentos distintos frente à sistemática que o caso concreto proporciona ao operador do direito.

E é justamente neste contexto de valorização do princípio da igualdade aplicável ao caso concreto que inúmeros diplomas constitucionais, espalhados ao redor do globo (incluindo-se neste grupo, a Constituição norte-americana), protegeram determinados grupos que no âmbito de sua evolução histórica e marginalização social mereceram um tratamento diferenciado ³³.

O tratamento contemporâneo que o princípio da igualdade assume volta-se a uma situação jurídica específica que, de maneira concreta, vem a garantir o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica vigente, demandando uma atuação específica em favor destes grupos diferenciados. Neste sentido de atuação pontual na criação de políticas e procedimentos obrigatórios e voluntários voltados ao combate a discriminação em diversos setores da sociedade, como mercado de trabalho, saúde, educação, dentre outros nasce, assim, a discriminação positiva. Maria José Morais Pires refere-se à fixação de normas jurídicas que preveem um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas, fazendo jus a uma igualdade material em detrimento de outros membros da sociedade ³⁴.

A definição proposta acima congrega importantes ponderações na medida em que determina a criação de normas temporárias cujo período de

³² Idem, p.105.

³³ PIRES, Maria José Morais: **A discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem**. In: *Documentação e Direito Comparado*, n. 63/64, 1995, pp.18-19

³⁴ SILVA. Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.63.

vigência se estende até o lapso temporal em que vigorará o cenário de desigualdade. Outro aspecto preponderante da discriminação positiva versa a respeito da compulsoriedade ou espontaneidade quanto ao cumprimento das medidas criadas pelo Estado para coibir preconceitos instalados no seio da sociedade.

Vale lembrar também que a criação de normas jurídicas ou políticas públicas direcionadas à redução das desigualdades não possuem como objetivo principal prevenir a discriminação. Passa em revista o caráter reparatório consistente na correção das injustiças eventualmente praticadas no passado. Em sintonia com o escopo distributivo concordante com o princípio da igualdade nos setores sociais mais carentes de uma atuação ostensiva por parte do Estado importa esclarecer que a fundamentação da discriminação positiva vinculada ao caráter reparatório ou distributivo nos leva a uma obrigatória apreciação quanto aos elementos que acompanham o tema.

Na compreensão de Sidney Pessoa Madruga da Silva a discriminação positiva associa-se à compulsoriedade ou voluntariedade das medidas adotadas por órgãos públicos ou privados, sendo os primeiros advindos de organismos estatais, como a implementação de quotas nas instituições públicas de ensino superior; ressalva-se também a primazia de medidas edificadas pela própria iniciativa privada, notadamente políticas de contratação de funcionários pertencentes a grupos sociais menos favorecidos, ou a concessão de bolsas de estudo na modalidade Pós-Graduação por parte da Fundação Ford e da Faculdade Zumbi dos Palmares³⁵.

Por mais que o entendimento consolidado abrange a discriminação positiva, volta-se para uma produção legislativa de vigência temporária somada a criação de políticas específicas para nivelar o princípio da igualdade que se mostra em desequilíbrio em um dado contexto social. Não podemos deixar de observar certos objetivos uníssonos em matéria de discriminação positiva direcionadores de benefícios ou vantagens a determinados grupos sociais; a já comentada busca pela igualdade de oportunidades e tratamento equânime junto à parcela da população, colocando-a em condições de igualdade em relação a certos segmentos sociais, leva-nos ao final junto do desafio maior da

³⁵ Idem, p.64.

discriminação positiva, a saber, elaborar medidas direcionadas a camadas específicas da sociedade, sobretudo na educação, saúde, emprego e acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência.

Portanto, temos que a discriminação positiva resta por caracterizar medidas de efetivação substancial do princípio da igualdade, que por seu turno veda de maneira expressa qualquer espécie de discriminação e demais diferenciações que se apresentem de maneira involuntária. Em verdade, a ruptura com o modelo social dominante vislumbra um horizonte a ser perseguido e que privilegie as denominadas “minorias” vulnerabilizadas pelos grupos aos quais pertencem – situando-as à margem do exercício pleno da cidadania e a defesa de direitos elementares necessários para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Enfim, ao longo deste item a discriminação positiva, quando associada ao princípio da igualdade, resulta na elaboração das já conceituadas ações afirmativas. Vimos que na composição de seus elementos caracterizadores as políticas públicas criadas no âmbito estatal, juntamente com aquelas adotadas na esfera privada merecem relevância. Todavia, nasce com a elaboração sistemática destas políticas a já reconhecida importância do Poder Judiciário e seu dever precípua de confrontar aludidas políticas com a supremacia constitucional, demandada como premissa de um Estado democrático de direito.

Dada a intenção deste estudo consistente em uma apreciação quanto à evolução histórica das ações afirmativas, o direito norte-americano trouxe em um primeiro plano a figura do “*state action*”, cuja promoção de políticas públicas de redução das desigualdades (*civil rights act*) representa uma intervenção estatal legitimadora das atividades públicas por natureza, juntamente com aquelas dependentes de uma regulação infraconstitucional.

Já sob o ponto de vista privado remanesce a prerrogativa conferida aos particulares que se servem da chamada “*Voluntary Affirmative Action*”, direcionada à atuação das entidades privadas que atenderão a demandas semelhantes àsquelas das ações afirmativas criadas pelo Estado.

Sob a perspectiva de confluência das iniciativas pública e privada o contraponto com o princípio da igualdade é estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos³⁶. Sua análise crítica volta-se ao atendimento dos desígnios constitucionais, ou seja, privilegiam-se medidas compensatórias ou distributivas, caso os grupos beneficiados se encontrem em um panorama histórico de desigualdade. Apenas a título de exemplificação desta importante intervenção da Suprema Corte americana, simbolizando o envolvimento estatal, insurge-se o caso *Jones vs. Alfred Mayer Co.* (392 US 909-1968) em que o órgão jurisdicional interferiu em uma seara eminentemente privada, consistente no banimento de discriminações em razão de raça, como a que marcou o caso concreto, haja vista que o autor da ação, um cidadão negro, teve recusada sua proposta na aquisição de um imóvel situado na localidade com predominância de cidadãos brancos. Esta decisão valorizou uma publicidade das relações privadas que atentam contra o princípio da igualdade, sem contar vários outros julgados que a Suprema Corte apreciou sobre o tema que será explicitado a seguir.

³⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa** ...ob.cti., p.60.

4. Posicionamento contemporâneo da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de ações afirmativas

A Suprema Corte dos Estados Unidos ao apreciar as matérias relativas às ações afirmativas pautou-se em dois níveis distintos de interpretação constitucional das leis, atribuindo como parâmetro um patamar elevado considerado como mais rigoroso na medida em que adota a etnia como elemento de diferenciação dos indivíduos, além do complexo legislativo e dos casos concretos que versam sobre direitos constitucionais fundamentais. Um exame menos recrudescido é igualmente privilegiado presumindo-se a constitucionalidade da lei, caracterizando um ônus ao demandante de provar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, frente ao texto constitucional.

Com a evolução histórica da sociedade norte-americana aliada à adoção de novos mecanismos de apreciação judicial do caso concreto, marcado sobremaneira pelo pensamento dos juízes que compõem a mais elevada corte de justiça, tivemos no julgamento do caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke* (438 u. e 265-1978) a adoção de um modelo considerado como intermediário na interpretação de *equal protection clause*.

No caso concreto, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que ao promover o julgamento de programa fixando distinções benéficas em favor de um ou mais grupos sociais deveriam ser levados em conta, na apreciação quanto a constitucionalidade ou não de tais programas, os objetivos governamentais estatuídos pelo Estado, conjuntamente do nexos causal a ser observado entre a ação afirmativa criada e os desígnios que a acompanham em comparação às metas sociais do Estado.

Os delineamentos contemporâneos da ação afirmativa no bojo da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana passaram por sensível alteração desde o julgamento do caso citado no parágrafo anterior. Logo no ano de 1979, o caso emblemático *United Steelworkers of América, AFC-CIO vs. Weber* (443US 193-1979) traçou-se elementos definidores de uma nova perspectiva de entendimento das ações afirmativas.

Em apertada síntese, o caso pode ser resumido por meio da situação de um acordo coletivo firmado entre a empresa Kaiser Aluminum Chemical

Corp e o sindicato que defendia os interesses da categoria de empregados. Decidiu-se que 50% das vagas do programa de treinamento da empresa seriam destinadas a empregados negros, até que o percentual dos qualificados no quadro de empregados da renomada empresa atingisse um patamar compatível com a porcentagem de negros na localidade em que a indústria desenvolvia suas operações. Salienta-se que os empregados negros qualificados constituíam cerca de 1,8% dos funcionários pertencentes ao quadro da empresa que por sua vez contava com um percentual de 39% do efetivo de empregados negros. Logo no primeiro ano de vigência da ação afirmativa instalada na empresa, sete empregados negros e seis brancos foram promovidos.

O critério de antiguidade instalado ocasionou as disparidades acima narradas quanto ao número de beneficiados, endossando por seu turno o levantamento de dados curiosos e conclusivos, de que o negro com maior antiguidade possuía uma quantidade inferior de anos como funcionário dos quadros da empresa do que vários empregados brancos.

Inconformado com esta realidade fática, um dos empregados que se sentiram subjugados, Brian Weber ajuizou ação em face da empresa fundamentando o pleito com base no Título VII do *Civil Right Act* de 1964, logrando êxito nas instâncias inferiores (*District Court* e *Court of Appeals*). Remetendo o caso à Suprema Corte dos Estados Unidos esta promoveu uma reformulação do entendimento preponderante, culminando em uma mudança de curso das ações afirmativas segundo uma nova modelagem aliada a uma interpretação teleológica do texto constitucional ensejando a modalidade da “*Voluntary Affirmative Action Plans*” quando voltada a adoção de critérios raciais capazes de preponderar no momento de defesa das minorias.

Para a concretização desta nova visão de interpretação, alguns fatores puderam ser considerados como decisivos na formulação da convicção dos juízes da Suprema Corte americana. O primeiro deles ressoa sobre o fato de que o programa de aprimoramento e promoção dos empregados da empresa Kaiser Aluminum Chemical Corp foi criado por meio do consenso obtido por acordo coletivo junto aos empregados da categoria, por intermédio de seu sindicato. Por outro lado não há que se negar também que a veiculação de tais

medidas pela empresa sujeitava-se a um caráter temporário, por conta da possibilidade de equilíbrio que a política de porcentagem definida para a promoção de negros na empresa poderia ocasionar ³⁷.

Outra importante questão foi objeto de amplo debate pelos juízes, que não concentraram seus votos tão somente nas circunstâncias fáticas apresentadas no caso em tela. A possibilidade jurídica de discussão da legalidade da instituição de planos de ação afirmativa por empresas privadas, formulados de maneira espontânea também circundou a Corte, implicando na efetiva diferenciação entre o tratamento jurídico fornecido aos planos de ação afirmativa de origem estatal e aqueles fomentados pelos particulares. Neste ponto as ações afirmativas de iniciativa dos órgãos governamentais, setorializadas nas relações de trabalho, estariam sujeitas a uma apreciação mais rigorosa sob o ponto de vista constitucional, levando-se em consideração os objetivos governamentais importantes e o efetivo interesse do plano de ação afirmativa em atingir as metas propostas em favor das minorias.

O padrão intermediário de interpretação recebe tratamento diverso quando se passa em revista à gênese de ações afirmativas por parte das empresas privadas e o tratamento ao princípio da igualdade, pois o fato da ação ter sido instituída pela iniciativa privada demanda uma compreensão do caso concreto lastreado em uma abordagem teleológica, em que os objetivos dispostos no Título VII do *Civil Rights Act* devem ser encarados de maneira extensiva não se privilegiando assim apenas considerações de caráter constitucional. A impossibilidade de o legislador antever a amplitude do alcance da lei em determinadas situações não significam a intenção do mesmo em acabar com a discriminação racial. Com efeito, conforme já narrado quando da exposição do caso concreto, o consenso firmado entre os empregadores e os sindicatos estimulou a adoção de projetos voluntários capazes de substituir iniciativas governamentais que venham a dispor sobre o mesmo tema ³⁸.

Considerando os votos proferidos pelos *Associate Justices* no caso *United Steelworkers of América, A&L-CIO vs. Weber*, além dos demais

³⁷ *Idem*, p.204.

³⁸ UROFSKY, Melvin I. **Affirmative action on trial: sex discrimination in Johnson vs. Santa Clara**. University Press of Kansas, 1997. p.46.

precedentes que subsidiaram a decisão da Suprema Corte norte-americana, novos critérios conformadores dos programas de ação afirmativa receberam destaque quando estipuladores de questões de etnia, especialmente no âmbito das relações de trabalho. Dentre os novos parâmetros, podemos destacar os seguintes: a evolução profissional dos indivíduos brancos não poderia ser cerceada por barreiras intransponíveis; os programas não poderiam ser instalados como forma de manter um equilíbrio racial, mas sim fomentar a eliminação do desequilíbrio racial que se apresenta evidenciado; os interesses dos indivíduos brancos poderiam sofrer uma limitação até determinada extensão, cujo limite encontra respaldo na impossibilidade de um trabalhador branco ser demitido com o objetivo de ceder lugar a um trabalhador negro; os programas de ações afirmativas criados deveriam possuir um caráter temporário, contemplando os limites governamentais de metas a serem alcançadas para eliminação de todas as formas de discriminação valorizando o preceito da igualdade esculpido na Décima Quarta Ementa Constitucional.

Na mesma linha de raciocínio do caso Weber outros julgamentos também transcorreram cujo mote principal baseou-se na criação de programas voluntários instituidores de ações afirmativas por parte das empresas, selecionando-os de maneira especial pela obediência quanto a procedimentos direcionados à investigação levada a cabo pelos órgãos governamentais responsáveis pela adoção das políticas públicas proibitivas de discriminação, sejam elas criadas por força de imperativo legal ou um complexo legislativo próprio tendente a eliminar a desigualdade reinante.

Ao relacionarmos um destes julgados que representaram esta mudança de sistemática interpretativa da Suprema Corte dos Estados Unidos, desde os casos Bakke e Weber, importante menção há de ser feita no tocante ao caso "*Gratz and Hamacher vs. Bollinger*" (539 U.S 244-2003). O caso concreto em comento cuja tramitação processual se deu juntamente com o caso "*Grutter vs. Bollinger*" teve início junto à Corte Distrital do Estado de Michigan no ano de 1997, sendo encaminhado para apreciação final da Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 2003.

Em suma temos que a Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan elaborando diretrizes para admissão de alunos nos

curso por ela oferecidos, determinou o preenchimento de critérios específicos tais como a qualidade do ensino secundário cursado pelo candidato (*high school*), capacidade de socialização e interação com o corpo discente, análise curricular, o destaque que o aluno venha a apresentar como líder perante os demais e finalmente o critério racial. Levando em consideração este último critério a instituição de ensino mencionada atribuía de maneira automática 20 pontos no total de 100 que correspondem à junção de todos os critérios utilizados.

Submetendo-se ao critério acima disposto dois candidatos brancos pleitearam ingresso na faculdade nos anos de 1995 e 1997 não vindos a serem aprovados devido à existência de prejuízos decorrentes, de maneira fundamental, da discriminação racial oriunda dos critérios utilizados no processo seletivo. Desta forma, ambos ingressaram com ação na Corte Distrital do Estado de Michigan, invocando a violação da cláusula de proteção da igualdade, disposta na Décima Quarta Emenda constitucional além do Título VI do *Civil Rights Act*, datado de 1964. Após a sujeição dos casos às instâncias recursais da organização judiciária norte-americana, sobretudo à Corte de Apelação do circuito correspondente ao Estado de Michigan (*United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*), os autos foram direcionados à Suprema Corte no ano de 2002 para apreciação e pacificação da matéria objeto do recurso.

O magistrado responsável pela relatoria do recurso, William H. Rehnquist, republicano indicado pelo Presidente Nixon no ano de 1971, e que presidiu a Suprema Corte desde 1986 até 2005, proferiu sua decisão no sentido de não oferecer oposição no tocante à diversidade racial almejada pelas ações governamentais objeto de impugnação por parte dos autores. Entretanto o *Chief of Justice* destacou em seu voto que o programa implementado pela Universidade de Michigan não poderia considerar sem apresentar justificativas plausíveis, que a mera distribuição de pontos na ordem de 20% para estudantes vinculado a critérios raciais não mereceria guarida frente a real intenção das ações afirmativas de correção das distorções sociais que preponderam na sociedade. Relembrando os pontos cardeais de interpretação da corte em matérias análogas o juiz Rehnquist trouxe à tona

que no caso concreto um candidato que possua um “talento artístico extraordinário” em conformidade com os critérios da Universidade de Michigan confeririam ao candidato apenas cinco pontos em detrimento de um candidato que inserido em um determinado grupo minoritário receberia de forma automática um total de 20 (vinte) pontos. Neste caso, a distribuição imediata de pontos não reflete as experiências e características individuais do estudante e concomitantemente, não proporciona uma contribuição em potencial para a diversidade racial que deve prevalecer nos programas de ação afirmativa. Como forma de conclusão à apreciação do caso concreto a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por seis votos a três que o programa de admissão da Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan era inconstitucional.

Tal como informado no início da narrativa dos casos concretos escolhidos para comento, juntamente com o caso *Jennifer Gratz vs. Lee Bollinger* tivemos o julgamento do caso *Bárbara Grutter vs. Lee Bollinger*, cujo desfecho foi distinto mesmo que a instituição de ensino fosse a mesma no caso a Universidade de Michigan. No curso de Direito da Universidade de Michigan a habilidade acadêmica dos candidatos pautada na realização de testes e uma pontuação específica bem como avaliação do talento, referências pessoais do candidato e demais singularidades que o diferenciam para a obtenção de vaga para cursar a disciplina são sopesados, sem contudo, implicar na atribuição de pontuação automática para estudantes vinculados a grupos minoritários como estudantes afro-americanos, hispânicos e nativos americanos. O programa de ação afirmativa consistia neste caso no compromisso de inclusão por parte da faculdade dos grupos minoritários, atribuindo uma preferência no processo seletivo por meio da valorização das características individuais sem, contudo distribuir pontos de maneira automática.

Insatisfeita com a rejeição de sua admissão no curso de Direito da Universidade em comento, a estudante branca Bárbara Grutter ajuizou ação pleiteando sua admissão enfocando a violação da *equal protection clause* estatuída na Décima Quarta Emenda aliado ao exaustivamente citado Título VI do *Civil Rights Act* de 1964³⁹. Tendo seu pleito satisfeito em primeira instância

³⁹ SILVA. Sidney Pessoa. **Discriminação positiva ...** ob.cit., p.111.

e a decisão reformada na Corte de Apelação o caso chegou à Suprema Corte, que decidiu por cinco votos a quatro pela constitucionalidade do programa de ação afirmativa vigente para o Curso de Direito da Universidade de Michigan na medida em que o programa não faz alusão à existência de um sistema de quotas, capaz de diferenciar a igualdade objetivada pela Constituição como ocorreu com os cursos de literatura, ciência e artes da mesma instituição. A partir do momento em que a etnia do indivíduo simboliza um fator adicional na escolha do candidato o programa passa a ser flexível, permitindo que a avaliação recaia sobre o indivíduo substancialmente considerado, e não apenas por sua etnia. Pode-se dizer assim que a ação afirmativa passa a ter sua legitimidade assegurada por atender não apenas a finalidade última de exclusão ou diminuição das desigualdades, como também propiciar a efetivação de um mecanismo de proteção constitucional do princípio da igualdade.

Finalmente, a evolução que os precedentes judiciais apreciados pela Suprema Corte dos Estados Unidos sofreram foram responsáveis para a consolidação de uma nova visão em que mergulhou a ação afirmativa. Desde o julgamento célebre *Marbury vs. Madison* em que o *Chief Justice Marshall* deu início ao controle de constitucionalidade das leis, perante o ordenamento jurídico norte-americano, a ideia de declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual pautada pura e simplesmente na ausência de razoabilidade da mesma, ainda que os desígnios constitucionais veiculadores da Lei se façam presentes foi alvo de inúmeras críticas, a começar pelos próprios Tribunais estaduais⁴⁰.

A criação de mecanismos esclarecedores dos limites da intervenção do Poder Judiciário norte-americano não foi possível até o momento da promulgação da Décima Quarta Emenda no ano de 1868, motivada dentre outros, pelo fim da guerra civil além da necessidade evidente de alterações legislativas que permitissem uma maior integração do negro na sociedade, equiparando direitos e vedando atitudes tendentes a acirrar o ambiente

⁴⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do século XVII ao XXI**. São Paulo: EditoraLetras Jurídicas, 2007. p.174.

segregacionista por parte dos Estados, segundo o modelo federalista dos Estados Unidos.

Foi justamente a partir deste contexto, que o *Bill of Rights*, apresentado nas dez primeiras Emendas Constitucionais, firmado na inteligência do devido processo legal propugnado pela Quinta Emenda constitucional (*due process of law*), que os Estados federados tiveram sua atuação limitada pela Suprema Corte dos Estados Unidos passando a ter maior oportunidade de apreciar, em grau recursal a razoabilidade das leis. Contextualizando a promoção da razoabilidade na aplicação e interpretação do comando legal, não há como não nos lembrarmos da influência ofertada pela *common law* e sua tendência de fomentar um “direito comum” capaz de criar um conjunto de decisões ou mesmo uma única decisão, que sirva como parâmetro para atividade jurisdicional. Distintamente deste direito comum aplicado pelos Tribunais de Westminster, surgia a *Equity* utilizada como vetor de compreensão do direito pelos Tribunais do Chanceler do Rei para os casos em que a *common law* não poderia ser utilizada e a equidade era a única ferramenta à disposição do julgador.

Ao longo deste estudo não poupamos esforços na tentativa de esclarecimento das principais nuances que envolveram o estudo das ações afirmativas e a relevância histórica que sua implementação ocasionou para a valorização do princípio da igualdade.

Desde o julgamento do caso *Brown vs. Board of Educations of Topeka*, ainda na década de 50, até passando por uma revisão dos contornos interpretativos da Suprema Corte dos Estados Unidos, como se deu no caso *United Steelworkers of América, AFC – CIO vs. Weber*, em 1979, objetivou-se a conclusão de que um posicionamento intermediário sobre programas de ações afirmativas concentra um aspecto temporário em sua instituição, contemplando uma data limite de duração ou uma meta específica a ser alcançada. A compreensão dos tribunais sobre a disciplina perdura até os dias atuais, consoante decisões recentes da Suprema Corte como ocorreu no julgamento dos casos “*Gratz and Hamacher vs. Bollinger*” e “*Grutter vs. Lee Bollinger*” nas quais a mais elevada Corte de Justiça norte-americana fixou compreensão no sentido de endossar a adoção de programas de redução de

desigualdades sociais, especialmente sob o prisma racial, desde que fossem valorizadas as características individuais dos cidadãos.

O nivelamento do princípio da igualdade, como instrumento voltado para conferir benefícios para indivíduos que pelo seu próprio esforço não conseguiriam fazer jus às benesses sociais refugiaram-se nas ações afirmativas como único patamar de defesa da *equal protection clause*.

Em verdade, o panorama contemporâneo da ação afirmativa, guarda relação com um somatório de esforços dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para uma eficaz adequação deste conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que se voltam para favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em posição de desvantagem frente os demais setores da sociedade.

Entretanto, temos de atestar a existência de uma estrutura previamente estipulada de interpretação de aplicação dos programas de ação afirmativa, sob o foco da elaboração de um nível de interpretação mais rigoroso ou mais flexível, ressaltando o primeiro dos níveis em situações que envolvam uma classificação suspeita, ou seja, quando a etnia constituía elementos diferenciadores plasmada também na profícua colaboração do jovem senador norte-americano John Kennedy, que ascendia na carreira política, preocupando-se com os setores menos favorecidos da sociedade, tornando-se presidente dos Estados Unidos e principal responsável pela edição das *Executive Orders*, que reprimiam discriminações em setores específicos, como o mercado de trabalho.

Todo este retrospecto nos convida a uma reflexão sobre o futuro da ação afirmativa, especialmente quando a tarefa consiste na adequação da mesma no cenário de uma sociedade globalizada, onde muitas vezes o progresso econômico e o desenvolvimento de uma política liberal colocam em segundo plano a evolução sustentável do planeta, bem como a defesa dos direitos e garantias fundamentais. Esta nova postura social exigiu da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, uma interpretação coerente com o atual cenário econômico e social. A pergunta concernente à constitucionalidade de um programa de ação afirmativa ainda ronda os tribunais, suscitando dúvidas além de calorosos debates, colocando em pauta, a efetiva extensão da *equal*

protection clause e qual o nível de compreensão há de ser posto para os casos concretos que versarem sobre a aludida cláusula.

Cabe ressaltar que a própria sociedade norte-americana se encontra dividida, quando o tema em discussão é ação afirmativa, tornando-se difícil alcançar uma pacificação doutrinária sobre o tema, ainda mais sob a perspectiva de um modelo federalista em que os Estados-membros gozam de explícita autonomia para a criação de sua própria legislação (*Statutes*), desde que respeitem as disposições inseridas no texto constitucional. Todavia, por força da Décima Quarta Emenda da Constituição o princípio da igualdade autoriza diversos pontos de vista sobre variados assuntos e de maneira fundamental a própria ação afirmativa, resultando assim, em uma multiplicidade de conceitos que inviabiliza esta busca pela compreensão majoritária.

Por sua vez, o escopo deste trabalho também não migrou para a fixação de postulados únicos de criação e aplicação das ações afirmativas, até porque, exigiria uma uniformidade que se iniciaria na intenção do legislador passando pela criação da lei e sua consequente execução, que por sua vez poderia afrontar o sistema de repartição de competências residuais, tal como deflui do sistema brasileiro, como forma de exemplo.

Com o intuito de buscar uma fundamentação filosófica capaz de justificar a constitucionalidade das ações afirmativas, desde que privilegiem a Décima Quarta Emenda e demais diplomas legislativos, acompanhamos o posicionamento de Ronald Dworkin, segundo o qual os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições, não permitindo a criação de um novo direito. Todavia, as regras da *common Law*, por vezes são vagas, exigindo um modelo de interpretação que permita aplicá-la aos novos casos surgidos na sociedade⁴¹. A partir deste momento, caberá ao juiz agir como se fosse delegado do Poder Legislativo responsável por promulgar leis que em consonância com seu juízo de valor seriam promulgadas diante do problema apresentado.

Deparamo-nos com uma teoria da argumentação em que argumentos de princípio e argumentos de política caminham paralelamente em busca de

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e Notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.128.

uma meta coletiva que atenda aos interesses dos indivíduos como um todo e não apenas em um dado segmento específico⁴². Assim somente quando a igualdade atua como meta direcionada à redistribuição de direitos e prerrogativas em certas situações, podendo ser restritivamente aplicada em outras, é que os princípios distributivos atenderão a um benefício coletivo maior, o que se justifica a concessão de uma oferta menor de certo benefício a um indivíduo considerado de maneira isolada.

Acreditamos que a perseguição de distintas metas coletivas pelas comunidades deverá passar pela criação de ações afirmativas, que associadas ao princípio da igualdade garantirão sua perpetuidade ao longo dos anos como um eficiente instrumento de redução das desigualdades sociais, seja por meio de políticas compensatórias ou da realização de uma justiça distributiva. A materialização do pensamento difundido será melhor explorada no próximo capítulo, quando teremos a oportunidade de justificar a instituição e profusão das ações afirmativas sob a égide da teoria da justiça de John Rawls.

⁴² Idem, p.141.

5. A teoria da justiça de John Rawls e a justificativa filosófica das ações afirmativas

Esta dissertação procurou traçar um esboço histórico-evolutivo das ações afirmativas concentrando esforços na tarefa de conceituá-las como um importante mecanismo de redução das iniquidades sociais que preponderam em diversos Estados, nas mais diversas áreas e demandas da população, tais como educação, saúde, igualdade entre sexos e questões étnicas.

O contexto atual da ação afirmativa cobra de seu instituidor (entidade pública ou privada) uma constante atenção quanto à supremacia do princípio da igualdade (*equal protection clause*) bem como os reflexos que a adoção de uma determinada política possa acarretar junto aos cidadãos que porventura não se enquadrem à mesma. Preocupação semelhante guardou a coletânea de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a matéria ao submetê-la a uma análise rigorosa, sempre que era suscitada a constitucionalidade ou não de lei ou ato praticado, capaz de abalar a vigência da décima quarta emenda à Constituição norte-americana. Até mesmo o modelo federalista dos Estados Unidos encontra uma limitação material na parcela de autonomia concedida aos Estados para legislarem livremente sobre quase todos os assuntos, quando um dispositivo legal (*Statute*) sirva de restrição à soberania de preceito da isonomia.

Toda esta digressão resulta em um dilema que abrange uma coerente justificativa filosófica das ações afirmativas capaz de viabilizar sua existência no seio da sociedade, atribuindo a ela juridicidade para pertencer à órbita do direito. Duas nuances já foram aventadas, como prováveis justificativas de existência dessas políticas públicas e que rondam o campo da justiça distributiva e da justiça compensatória. Não obstante ambas serem amplamente respaldadas pelos sistemas jurídicos vigentes, tanto na implantação de políticas públicas ou privadas de maneira compulsória, voluntária ou facultativa, quanto ao fazer uso desta modalidade de intervenção por meio de tais políticas passa-se a nivelar, assim, os destinatários do conjunto de normas que propõem um tratamento equânime para todos (justiça compensatória).

Ainda entendemos que a demanda pela inserção dessas formas de consolidação da justiça, em um contexto ainda maior, faz-se necessário sob pena de não encontrarmos elementos suficientes que justifiquem a proeminência das ações afirmativas.

É por esse caminho que enveredamos o presente capítulo na sintética apresentação dos conceitos de justiça propugnados por John Rawls em sua obra *Uma teoria da justiça*, sem contar os diversos escritos do autor sobre a matéria. A definição dos postulados essenciais da justiça também permeou a obra de Ronald Dworkin, que com sua experiência filosófica teceu comentários do mais elevado quilate jurídico, abrangendo o limite da discricionariedade da decisão judicial, sem contar suas noções acerca da argumentação política e principiológica.

Dando início a abordagem propriamente dita do impacto que a teoria da justiça de Rawls trouxe ao mundo contemporâneo, José Nedel enaltece sua importância devido às inúmeras qualificações colecionadas pelo filósofo norte-americano⁴³. Rawls engaja, por conseguinte, novas diretrizes à filosofia moral e política, arquitetadas quando da morte de seus dois irmãos que contraíram doenças de John Rawls.

Os horrores da segunda guerra mundial por ele vividos, na qualidade de combatente, fomentaram uma profunda reflexão sobre as origens da desigualdade social, e de que forma a justiça social, tolerância e valorização dos preceitos constitucionais poderiam prevalecer⁴⁴. Entretanto, para a descrição e justificação da teoria, outra saída não há, senão descrever de que maneira a injustiça prepondera nos dias atuais nos mais diferentes Estados.

⁴³ NEDEL, José. **John Rawls: Uma teoria de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. pp. 115-116.

⁴⁴ OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2003, p.1.

5.1. A descrição dos problemas da justiça na contemporaneidade

Debates são suscitados ao envolver a justiça sem ressaltar a carga de subjetivismo que acompanha seu respectivo conceito. Por óbvio que a intenção no presente estudo não circunda em apresentar uma plêiade de conceitos inerentes à mesma, mas sim, de contextualizar sua presença no modelo doutrinário proposto por John Rawls.

Rawls associa a ideia de justiça à noção de razão, voltando à esta para visualizá-la segundo dois adjetivos possíveis, quais sejam: o racional e o razoável. Sob o prisma da racionalidade, vislumbra-se a escolha dos meios que possam suprir os fins colimados, enquanto que a razoabilidade passa pela apreciação das condições propostas pelos membros da sociedade e que levam em consideração os termos remanescentes do contrato social, como mais justos em um esquema de cooperação social, cuja reciprocidade e mutualidade redundam na igualdade dos associados, em uma situação original – estrutura fundamental de uma sociedade rotulada como justa⁴⁵. Nesse cenário divulgado por Rawls a racionalidade e a razoabilidade simbolizam a busca por um senso comum, em que as principais instituições políticas e sociais da sociedade vêm a interagir, distribuindo direitos e deveres, culminando também na equiparação de uma posterior distribuição das vantagens emanadas desta cooperação social no decurso do tempo.

Plasmado aos ideais da razão e da racionalidade a noção de justiça comporta sua aplicação junto à estrutura básica da sociedade, em que as atividades de associações e indivíduos preservam a essência da justiça, resultando, por sua vez, na denominação atribuída por Rawls de *background justice* ou justiça de fundo. A razão proposta para a consolidação de um modelo da teoria da justiça passa pela ideia de que na confluência de interesses individuais e coletivos exige-se do intérprete uma postura moral neutra originada de valores comuns e impessoais. O conceito de razão merecedor de referência nos é dado por Álvaro de Vita ao considerar que a postura moral neutra origina-se de valores comuns e impessoais, estes últimos

⁴⁵ RAWLS. John. **Justiça como equidade: uma reforma**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.13.

marcados pela presença de agentes que atuam de maneira independente aos seus interesses e da própria expectativa individual⁴⁶.

O olhar do agente ao mundo de maneira despretensiosa e desinteressada permite que o juízo de valor elaborado em relação a políticas e ações governamentais seja marcado por uma intensa consideração quanto ao bem-estar e interesse dos demais membros da sociedade garantindo respeito junto ao complexo normativo criado chefiado pela norma hipoteticamente considerada.

Pautado nestas considerações tecidas acerca dos argumentos direcionados à razão, à racionalidade e, em contrapartida, ao conceito do que venha a ser considerado como justo, passamos a apreciar os fatos que contribuem para a formação de um ambiente de injustiça que marcou certos setores sociais no decorrer do século XX e que até hoje perduram, em pleno século XXI.

A problemática atualmente vigente contextualiza o justo de maneira que não pode ser considerado um mero rito ou processo formalizado em diplomas legislativos que não contam, por vezes, com a obediência de seus destinatários por razões múltiplas; mas que restam por convergir nos interesses pessoais que devem ser priorizados em detrimento da coletividade. Salienta-se, neste sentido, que o conceito do que venha ser justo sofre distorções em sua elucidação. A delimitação de uma sociedade justa passa por uma consideração coerente do nível de acessibilidade das camadas menos abastadas nos poderes democráticos. Aliás, este modelo de acessibilidade confirmou um dos enfoques propostos por John Rawls, não apenas para a consolidação do bem, mas, para a consagração do princípio da justiça equitativa que prega uma igualdade equitativa de ascensão a cargos e oportunidades.

A justiça equitativa aplica-se ao conceito de justiça social nas democracias consideradas como liberais e carrega consigo uma importante missão oferecida aos cidadãos norteados pela excelência da razão pública, figurada em Estados que são controlados por classes privilegiadas

⁴⁶ VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus critérios**. São Paulo: Ed. Unesp, 2000, pp. 15-17.

ascendentes ao poder, tomadoras de iniciativas que caminham na contramão de interesses coletivos. Os sujeitos formadores de opinião e os protagonistas da chamada “democracia econômica” unificam seus esforços com vistas a reduzir as desigualdades sociais provenientes de uma precária distribuição de riquezas e de total descontrole do setor econômico por parte do Estado.

Ronald Dworkin será objeto de apreço ao longo do estudo ao ponderar que a justiça em uma dada sociedade deve ultrapassar o formalismo estrito em que se mergulham os preceitos democráticos. Assim apenas com o atendimento à demanda por bens primários, indispensáveis para a realização dos fins perseguidos pelos homens, é que soluções para o problema da justiça podem ser alcançadas, sobretudo em uma sociedade que vive sob a supremacia formal das leis⁴⁷.

A predisposição de abstrair, cada vez mais, um viés conservador de interpretação das leis, voltado à existência do liberalismo, marcou a convicção formada por Dworkin ao relatar, em um período anterior à Guerra do Vietnã, que os políticos liberais empregavam uma ampla liberdade econômica, de expressão, além de um internacionalismo capaz de situá-los em uma esfera política inovadora de respeito a prerrogativas dos cidadãos, em clara alusão aos direitos humanos. Voltou-se, porém, a uma postura de congruência ao conservadorismo, na medida em que certas questões como a proteção ao meio ambiente contra a emissão de poluentes, como forma de exemplo, impossibilitaram um desenvolvimento pleno das indústrias e, conseqüentemente, prejudicaram a manutenção e até mesmo a criação de empregos. Congrega, ao final, o filósofo que em verdade a concentração de poder e a oposição ao crescimento pelo crescimento faz com que pareça a nós um liberalismo circunscrito apenas ao espírito, pois, os liberais sempre demonstraram forte oposição ao crescimento de empresas de grande porte, apoiando, em oposição, os preceitos de uma igualdade política⁴⁸.

A aglutinação das afirmações tanto por parte de Rawls quanto de Dworkin trazem justificativas distintas para problemas da prática da justiça

⁴⁷ BUENO, Roberto. **Dos critérios de justiça de Dworkin e Rawls**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional. N. 40, julho/setembro de 2002, pp. 171-172.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 269-273.

comum. Enquanto Rawls enfatiza a racionalidade e a razoabilidade como determinantes de uma sociedade justa, Dworkin faz do liberalismo um importante pressuposto de compreensão do intenso formalismo, a que faz jus o intérprete do direito, e que nada lhe adianta frente à necessidade de prover aos cidadãos os bens primários destinados à sua sobrevivência. O ponto de entrelaçamento das duas ideias se dá quando passamos a analisar os desafios e objetivos atrelados à justiça e que congregam em seu conteúdo a supressão da miséria e o alívio da pobreza⁴⁹.

Em diversas ocasiões deparamo-nos com justificativas erigidas em argumentos que acusam o desenvolvimento econômico como fator prejudicial à humanidade ou que o conceito de pobreza se apoia exclusivamente em fatores objetivos, como baixos salários, exclusão e necessidade. Por certo, afirmar que estes fatores contribuem para o agravamento da situação desfavorável em determinado Estado que pode vir a sujeitar-se, mas, que não serve de parâmetro para a tentativa de justificação filosófica do problema da justiça.

Neste patamar da discussão é que se situam as lições de Rawls e Dworkin, quando cada um precursor de um modelo de raciocínio, fixa e problematiza a injustiça às vezes praticada guarnecendo sua compreensão com uma celeuma comum que reside na estrutura básica da sociedade, marcada, em certos momentos, pela defesa de interesses individuais ou de grupos específicos.

Segundo Rawls a aglomeração de indivíduos setorizados implica em um desvirtuamento quanto a valores comuns e impessoais, enquanto Dworkin destaca, por meio de acontecimentos históricos, a prevalência de determinados grupos incumbidos da elaboração de metas políticas, por eles consideradas, como mais coerentes com a ordem social, mesmo que na prática resultem em um cenário ainda maior de descompasso na defesa dos interesses coletivos.

A eliminação da miséria e o alcance da plena felicidade são tidos como fins a serem alcançados para a concretização da justiça, que por sua vez remonta à necessidade de preservação das liberdades básicas dos indivíduos, tuteladas juridicamente e que não devem ser descartadas. Novamente se

⁴⁹ KOLM, Serge- Cristophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.399.

concentra na política a tarefa de instrumentalizar o atendimento das necessidades primordiais dos cidadãos, por meio de medidas de caráter administrativo que reduzem de forma efetiva um quadro de desigualdade setorial, se levarmos em conta que a necessidade básica se concentra em uma questão específica.

As ações afirmativas encontram seu sustentáculo nas desigualdades mencionadas sejam elas implícitas ou explicitamente consideradas em que o princípio da igualdade ou isonomia deixa de ser observado.

Contudo, como veremos no decorrer do capítulo, John Rawls e Ronald Dworkin desenvolveram métodos próprios de análise e desenvolvimento em matéria de justiça, cada qual justificando a pertinência da teoria segundo argumentação própria. Por hora, veremos de que maneira Rawls concebeu um modelo de sociedade ao aplicar sua teoria da justiça inexistindo oposição em relação à liberdade e o crescimento econômico. Esses são orientados por princípios de justiça concebidos em uma posição inicial da sociedade, cuja classe que venha a ser mais privilegiada possa permitir uma melhoria da classe que não conta com os privilégios descritos.

5.2. A concepção de sociedade e sua relação com a teoria da justiça

Sempre que nos atrevemos a dissertar sobre aspectos que campeiam a sociedade, a vastidão do tema instiga um enfoque multidisciplinar capaz de abranger diversas disciplinas das mais distintas áreas do conhecimento.

Voltado ao estudo da teoria da justiça de John Rawls, o contexto empregado para a fundamentação de sua teoria encontra relação com preceitos de caráter racional e porque não contratual, haja vista que a convivência harmônica entre os indivíduos demanda uma constante cooperação, barganha e discussão quanto a interesses díspares e características vislumbradas no bojo de um contrato.

Desta forma, Rawls preceitua que somente em uma posição original é que os membros de uma sociedade podem abstrair fatores pessoais e valores

individuais, incentivando uma situação de verdadeira negociação, uma vez que os indivíduos considerados racionais podem comparar seus anseios por metas distintas, sem deixar de ressaltar a possibilidade de barganha que os protagonistas da sociedade têm a disposição para elaboração de uma escolha racional.

A posição original, segundo Rawls, propicia o ambiente ideal para a delimitação do conceito de “justiça como equidade” quando sua conceituação de justiça pode parecer mais razoável do que outra, dentro de um plano fático. Neste plano, o ponto de partida da “justiça como equidade” leva em consideração uma cooperação social debatida entre pessoas conhecedoras dos princípios de justiça governantes da estrutura básica da sociedade escolhidos sob determinadas condições.

Neste momento dedicado à negociação, a intenção circunda em tornar nítida para todos os indivíduos as restrições cuja razoabilidade permite impor argumentos que defendam os princípios da justiça, mas, que nenhum indivíduo deva ser favorecido ou desfavorecido seja pela sorte natural, seja pelas circunstâncias sociais imanentes dos princípios eventualmente selecionados.

Por outro lado, sempre que tratamos da posição original na estrutura da sociedade, precisamos considerar que mesmo que as pessoas sejam iguais, detentoras de direitos equivalentes no processo de escolha dos princípios que guiarão uma conduta ética e principalmente justa, as mesmas possuem inclinações e desejos particulares, além da concepção pessoal do bem, o que conforme já debatido, não coaduna com a escolha impessoal do agente dotado de uma postura moral neutra, quando os valores comuns sistematizariam uma escolha racional e razoável do homem livre.

Contudo, por mais que ao indivíduo seja franqueada esta capacidade de escolha e discernimento sobre o que realmente lhe trará uma satisfação plena, em comparação com os demais componentes da sociedade, o objetivo da posição original é o de excluir os princípios que sob os olhos da justiça são irrelevantes. A exclusão de certas contingências que criam em seu conteúdo disparidades entre os homens permite que os mesmos venham agir motivados por seus preconceitos orientadores do denominado véu da ignorância, aqui

alcançado de forma natural⁵⁰. Primando pelo véu da ignorância podemos, a qualquer momento, utilizar da posição original, bastando apenas que seja obedecido um certo procedimento que desde a sua gênese propõe uma interna defesa dos princípios da justiça e das restrições que são decorrentes deste procedimento – estabelecido por pessoas éticas que possuem a capacidade de compreensão de seu bem e senso de justiça.

Outra postura assumida pelo véu da ignorância consiste na representação da igualdade e do senso de justiça vigentes de princípios, considerando que no senso de justiça as pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses de forma consensual aceitariam em condições de igualdade estabelecidos pelo véu da ignorância em que ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por fatores de caráter social e natural.

A dificuldade que surge quando se procura discorrer, sobre a posição original, consiste na delimitação dos princípios que serão albergados pela sociedade que nela se encontra. Rawls observa que os sistemas de objetivos não se classificam por seu valor, supondo-se que cada indivíduo possui plena capacidade para discernir os princípios que sejam adotados de maneira conjunta, ou seja, agindo em conformidade com os mesmos.

Continua o filósofo ponderando que os princípios escolhidos, no mais das vezes, ampliam-se de maneira aceitável quando intuitivamente não depositamos confiança em um certo princípio, ou quando o mesmo carrega uma reflexão necessária. É o que ocorre com determinadas premissas como a distribuição de riqueza e autoridade.

Quando comparamos ideias correlatas à distribuição de riqueza e autoridade em oposição à intolerância religiosa e a discriminação, por certo que as estas permitem a existência de dúvidas quanto aos limites de compreensão, devido a pluralidade de convicções existentes, que por vezes não oferecem uma necessária orientação que a matéria demanda. Por outro lado, questões que envolvam a intolerância religiosa e a discriminação racial não mais resultam em tabus a serem batidos pelos indivíduos, pois, já houve a elaboração de um julgamento imparcial excludente da probabilidade de

⁵⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.21.

distorção ocasionada por uma excessiva atenção aos interesses pessoais dos indivíduos⁵¹.

Olinto A. Pegoraro nos esclarece, que na obra de John Rawls, ao tratar sobre posição original, todos os participantes procuram guardar o conhecimento dos fatos gerais sobre seus semelhantes e toda a sociedade. Concomitantemente os participantes sabem que cada indivíduo deseja possuir a maior quantidade possível do que ele denomina como bens primários e que podem ser sintetizados como: a liberdade, renda, poder e a preocupação de ocupar postos sociais de destaque⁵².

As necessidades e demandas de cada participante da estrutura social na posição original exigem que a escolha dos princípios preponderantes seja feita de forma prudente, no sentido de que os fundadores da sociedade estabelecerão princípios que atendam ao menos às vicissitudes essenciais de que fazem jus. Este equilíbrio ponderado resulta em uma coincidência dos princípios e opiniões que de maneira reflexiva deliberam as premissas que condicionarão a vivência dos indivíduos, representando a tentativa de acomodação em um único sistema.

Os pressupostos filosóficos razoáveis voltados aos princípios enumeram – concomitantemente com os juízos ponderados de justiça, fruto ou de uma modificação da avaliação da situação inicial ou da revisão dos juízos atuais dos participantes – os pontos fixos que estejam sujeitos à revisão por intermédio de uma postura crítica.

Assim, marcados pela racionalidade, podemos nos arriscar a descrever que uma escolha racional deve privilegiar em um primeiro plano os princípios que garantam a liberdade de todos os indivíduos, vinculando certos direitos considerados como inalienáveis sob a óptica da defesa de valores morais e impessoais. A escolha de outros princípios como aqueles correlatos à distribuição de riquezas, autoridade, convicções políticas e de justiça serão alçados em um segundo plano, porém, não menos importante, em razão de tais princípios formarem o que se denomina de termos equitativos da cooperação social distribuidores de direitos e de deveres de justa amenização.

⁵¹ Idem, p. 22.

⁵² PEGORARO, Olinto A. **Ética e justiça**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995. p. 74.

Com o decurso do tempo todos serão beneficiados com as vantagens advindas da aplicação dos princípios escolhidos na estrutura da sociedade em sua posição original.

5.3. Análise dos princípios da justiça sob o enfoque da equidade

Apenas com uma detida análise acerca da interpretação da situação inicial e a consequente elaboração de seus princípios que se originam da escolha dos indivíduos é que começamos a dar contornos específicos ao que se convencionou chamar de princípio da justiça.

Esta pretensão de aceitação universal de determinados princípios representa uma concepção moral do que significa uma sociedade justa, composta por membros que estão dispostos a abrir mão de princípios que *prima facie* lhes beneficiariam com o escopo último de alcançar um consenso, viabilizando, como consequência, a efetividade da sociedade e o reconhecimento de uma concepção de justiça no âmbito de um Estado democrático moderno. Antes, porém, de adentrarmos nos princípios da justiça propriamente ditos, Rawls procura diferenciar os princípios da justiça destinados às instituições, daqueles que são destinados e aplicados aos indivíduos. Neste caminho, por instituição, deve-se entender um sistema público de regras que define cargos e posições, prescrevendo direitos, deveres, além de conferir poderes e imunidades a certos indivíduos ou entidades⁵³. A busca de uma teoria da justiça por parte de John Rawls comporta duas concepções de instituição, sendo a primeira delas tratada como um objeto abstrato, ou seja, uma forma possível de conduta que considera a criação de um sistema de regras. A segunda compreende a instituição como a realização de ações especificadas por este conjunto de regras no pensamento e na conduta de determinadas pessoas no espaço de tempo e lugar.

A instituição concebida como um sistema público de regras lastreadas na estrutura básica da sociedade concretamente idealizada emana de uma

⁵³ RAWLS, John. **Uma teoria...** ob. cit, p. 58.

prévia concordância coletiva sobre os princípios a que os protagonistas desta sociedade estariam sujeitos. Importante notar que a publicidade das regras assegura não somente a consolidação geral de sua plena efetividade, como também a estruturação de uma base comum, marcada para a determinação de expectativas mútuas no seio desta sociedade, dentre elas a concepção partilhada quanto a prática da justiça resultante de um acordo coletivo sobre o que é ou não justo. A partir de então, se mostra cabível uma sintética menção sobre as regras que constituem a instituição, prescrevendo direitos, condutas, poderes e imunidades, em comparação às estratégias e regras de conduta que almejam extrair o máximo de proveito da instituição para o atendimento dos propósitos estritamente particulares.

Esta diferenciação pode advir do próprio sistema de regras públicas, que em sua gênese permite que a diferenciação possa ser promovida. As condutas e ações presumíveis aos indivíduos franqueiam em seu conteúdo a formação de um complexo de interesses pessoais, crenças e outras convicções que não fazem parte de maneira específica deste sistema, mas, que foram por ele previstos, mesmo que de forma omissiva, quando o sistema deixou de prescrever uma regra de conduta ou dever por parte do indivíduo.

Inexiste vedação doutrinária, de acordo com Rawls, de rotularmos como uma injustiça a conduta dos indivíduos motivada por perspectivas racionais alinhadas a alcançar o resultado por eles pretendido. Na verdade, os objetivos institucionais determinantes da criação de regras são aventados pelo legislador no processo de criação de deveres compatibilizados segundo um juízo interpretativo. Podemos dizer que esta concepção inicial de justiça das instituições depende de uma avaliação que os indivíduos realizam sobre a mesma, abstraindo a partir dela suas conclusões que culminarão na óptica do sistema sob um contexto mais amplo ou mais restrito de suas regras públicas.

O que de fato importa na elaboração dos princípios de justiça para as instituições é a consideração da estrutura básica como um todo, a posição original, em que suas regras venham satisfazer a uma dada concepção de justiça, uma vez que emanados de uma teoria contratual. A concordância dos membros da sociedade, auxiliados por um equilíbrio ponderado, convencionam sobre aquilo que resultará em um conjunto de vantagens para todos, segundo

o véu da ignorância. Nesta estrutura, por mais que os princípios constantes do sistema de regras possam sofrer repulsa por setores sociais, os mesmos simbolizam o papel da justiça aqui consistente na atribuição de direitos e deveres fundamentais, sem falar nas vantagens já objeto de menção.

A sistemática que determina a criação do conjunto de regras e sua respectiva obediência pelas autoridades, marcada fundamentalmente pela observância das leis e instituições, são chamadas de justiça formal, cuja validade e legitimidade não podem ser contestadas sob o ponto de vista das normas existentes.

A justiça formal também considera como elemento central a legislação vigente em um determinado Estado, devendo esta ser aplicada de maneira equânime aos sujeitos das mais distintas categorias de destinatários da norma jurídica.

A obediência ao sistema de regras no plano da justiça formal carrega consigo algumas problemáticas interpretativas, pois mesmo que a elevarmos a uma categoria de justiça, casos existem em que a formalidade das regras e aspectos procedimentais não se mostram suficientes para o alcance último do desiderato da igualdade. Como se procurou explicar, no tratamento da justiça formal, reconhecemos a preponderância do conjunto de regras sobre o qual repousam as instituições legais. Trata-se de um aspecto do Estado de direito que considera e apoia expectativas legítimas de direito, lastreado na validade e eficácia das normas jurídicas que se sujeitam a um processo legislativo previsto no sistema que regula as próprias instituições.

Entretanto, um tipo de justiça plenamente cabível dentro deste sistema organizado, pode resultar, como forma de exemplo, na falha dos juízes e demais autoridades que em ocasiões pontuais deixam de observar as prescrições legais deixando de lado os modelos de interpretação predispostos pelos princípios que, como já se viu, foram convencioneados pela sociedade na posição original. Uma certeza advém do contexto da justiça formal, e consiste no fato de que mesmo os indivíduos tendo pleno conhecimento de que possuem um sistema de regras formalmente disposto e gerido pelas instituições capazes de protegê-los, de maneira adequada e coerente, ainda assim estaremos à margem da injustiça, pois, a decidibilidade dos conflitos

estará a cargo de indivíduos que poderão tratar os casos concretos de maneira arbitrária. Dificulta-se, portanto, a obtenção de uma decisão justa, que neste caso sofrerá um desnorteamento, por conta do explícito desvio das normas existentes motivadas por convicções de cunho pessoal.

Rawls conclui sua análise quanto à justiça formal pregada pelas instituições considerando que a força das normas que constroem o conjunto de regras da justiça formal dependem de outra modalidade de justiça, capaz de compor a plêiade de regras das instituições, desde sua concepção, passando pela sua eficácia e estabelecendo também procedimentos correlatos à reforma das regras outrora criadas⁵⁴.

A justiça substantiva encontra guarida na teoria da justiça, como mecanismo voltado a garantir de forma inequívoca a supremacia de regras que marcam a justiça formal, especificamente no contexto de sua obediência e fiel aplicação.

O equilíbrio trazido pela justiça substantiva possibilita também que aqueles que defendem ordenações injustas e utilizam de deficiências legislativas para aferir vantagens, que não beiram uma correspondência ao interesse coletivo acordado na estrutura básica da sociedade, venham a prosperar no intento, mormente quando em confronto com o respeito à liberdade dos demais membros da sociedade. O aspecto subjetivo que acompanha a noção de justiça substantiva compreende o desejo dos indivíduos de seguir as leis e os preceitos constantes no sistema de regras de forma imparcial, de maneira que os casos particulares que tratam de matérias específicas recebam um tratamento equânime, desprovido de valores e convicções pessoais no âmago da sociedade, em detrimento dos demais sujeitos.

Neste cenário de império da justiça substantiva, o respeito absoluto à liberdade dos outros e o correto compartilhamento dos benefícios decorrentes do esquema de cooperação social constituem proposições de base a serem encampadas pelos homens de maneira uníssona para o convívio harmônico e de maneira coletiva entre todos. A partir deste cenário os princípios da justiça

⁵⁴ Idem, p. 63

surgirão como forma de criar verdadeiros *standards* de conduta, fruto de uma conjuntura de esforços promovidos ainda na posição original e que são tidos como irrefutáveis, quando apreciamos a afirmação de uma sociedade mais justa em que as concepções de justiça formal e substantiva poderão se entrelaçar e caminhar juntas na elaboração de uma doutrina enraizada na justiça como equidade.

A pergunta que nos cabe agora assume singular relevância e consiste na busca do melhor caminho para que os princípios da justiça possam ser escolhidos, utilizando para tanto, as diretrizes inerentes ao homem, quais sejam, a racionalidade e a razoabilidade. John Rawls nos propõe, preambularmente, que para o reconhecimento de um princípio faz-se necessário uma exigência de sua minudente compreensão quanto a probabilidade dos princípios incentivarem aos seus destinatários uma correta distribuição dos direitos, deveres e vantagens resultantes de um esquema de cooperação social.

É por esta razão que Rawls enumera como um de seus princípios aquele voltado à exigência de liberdades básicas, iguais para todos os indivíduos, sendo que nesta situação estaria também abrangida uma equitativa igualdade de oportunidades. Sob a vigência do já mencionado véu da ignorância, fatores como bem-estar econômico, liberdade menor e uma maior proliferação da desigualdade não podem ser utilizados como artifícios para que o sujeito venha propor uma troca de liberdades. Cabe ponderar, porém, que fatores como bem-estar econômico, eficiência e desenvolvimento de novas tecnologias são fatores que não devem ser descartados, e, em certas circunstâncias, até incentivados, quando deles se possibilita uma concessão maior de vantagens aos sujeitos. Ainda assim, caso os indivíduos na estrutura básica da sociedade se mostrem alheios e desinteressados a tais fatores, no sentido de não apresentarem motivos de queixa uns em relação aos outros, não estaremos desvirtuando das circunstâncias de justiça na construção de seus respectivos princípios balizadores da conduta social.

De maneira sistemática, então, poderíamos estruturar os princípios de maneira que os mesmos pudessem ser testados de forma argumentativa para que ao final sua plena vigência e eficácia possam ser atestadas na sociedade.

Partindo de uma noção básica dos princípios da justiça, analisam-se de maneira inicial as consequências que os princípios terão quanto às implicações para a política social fundamental, garantindo as liberdades básicas e uma igualdade de oportunidades. Por conseguinte argumentos a favor da instituição dos princípios devem ser difundidos e decisivos sob o ponto de vista da posição original, pautados na elaboração de uma teoria argumentativa justificadora da predominância da sociedade considerada em sua posição original.

Outra argumentação dos princípios da justiça nos é apresentada como uma solução máxima para os problemas de efetivação da justiça social, classificando as alternativas e apreciando o pior resultado possível. Não se trata de um guia adequado em que situações de incerteza representam vetores de consideração, diferentemente da sistematização da argumentação que associa os princípios da justiça à ética da criação, supondo que as pessoas no estado da posição original da sociedade sob o véu da ignorância, desconhecem a situação do mundo em que vivem. Mais uma vez deve-se atentar à relação entre as instituições democraticamente estabelecidas e que teriam, por natureza, uma maior predisposição na árdua tarefa de arrolar os princípios que pudessem atender uma rigorosa distribuição de direitos e deveres entre os sujeitos em um esquema de cooperação social.

As instituições se ocuparão, assim, em seu aspecto abstrato, na organização dos princípios mais benéficos para a comunidade, atendendo de maneira geral ao sentido clássico do princípio da utilidade média, como forma de exemplo. A utilidade média aqui considerada converge com a satisfação dos desejos e reclamos da população podendo ser considerados também como consequência da delimitação das escolhas racionais dos agentes econômicos preocupados com o fomento a políticas neoliberais.

John Rawls, em sua obra, refuta o utilitarismo, concentrando seus argumentos na perspectiva de que a preponderância de questões econômicas tende a uma polarização dos pensamentos apenas na esfera individual, descortinando a justiça equitativa norteadora de sua teoria da justiça. Em que pese a real intenção dos agentes econômicos de maximizar a potencialidade da sociedade, sobretudo no que compete ao seu desenvolvimento e eficiência,

ainda assim não teríamos alcançado um resultado pleno sob a batuta da proteção das liberdades básicas direcionadas à popularização do acesso de todos aos bens produzidos em igualdade de oportunidades.

Assim, visando solidificar a justificativa teórica da escolha de seus princípios, Rawls descreve que a força do compromisso deve ser utilizada como expediente aglutinador dos indivíduos que ao realizarem um acordo o farão de maneira que não reste dúvida quanto à perpetuidade da avença. A força do compromisso é composta de disposições que devem ser honradas sob qualquer circunstância, de maneira perpétua e contra eventualidades que podem mudar o rumo da prática da justiça social.

Outro fator como a estabilidade psicológica também merece ser observado, pois, somente com o desejo das pessoas de desenvolverem um senso de justiça, agindo conforme seu preceito é que o princípio escolhido assume posição de destaque no arcabouço principiológico da estrutura básica da sociedade.

A satisfação dos princípios que auxiliarão na manutenção das liberdades básicas de cada pessoa devem ser igualmente sujeitos ao princípio da diferença, como observa John Rawls. Pode ser demonstrado com um simples exemplo em que diversos grupos pertencentes a diferentes faixas de renda estejam todos relacionados a indivíduos representativos, que possuem como uma de suas prerrogativas a distribuição da riqueza e demais bens disponíveis. Admite-se aqui que tais indivíduos representativos pertençam à classe empresarial, dotada de melhores perspectivas quando comparada à classe dos sujeitos não especializados. Mesmo que as injustiças sociais sejam eliminadas, ainda persiste uma desigualdade inicial associada às perspectivas de vida⁵⁵. Em conformidade com o princípio da diferença a desigualdade pode ser justificada apenas se a diferença de expectativas se mostrarem vantajosas para o homem representativo que se mostre em piores condições, e neste caso representados pelo trabalho não especializado.

Algumas outras observações sobre o referido princípio da diferença podem ser tecidas como forma de apreciarmos a plena construção de outros

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 82.

princípios a serem aceitos pela sociedade como um todo. Inicialmente consideramos a situação em que as expectativas dos menos desfavorecidos estejam maximizadas por estarem em melhor posição. Este fato gerará um desequilíbrio no tocante à situação dos que são rotulados como menos favorecidos. Outra vertente a ser considerada versa a respeito das expectativas dos mais favorecidos, que de qualquer forma contribuíram para o bem-estar dos menos favorecidos caso as mesmas estivessem proporcionalmente elevadas.

A medida da justiça que o princípio da diferença propugna estará sujeita às expectativas excessivas ou não dos grupos mais ou menos beneficiados, de maneira que tanto o esquema quanto a organização dos grupos possa ser justa, prevalecendo, neste ponto, a descrição do primeiro caso, em que as expectativas dos menos favorecidos estejam maximizadas. Como um princípio maximizador a diferença se debruça nas congruências que medidas de injustiça venham provocar para exceder as já altas expectativas presentes, averiguando também a extensão em que a sua realização implique na consequente violação dos demais princípios que acompanham a prática da justiça, tais como o princípio das vantagens mútuas e o da igualdade democrática.

A correção dos princípios a serem escolhidos na posição original contribui também para uma correlação do princípio da diferença com o princípio da eficiência à estrutura básica da sociedade, quando chegamos à conclusão de que uma percutiente organização de direitos e deveres se mostra eficiente quando é impossível mudar as regras, redefinindo este aludido esquema e aumentando as expectativas de qualquer dos homens, sem que tal fato não coincida com a diminuição das expectativas de outro sujeito representativo.

Certos princípios como os que são propostos por Rawls e objeto de posterior argumentação, por óbvio não serão submetidos a este princípio da eficiência, pois, aglutinados à força do compromisso possuem um caráter perpétuo e imutável, uma vez que defendem a proteção de garantias fundamentais inerentes a todos os homens. Neste ponto, ao confrontarmos esta premissa com o princípio da diferença, o desiderato da justiça começa a ser construído, pois, a distribuição da riqueza e as relações de autoridade entre

os sujeitos em um esquema de cooperação podem sofrer modificações para que a eficiência possa se consolidar cada vez mais.

Sendo a estrutura básica da sociedade injusta, a elaboração de políticas que patrocinem mudanças sociais se justificam, mesmo que sob os olhos do princípio da eficiência, tais mudanças não coadunem com a democracia por conta da restrição das mudanças em benefício dos menos favorecidos. Entretanto, uma máxima que não deve ser esquecida é a de que justiça tem uma prevalência sobre a eficiência, exigindo certas mudanças que não são eficientes em um sentido técnico.

Quando os princípios atendem aos já explicitados princípios da diferença e da eficiência temos que sua vigência na sociedade se justifica conjuntamente com outros fatores, como sua escolha na posição original e o senso de justiça e cooperação social que dela deflui. A publicidade decorrente da aplicabilidade dos princípios franqueia ao sujeito uma determinação quanto as expectativas de vida, conferindo, outrossim, uma maior sustentação à autoestima dos indivíduos, que retiram forças do senso da justiça construindo a pertinência da realização do plano social.

Portanto, dentre as características desejáveis aos princípios de justiça reside a necessidade pública de seu respeito mútuo entre os homens, incentivados pela adoção do princípio da diferença, considerando sempre uma concepção básica de sociedade em que uma pessoa é considerada um fim em si mesma, na medida em que abdica de ganhos que não venham a contribuir com o benefício de todos, em um esquema de cooperação social. O autorespeito que os homens devem guardar entre si representa a magnitude que os princípios elencados pela sociedade em uma posição original propiciam aos menos favorecidos, incentivando os mesmos a terem confiança em seu próprio valor, como reais protagonistas de um conjunto social global.

O mais importante é que os princípios de justiça possam ser resultantes de uma escolha racional conforme um amor pela humanidade e sua correspondência com o senso de justiça⁵⁶. Mesmo que ambos princípios sejam capitaneados por um desejo de constante prática da justiça, a preocupação

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 208.

humanitária se faz abrangente para que atos intempestivos sejam praticados, alguns deles não simbolizam a racionalidade que o senso de justiça carrega como bandeira.

Na medida em que sabemos utilizar com prudência os princípios de justo e de justiça podemos fixar diretrizes de como os valores morais serão objeto de apreciação pelo intérprete, no cenário teórico da justiça como equidade. No âmbito de sua fundamentação vangloria sentimentos morais de ordem superior associando-os à viabilidade de aglutinação de comunidades preocupadas em encontrar respostas aos anseios que somente certos princípios de justiça poderão justificar conforme o equilíbrio ponderado.

5.3.1. A apresentação dos dois princípios de justiça

Ultrapassada a etapa justificatória da eleição dos princípios responsáveis pela condução dos indivíduos em sociedade, apresentamos agora os dois princípios de justiça em que o consenso social na posição original tentou-se alcançar, de acordo com John Rawls.

O primeiro destes princípios leciona que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de direitos e liberdades básicas iguais, que por sua vez deve ser compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. A redação do segundo princípio determina que as desigualdades sociais e econômicas devam ser ordenadas de tal forma que atendam ao mesmo tempo a todos e que sejam vantajosas, dentro dos limites do razoável, além de vinculadas às posições e cargos acessíveis a todos de forma equânime.

Atendendo ao dinamismo proposto por estes princípios sua aplicação se dá em um momento inicial à estrutura básica da sociedade, governando a atribuição de direitos e deveres, regulando, por assim dizer, as vantagens econômicas e sociais.

Rawls afirma que os aspectos do sistema social procuram definir e assegurar liberdades básicas, iguais entre os sujeitos, prevendo também questões pontuais que precisam ser consideradas para redução das desigualdades específicas já pontuadas. O filósofo nos brinda com um rol de liberdades que considera importantes para a manutenção de um esquema de cooperação social, entre as quais as liberdades de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa (incluindo a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física); o direito à propriedade privada; e a proteção contra prisão e a detenção arbitrária, considerando aí o conceito de estado de direito⁵⁷.

Em sentido oposto aos direitos gerais e abstratos previstos no primeiro princípio, encontramos, no segundo, uma aplicação direta no que pertine à distribuição de renda e riqueza, neste caso não precisa ser necessariamente igual, mas sim vantajosa para todas as camadas da sociedade, garantindo também uma efetiva igualdade de ascensão a cargos de autoridade de maneira que o benefício seja revertido à coletividade.

A escolha de tais princípios incentiva a concretização do objetivo da teoria da justiça de fornecer uma base de abstração mais elevada do contrato social, aludindo aos ditames da posição originária e às contingências das circunstâncias sociais. Aceitando princípios morais isolados neste estado inicial da sociedade poderemos construir a equidade tão almejada pelos indivíduos.

Olinto Pegoraro nos propõe que a justiça de acordo com John Rawls não implica em uma virtude tampouco em um direito, mas, em um princípio responsável pela fundação de uma sociedade bem ordenada⁵⁸. Ambos os princípios se apoiam também em uma concepção mais ampla da justiça, em que os valores sociais de liberdade e oportunidade, renda e riqueza são distribuídas de uma forma igualitária, a não ser que um outro mecanismo que oriente uma distribuição desigual traga maiores vantagens para todos, valorizando o princípio da diferença.

As equitativas distribuições dos bens primários são influenciadas por uma organização inicial hipotéticas na qual todos os bens primários sociais são

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 65.

⁵⁸ PEGORARO, Olinto. **Ética e justiça...** ob. cit., p. 68.

distribuídos de uma forma imparcial. A partir deste momento os sujeitos da sociedade estão aptos a procederem de maneira que melhorias podem ser feitas como forma de adequação do sistema para o fim último de redução de eventuais desigualdades que preponderam nesta distribuição dos bens, objeto de reflexão. É de se pensar que em um esquema de cooperação social os homens estejam dispostos a renunciar certos direitos e liberdades de que fazem jus em nome de ganhos econômicos advindos da aplicação prática dos dois princípios, em um modelo que prime à prevalência da prioridade de aplicação dos mesmos vigentes em um regime que não possibilite permutar entre liberdades básicas e ganhos sociais e econômicos, excetuando circunstâncias especiais.

Dissecando um pouco, o segundo princípio, sob o prisma do princípio da diferença, Luiz Paulo Rouanet explicita que a escolha do princípio de liberdade como o primeiro princípio não se faz de maneira casual uma vez que o segundo princípio se subdivide em dois: igualdade equitativa de oportunidades e diferença. Este último vem para contrabalançar a injustiça que o primeiro princípio vier apresentar. A justiça distributiva nasce como ponto de partida dos arranjos institucionais na elaboração de formas de organizar o uso de proventos, riquezas e oportunidades sob as mais distintas áreas, tais como educação, saúde, emprego, entre outros⁵⁹.

A aglutinação dos três princípios nos proporciona uma compreensão ao menos preliminar da intenção de Rawls ao elaborar os princípios de justiça que, de maneira geral, poderiam ser compreendidos em três frentes diversas, se os submetemos a um enfoque crítico da distribuição de direitos e deveres. A primeira destas frentes consiste na consideração de dois princípios, como uma liberdade natural e a supremacia do princípio da eficiência, moldado a se aplicar às instituições e, conseqüentemente, a toda estrutura básica da sociedade. Neste sistema de liberdade natural, uma estrutura básica satisfaz o princípio da eficiência em uma batalha da distribuição de direitos, deveres e riquezas de maneira justa, equitativas, sem considerarmos, em um primeiro momento, a forma de distribuição que será seguida, aqui, importando a sua real eficiência quando não há como mudar a distribuição estabelecida de uma

⁵⁹ ROUANET, Luiz Paulo. **Rawls e o enigma da justiça**. Unimarco, 2003. p. 310.

forma a elevar as perspectivas de alguns sem diminuir as perspectivas dos outros. A segunda, a liberdade natural, vem a corroborar com uma distribuição inicial regulada pela organização implícita na concepção de carreiras abertas a talentos em um ambiente econômico de mercado livre, associado a uma estrutura de igualdade formal de oportunidades.

A crítica a ser tecida neste contexto versa a respeito de que, por vezes, a distribuição de renda e riquezas, bem como dos ativos naturais, são motivadas por talentos e habilidades naturais, que a rigor não seriam restringidas na concepção de cooperação social na posição original dos sujeitos motivados pelo véu da ignorância. Ainda sobre o tema, vicissitudes sociais, como: casos fortuitos, golpes de sorte e demais eventualidades, também condicionam a instauração de uma injustiça no bojo do sistema de liberdade natural, permitindo que a distribuição das já citadas riquezas se dê de maneira injusta e em desacordo com os ditames sociais.

Como medida profilática visando combater contrasensos causados pela liberdade natural, Rawls propaga a eficácia da chamada “interpretação liberal”, como importante ferramenta, pois, acrescenta à exigência de carreiras abertas a talentos a condição adicional de uma equitativa igualdade.

A formalidade que as instituições e diplomas legislativos empregam não deve ser considerada de maneira absoluta, razão pela qual a igualdade equitativa de oportunidades deve ser pensada como medida concreta a ser aplicada, possibilitando que indivíduos com habilidades e talentos sejam merecedores de oportunidades equivalentes na vida. Portanto, sempre que empregamos uma interpretação liberal de ambos princípios temos em mente a confluência de conclusões que passam pelo estudo das contingências sociais e a sorte, que se apresenta de forma espontânea sobre a distribuição das porções para as camadas sociais igualmente agraciadas com talentos da mesma magnitude.

A imperfeição que, às vezes, o sistema comporta quando da atuação efetiva das instituições demanda a realização de certas adaptações do mercado que abrangem uma conjuntura global de variações dos eventos econômicos, adequando-os às instituições políticas e legais de alcance do

conhecimento natural e qualificações que deles advém, eliminando, ao final, barreiras de classe que normalmente são instituídas.

A crítica final fincada por Rawls sobre o princípio da liberdade natural pode ser interpretada sobre o foco de que mesmo estando em um patamar razoável de acesso a cargos e oportunidades, fruto de um esforço político e legal das instituições, ainda careceríamos de uma estrutura minimamente organizada que permita a distribuição de renda e riqueza pautada na distribuição natural de habilidades e talentos, que dependem por seu turno de uma bem constituída estrutura familiar que incentive uma perspectiva ética dos indivíduos. Da forma como interpretamos o princípio da liberdade natural ainda não asseguramos condições propícias de evitar que talentos naturais e outras habilidades se sobreponham na repartição de renda e riqueza.

É por essa razão que mesmo que enunciadas, no presente estudo, as concepções de liberdade natural e interpretação liberal merecem uma compreensão restritiva por não atenderem de maneira inequívoca a intenção da teoria da justiça como equidade. O ideal democrático de justificativa teórica dos princípios traz uma visão muito mais ampla do que simboliza não apenas uma igualdade equitativa de oportunidades, como também oferecer um arrazoado suficientemente aceito para a correção de distorções sociais existentes.

5.3.2. Aplicação da igualdade equitativa de oportunidades e sua consolidação por meio da justiça procedimental pura

O princípio da eficiência apreciado em sua essência caracteriza, em um plano hipotético, uma justa distribuição de renda e riqueza motivado dentre outros pelo fato de que é impossível alterar suas regras, redefinindo, assim, o esquema de direitos e deveres, consolidados rumo à final perspectiva social de que a igualdade equitativa aflora, quando as expectativas de qualquer dos homens representativos são maximizadas, sem diminuir as expectativas de outro homem representativo.

Contudo, como apreciamos também, as reflexões concernentes ao princípio da eficiência demonstram que a mesma não pode servir para a formulação de uma concepção ideal de justiça, tendo em vista a existência de certas instituições básicas, cuja função precípua é a de respeitar a distribuição eficiente de recursos. Dessa forma, certos fatores tais como circunstâncias sociais e eventualidades fortuitas resultariam em uma discrepância quanto à distribuição a ser executada pelas instituições.

Com efeito, seguindo uma perspectiva da interpretação liberal, temos que condicionantes como a existência de carreiras abertas a talentos e demais eventualidades fortuitas receberão uma influência adicional, aqui exercida pela igualdade equitativa de oportunidades. Em linhas gerais a acessibilidade a cargos aos indivíduos, em alusão à igualdade de oportunidades, implica no raciocínio segundo o qual as posições não devem estar disponíveis apenas de maneira formal, segundo um complexo legislativo, como forma de exemplo. Exigia-se que a sociedade em sua estrutura e posição original promovesse uma oportunidade equitativa de alcance a cargos e posições.

Sob a égide do princípio tratado, os indivíduos dotados de habilidades e talentos semelhantes devem possuir oportunidades semelhantes na vida, mesmo que tais dotes sejam concedidos de maneira natural, razão pela qual a igualdade equitativa restará por simbolizar conforme a semelhança quanto à utilização dos mesmos. As perspectivas de sucesso não são levadas em consideração no lugar inicial ocupado pelo indivíduo na sociedade. Neste sentido, as oportunidades de cultura e realização de cada sujeito devem ser distribuídas de maneira que não se vislumbre a preferência por esta ou aquela classe social, quando nos defrontamos com indivíduos agraciados ou não pela sorte da natureza, mas, pela repartição de habilidades e aspirações no conjunto social.

A igualdade democrática coaduna de maneira distinta à liberdade natural, aos objetivos colimados pela teoria da justiça, não encontrando, como já foi dito, correspondência com o princípio da eficiência. Até mesmo as posições abertas a cargos e oportunidades são interpretadas sob uma óptica segundo a qual os excluídos possuem plena legitimidade ao se sentirem

tratados de forma injusta, mesmo que fossem diretamente beneficiados dos esforços que seus representantes conquistassem.

Mais uma vez John Rawls se refugia na estrutura básica da sociedade, como forma de verificação procedimental do princípio da igualdade democrática, aludindo, inicialmente, que uma teoria ética reconhece esta estrutura básica da sociedade como objeto da justiça, e associa esta estrutura a um sistema público de regras que definem um esquema de atividades direcionadoras dos indivíduos rumo a um esquema de cooperação social regido por regras de conduta, que estipulam os direitos e deveres a que as pessoas se comprometam, segundo um sistema legitimamente convencionado⁶⁰.

A concepção de justiça procedimental pura se faz presente com vistas a atender uma demanda social pela busca da justiça, não havendo critério independente para o alcance de um resultado concreto. A justiça procedimental pura é pautada em um procedimento correto ou justo, cujo resultado nos encaminhará para um ideal de justo, uma vez que o procedimento previamente estabelecido pelas instituições deva ser estritamente seguido pelas partes envolvidas plasmado na justiça e na equidade, traduzida pela confiança do sistema de regras que patrocina a igualdade equitativa de oportunidades.

Considerações sobre a justiça procedimental pura nos permitem tecer outros comentários, objeto de detida análise por John Rawls, especialmente quando ele fixa características para o desenrolar do esquema prático da justiça procedimental pura, perfeita e imperfeita. Iniciando a análise pela justiça procedimental imperfeita, salienta-se que esta se assemelha ao processo criminal, em que a justiça procedimental se consolida pelo procedimento de julgamento estruturado para a busca da verdade em face do caso concreto.

A avaliação das provas constantes dos autos, em concordância com os demais procedimentos que compõem a estrutura básica da busca pela verdade real, nem sempre podem levar a um resultado correto, mesmo que as regras legais estipulem os passos para a concretização do fim colimado. Chegamos assim a uma constatação fática de que por vezes um julgamento não se

⁶⁰ RAWLS, John. **Uma teoria...** ob. cit., p. 90.

credencia como o procedimento mais hábil da justiça procedimental perfeita. Pelo contrário, mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida e seu procedimento conduzido de forma cristalina e adequada, ainda assim o indivíduo inocente pode ser declarado culpado e vice-versa.

Por outro lado, a concepção da justiça procedimental pura considerada como perfeita nos remete aos comentários promovidos quando da apresentação do tema, em que a eficácia desta distribuição subordina-se à necessidade de construir, administrar, de maneira imparcial um sistema justo de instituições.

Certos elementos como a criação de uma Constituição política justa, sem contar com uma organização justa de suas instituições econômicas e sociais, contribuem para a formação de uma espécie de pré-requisito do denominado procedimento justo. A ligação da justiça procedimental pura aos dois princípios de justiça permite que a igualdade equitativa de oportunidades assegure uma aplicação da justiça, não sendo necessário também um rigoroso controle da infundável variedade de circunstâncias, e suas respectivas posições relativas e mutáveis dos indivíduos considerados em sua particularidade com vontades e desejos próprios.

Ao passo que a justiça procedimental pura contribui para a excelência da aplicação da igualdade equitativa de oportunidades. Defrontamo-nos com a aplicação destes princípios no tocante as liberdades públicas, como corolários do princípio democrático, onde a excessiva concentração de riqueza carrega uma verdadeira degradação do valor das liberdades políticas do governo, direcionadas aos indivíduos pertencentes a camadas sociais menos privilegiadas.

Procurando criar mecanismos para solucionar este problema da desigualdade na distribuição de renda e riqueza, Álvaro de Vita sugere que adotemos certas medidas que servirão de instrumento para a redução das desigualdades. O primeiro deles consiste na tributação junto a setores mais aquinhoados da sociedade, materializados pela cobrança de impostos tidos como progressivos sobre a herança e doação. Essa cobrança progressiva auxilia na consecução da tarefa de distribuir as riquezas e impedir

determinadas concentrações de poder que prejudiquem a promoção do valor equitativo da liberdade política⁶¹.

O acesso de todos aos cargos representativos em igualdade de oportunidades propicia a necessidade em certos momentos de uma real intervenção estatal, consistente na adoção de normas tendentes a financiar os partidos políticos, impondo também restrições quanto a contribuições financeiras que os indivíduos organizados sob a forma de pessoa jurídica e pessoa física fazem em favor de candidatos. Evita-se, assim, em um momento posterior, que eles atendam de maneira direta os interesses daqueles que contribuíram em suas campanhas, deixando de lado o restante da população que não se beneficiará dos programas de governo propostos por estes homens representativos.

Contudo, mesmo constatando que a justiça procedimental pura se qualifica como um instrumento necessário para a realização da igualdade equitativa de oportunidades, não podemos incorrer no erro de equiparar a mesma com outros procedimentos de distribuição de vantagens. A repartição destes benefícios deve ser avaliada de maneira que não fixe como parâmetro interpretativo o confronto entre uma quantia de bens e vantagens de um lado e desejos e necessidades dados de um indivíduo determinado, em sentido oposto. Uma alocação correta de tais recursos se confirma quando sujeito a um rigoroso sistema público de regras, capaz de delimitar de maneira precisa o que será produzido, a quantidade e quais meios de produção serão empregados para o êxito da manufatura.

A distribuição equitativa de oportunidades dependerá, assim, da eficiência do esquema de cooperação que atenda às reivindicações dos sujeitos engajados nele. A existência de desejos e anseios, de qualquer explicação, na esfera da justiça procedimental pura considera como marco regulatório a elaboração do sistema de regras capaz de delimitar de maneira efetiva as reais necessidades dos indivíduos de maneira distinta de um esquema de justiça distributiva, alocativa. Esta última não emerge como um modelo ideal de justiça distributiva, motivado dentre outros pelos desejos concretos e conhecidos dos sujeitos que não se organizam de maneira

⁶¹ VITA, Álvaro de. **A Justiça igualitária...** ob. cit., pp. 217-218.

coerente para a justa distribuição de vantagens, transformando-se, com o passar do tempo, em um verdadeiro modo observador imparcial, à frente das instituições que praticam a benevolência em favor de camadas mais humildes da sociedade, carentes de recursos, as quais mesmo que satisfeitos não significam a glorificação do princípio da igualdade.

Quando elencamos razões e justificativas para fundamentar a justiça equitativa de oportunidades, não há como pressupormos a inexistência de uma ordem de prioridades nos princípios, especialmente na análise deste segundo princípio. As noções de estrutura básica da sociedade caminham de forma íntima com o princípio da diferença, de forma que este visa construir bases objetivas para comparações estabelecidas entre ambos princípios de justiça. Uma vez identificado o homem representativo, rotulado como menos favorecido, a preocupação passa a ser na melhor forma de realização de seu bem-estar, desobrigando o homem da árdua tarefa de avaliação de cunho interpessoal, haja vista que os juízos representativos voltarão às atitudes para a redução das desigualdades emanadas dos cidadãos desprovidos de renda e riquezas.

O princípio da justiça pode ser compreendido também sob a égide da prevalência de expectativas sociais, consideradas como determinantes para a realização das chamadas comparações interpessoais, distintas entre os homens representativos. Tais expectativas podem ser materializadas por meio dos bens primários considerados por John Rawls, como: direitos, liberdades e oportunidades, sem mencionar, a renda e a riqueza⁶². Esta materialização provoca no interior do indivíduo uma distinção quanto a expectativas de obtenção destes bens primários, quando considerarmos como fator determinante do alcance a posição que cada indivíduo ocupa na sociedade. Sua correspondência com a estrutura básica da sociedade se faz nítida, ao passo que seu sucesso dependerá do êxito obtido pelo conjunto de regras elaboradas pelas instituições, para uma correta organização das liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades. De modo geral, o bem recebe a qualificação por parte da pessoa, de tudo aquilo que por ela é determinado como o mais racional plano de vida em um espaço de tempo

⁶² Idem, p. 98.

longo, sempre sob circunstâncias razoáveis, que ao final resultem em sua felicidade, além de garantir uma satisfação harmoniosa dos interesses por ele conquistados, sem a interferência de agentes externos.

Deparamo-nos com inúmeras dificuldades quando se coloca à frente a elaboração dos planos razoáveis pelos indivíduos, que buscam sua felicidade ao considerar os direitos e liberdades básicas, além da renda e da riqueza.

Uma das dificuldades suscitadas está afeita à construção de uma lista ordenada sobre os bens primários a serem disponibilizados à população. Quando ordenados de maneira serial, os princípios da justiça assimilam como base da estrutura social, a defesa das liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades. Esta igualdade delega a difícil missão de compatibilizar o fato de que: tanto os mais quanto os menos favorecidos apresentam uma explícita diferenciação no que compete à distribuição dos bens primários de forma desigual. O mero conhecimento desta condição já se mostra suficiente para uma concreta ação no sentido de medir, de forma correta, a repartição dos bens para as mais distintas classes sociais, compostas por homens representativos.

Admitimos também outra forma de compreensão dos princípios da justiça em consonância com os bens primários e as expectativas individuais, marcadas, não pela detida análise da distribuição dos bens e a forma como os mesmos são compilados para constituir o plano racional de expectativas dos atores sociais, mas, de que maneira tais expectativas esperadas são postas em prática com a execução dos planos de utilização dos bens primários sob os mais distintos pontos de vista. O ponto de convergência das ideias expostas é a justiça como equidade consecutória da noção não investigativa do uso que as pessoas fazem dos direitos e oportunidades dispostos com vistas a medir as satisfações que elas atingem, tampouco albergando a pluralidade de conceitos que os cidadãos guardam daquilo que consideram como o bem.

Pelo contrário, a justiça como equidade agrega valores sobre os quais repousam os membros da sociedade, cujo pensamento envereda para um viés de racionalidade e criação de um conceito sobre o que seja o bem por parte de pessoas diferentes, mas, que guardam entre si uma efetiva compatibilidade com os princípios da justiça.

A posição original da sociedade exige que o plano de vida perseguido pelos indivíduos se concretize de tal maneira que não venha violar as exigências do sistema que congrega os princípios de justiça. A partilha dos bens primários deverá seguir o princípio segundo o qual alguns podem ter mais se os bens forem adquiridos por meio de procedimento que melhore a vida dos atores sociais que possuam uma quantidade inferior de recursos.

A interpretação dos princípios da justiça à luz das expectativas dos indivíduos estatui um consenso para comparar as situações dos homens em relação aos planos que cada um traçou para sua vida, destinando os bens necessários ao alcance deste desiderato, como toda pessoa minimamente sensata. Quando confrontamos tais perspectivas sociais com os dois princípios da justiça, fatores, como a busca da felicidade, não são apontados como determinantes para a construção de um senso comum, dado a sua mutabilidade de pessoa para pessoa, sem contar com o aspecto subjetivo que assume relevante importância para os anseios individuais de cada um. No âmbito de constatação empírica da teoria da justiça de John Rawls, devem ser sopesadas outras nuances, dentre elas: as características morais básicas da estrutura social, que não devem ser deixadas de lado por surgirem dela a concepção de justiça e respeito aos princípios da justiça vigentes.

Contudo, uma fiel correspondência das premissas principiológicas deduzidas pela sociedade em sua estrutura básica junto à teoria da justiça, somente será alcançada se o princípio da diferença, instituidor dos bens primários, for organizado de tal forma que considere uma interpretação lexical dos mesmos, vinculando assim a eficácia do sistema sob uma óptica ordenada.

5.3.3. A interpretação dos princípios e sua adequação sob uma ordem serial

A questão de prioridade entre os dois princípios de justiça é problema que aflora em sua teoria, quando colocamos à prova nossos conceitos daquilo que venha ser considerado como justo ou injusto. A atribuição de pesos aos princípios resulta em uma tarefa concebida de maneira secundária na

concepção da justiça, cuja utilização se dá de maneira restrita, marcada pelo intuicionismo e pela prioridade de um dos princípios que deve ser observado.

Ao tratarmos do intuicionismo, a indagação que se sobressai refere-se ao ideal de justiça em um dado caso. Para o intuicionista não existem critérios construtivos de ordem superior que determinem a ordem adequada de princípios tidos como concorrentes. Para a consecução do pensamento intuicionista duas características surgem, como forma de explicitação da ideia proposta: pluralidade de princípios básicos e coerência dos julgamentos de justiça.

Segundo John Rawls, a primeira destas características reflete a vigência de uma pluralidade de princípios básicos que podem vir a se colidir resultando em virtudes e diretrizes opostas nos casos a ele correlatos.⁶³ Como consequência desta característica, apontamos que não existe uma metodologia propícia para avaliar a prioridade entre os princípios colidentes, cobrando do intérprete buscar pela intuição o equilíbrio necessário para que se alcance uma noção daquilo que ao menos se assemelhe ao conceito de justo. Por esta razão, sempre que lidamos com a concepção de justo, o equilíbrio dos princípios constitui na principal missão do intuicionismo, aqui concebido em sua vertente pluralista e genérica.

O reconhecimento de sua generalidade, fundamentalmente a generalidade dos princípios, associa ao senso comum, categorias de indivíduos representativos, e aplica-se, à sua maneira, uma noção particular do problema da justiça. Para os adeptos do intuicionismo do senso comum, o entendimento e consenso vão além de uma mera noção atrelada a interesses concorrentes e de confiança nos costumes praticados pela sociedade. A solução, neste caso, obriga o homem a voltar sua compreensão para um sistema mais amplo, que fixe um equilíbrio de regras, adequando-as a algo pouco mais específico do que a generalidade intuicionista. As instituições, aqui consideradas, fixam as políticas sociais que atendam às aspirações econômicas e sociais da população, utilizando como expediente a ponderação de princípios delimitados segundo a lógica do seguro.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 37.

Logo concebemos a segunda característica ínsita ao intuicionismo, que consiste na coerência dos julgamentos da justiça. Esta amplia a confluência de outros grupos que serão atingidos pela decisão tomada por um deles, restringindo a prática do intuicionismo aos fins políticos de ordem superior, pois, variações constatadas no regime de ponderação de princípios de questões consideradas óbvias não podem ser aceitas, a não ser que sejam conexas a mentalidades políticas profundamente opostas.

Para os intuicionistas a relevância da teoria reside na identificação dos princípios, para que os homens venham a equilibrá-los, de modo mais ou menos semelhante, dotados de uma imparcialidade que impeça o atendimento dos próprios interesses. A diferença quanto ao modo de avaliar e ponderar princípios concorrentes se credencia de forma distinta, de acordo com cada indivíduo, o que ocasiona uma discrepância de padrões de interpretação nesta atividade de ponderação sem qualquer lastro com concepções éticas que os princípios possam expressar. Em suma, o intuicionismo conclama que os julgamentos pessoais, acerca da justiça social, devam atingir uma pluralidade de princípios básicos norteadores da escolha de cada um que procurará equilibrar os mesmos segundo uma certa óptica em detrimento de outra.

Essa verdadeira ausência de critério, segundo os pesos dos princípios que o intuicionista utiliza para formulação de seu pensamento, encontra guarida na desnecessidade do reconhecimento de princípios éticos, acreditando, outrossim, que a complexidade dos fatos morais venha a desafiar nossos esforços para uma explicação dos julgamentos individuais, marcados na primazia dos princípios concorrentes. Qualquer tentativa que extrapole o conjunto dos princípios disponíveis, ou que venha a reduzi-los a uma categoria menor, dentre os meios disponíveis para o alcance de uma concepção de justiça, não se associam à teoria intuicionista, pautada mais uma vez em um raciocínio subjetivo que considera os pesos dos princípios seguindo padrões que o próprio intérprete adotaria em um caso equivalente.

Entretanto, é sabido que o complexo de princípios éticos exprime uma eficaz forma de explicação dos pesos que, em nossas avaliações, julgamos como apropriados sob uma lógica da pluralidade de princípios. Apenas uma avaliação sistemática dos princípios, conduz-nos para uma solução explícita e

útil para a problemática envolvendo a prioridade entre eles. É de se lembrar que não estamos abdicando do intuicionismo, na medida em que a capacidade intuitiva dos homens representa um fator de destaque no mecanismo da justiça distributiva, desde que orientada por critérios implícitos e reconhecidamente éticos, capazes de fundamentar a escolha dos princípios concorrentes.

Na órbita dos princípios concorrentes, Rawls discorre que ao falar sobre a prioridade dos princípios, não há como não nos reportarmos ao problema concernente ao fato de que os princípios da justiça são aqueles escolhidos em uma posição original como resultado de uma determinada escolha, fruto do estabelecimento de padrões consensuais para o julgamento de reivindicações mútuas, necessitando, assim, dos princípios para que se atribuam pesos distintos, pois, os problemas da prioridade entre os princípios podem variar de acordo com o indivíduo que participa da escolha.

Por assim dizer, nesta prioridade necessária entre os princípios, apresentamos a liberdade como um princípio que antecede o segundo princípio da justiça (o da diferença), de maneira que ambos se organizam sob uma ordem serial ou lexical em que se acaba por exigir que o primeiro princípio da ordenação seja satisfeito, antes de podermos passar para o segundo, sendo este utilizado como parâmetro antes de passarmos para o terceiro princípio e, assim, de maneira sucessiva. O esquema da ordenação serial evitaria, por seu turno, a necessidade da ponderação de princípios, pois, aqueles que vêm depois pressupõem o esgotamento quanto a aplicabilidade do princípio anteriormente visto.

Fazendo alusão mais uma vez ao escólio de Álvaro de Vita, o primeiro princípio, que se refere ao esquema de liberdades entre os indivíduos, tem prioridade sob a primeira parte do próximo princípio, que nos apresenta um esquema de liberdade equitativa para todos. Acompanhando este fluxo lexical, temos que o princípio da igualdade equitativa para todos possui uma sobreposição em relação ao princípio da diferença, tendo em vista a possibilidade de apreciação e realocação das desigualdades econômicas, apenas se as mesmas forem instituídas de maneira que tragam um máximo

benefício em favor daqueles que se encontram na extremidade inferior da escolha social⁶⁴.

Sintetizando seu raciocínio, o autor nos ensina que ao fixar uma comparação de diferentes arranjos de caráter institucional, que se refiram à justiça, devemos priorizar a seleção do primeiro princípio, que se justifica pelas liberdades civis e políticas que se encontram protegidas de forma adequada pelo sistema de regras que configura a justiça procedimental pura. Em um momento posterior, a seleção do princípio levará em conta o arranjo institucional no qual a distribuição de bens aconteça de forma igualitária, conforme preceituado pelo princípio da diferença, o que exige a prevalência da aplicação do segundo princípio na seara correspondente a distribuição equitativa de renda e riqueza.

Entretanto, a eficácia da ordem serial ou lexical dos princípios subordina-se a uma sociedade bem ordenada, em que as instituições fundamentais venham satisfazer as necessidades básicas do indivíduo e da coletividade como um todo. A garantia de um mínimo social representa apenas um dos objetivos sociais perseguidos, fator este que pode ser tratado com relativa tranquilidade por meio da criação legislativa por parte das instituições. O contexto de uma organização social adequada considera a possibilidade de conformação de duas perspectivas morais que devido a uma fiel correspondência junto à identidade pública das pessoas pode ser desta forma organizada: a capacidade de constituir, e porque não rever a concepção do bem, e a capacidade do indivíduo ter e agir motivado, sobretudo por um senso de justiça.

A operacionalidade de uma teoria da justiça considera que esta está marcada pela já mencionada noção de equilíbrio refletido, sendo capaz de construir um objetivo provisório da filosofia moral, que compreende a filosofia moral como os princípios que seriam escolhidos na posição original e que correspondem aos juízos ponderados dos indivíduos acompanhando o senso de justiça. Segundo uma prioridade léxica da teoria ideal da justiça, as suposições essenciais para o êxito da teoria correspondem a uma consecução dos princípios segundo a estrutura básica da sociedade, juntamente com a

⁶⁴ VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária...** ob.cit. , pp. 217-218.

obediência estrita por parte dos cidadãos dos princípios publicamente reconhecidos⁶⁵.

Em caminho diametralmente oposto situa-se a teoria não ideal, que remete às injustiças nas instituições sociais ou na conduta dos indivíduos. A diminuição nas denominadas “condições de civilização”, corroborada inclusive pela urgência das necessidades básicas a serem satisfeitas, provocam, por conseguinte, a relevância que populações famintas, carentes das necessidades sociais básicas, possuem o condão de romper a supremacia do primeiro princípio da liberdade. A ilustração deste caso hipotético, resta por delimitar parâmetros do exercício das liberdades, que permite um afastamento destes esquemas, apenas se o propósito do afastamento do princípio das liberdades iguais permitirem, em um momento posterior, a distribuição de renda e riqueza para os mais necessitados.

Sistematicamente, limitamos as liberdades em nome das próprias liberdades, quando o cenário proposto causar limitações em virtude de acidentes naturais da vida humana que provocam inconsistências de caráter histórico-sociais, aqui ilustrado pelas vicissitudes que fundamentam as ações afirmativas nas áreas da educação, sexo e questões de cunho racial. Uma redução da amplitude do princípio da liberdade convida os cidadãos a realizar um balanço da situação decorrente da redução do princípio que ganhará força, caso esta redução implique em um ganho para sua liberdade, sendo esta desigual⁶⁶.

Independentemente da existência ou não da necessidade de defesa e proteção dos princípios da justiça, seguindo uma ordem lexical, o importante é que reforcemos a ideia que preconiza a teoria da justiça como uma teoria dos sentimentos morais. Tais sentimentos devem resultar em uma conclusão de que as concepções morais substantivas, que às vezes reconhecemos como válidas, são primitivas e defeituosas, obrigando, assim, que toleremos certas simplificações dos princípios norteadores dos nossos juízos racionais que incentivam o senso de justiça.

⁶⁵ Idem, p.212.

⁶⁶ RAWLS, **Uma teoria...** ob.cit., p. 267.

Somente por meio da aceitação incondicional dos princípios da justiça, ordenados de maneira lexical, teremos um sistema justo e caracterizador de uma teoria ideal que atrela os objetivos da justiça que serão responsáveis por uma ampla reforma na sociedade.

5.4. A propensão à igualdade e a aplicação dos princípios da justiça

Os dois princípios da justiça, quando considerados para o deslinde do princípio da igualdade, explicitam uma concepção igual ao ideal considerado como justiça, a partir de uma interpretação do princípio da diferença que atribui algum peso às considerações do princípio da reparação.

Esse princípio avoca o pensamento segundo o qual as desigualdades de nascimento e de dotes naturais não podem ser merecidas, devendo, assim, ser de alguma forma compensadas. A genuína busca pelo tratamento igualitário entre os indivíduos comunga de um esforço institucional de reparar o desvio das contingências em busca da igualdade equitativa de oportunidades. Por este princípio, uma quantidade maior de recursos devem ser destinados em favor dos que possuem dotes inatos em menor escala, e que não concorram de maneira equânime frente aos indivíduos que desde o nascedouro foram agraciados com este beneplácito.

A questão de justiça, aqui debatida, não circunda sobre a justiça ou injustiça quanto à distribuição dos bens e dotes naturais entre os indivíduos, pois, referida distribuição decorre de fatos alheios, como a própria natureza das coisas. É por esta razão que o princípio da reparação participa de forma ativa como elemento da concepção da justiça devendo, por conseguinte, ser ponderado juntamente com os dois princípios da justiça, sempre evidenciando o princípio da reparação.

Contudo, o princípio da reparação não guarda correspondência com o princípio da diferença, pois não se exige que a sociedade tente contrabalançar as desvantagens, considerando que se fosse esperado de todos que viessem competir em uma base equitativa de condições. O princípio da diferença não

considera uma intervenção específica nos setores mais desiguais da sociedade, tais como a distribuição de empregos ou de vagas em universidades na seara educacional. O princípio da diferença marca sua presença por meio da alocação de recursos, na área técnica, para formação de profissionais aptos a ingressarem no mercado de trabalho, ou maior distribuição da renda obtida pelo Estado na área da educação, propiciando um sistema de ensino eficaz para demanda de conhecimento de novas gerações. Ainda no tocante a distribuição de recursos na área da educação, importante observação nos é brindada por Rawls, quando destaca que a importância dada à educação assuma uma postura de ampla preponderância, quando consideramos que a educação abre portas para os homens apreciarem a cultura de sua sociedade, incentivando valores próprios e sentimentos de confiança na realização de suas atividades⁶⁷.

Um recorte metodológico há de ser feito neste momento, pois, para que a propensão à igualdade possa ser sacramentada no seio da coletividade. Precisamos delimitar os grupos que serão beneficiados ou que assumirão uma posição social relevante frente aos demais. Quando conjecturamos como ponto inicial de análise a estrutura básica da sociedade, circunstâncias como a cidadania igual e posição definida, segundo a alocação de renda e riqueza, formam, assim, as posições sociais relevantes, considerando sempre os lugares de partida generalizados e agrupados de forma adequada.

A cidadania igual, considerada de maneira isolada, resulta na escolha dos homens representativos relevantes, que possuem expectativas distintas sobre os bens primários que são perpetrados de forma desigual. Tais bens primários, aludindo ao esquema da cidadania igual vinculam os direitos e liberdades exigidas pela igualdade equitativa de oportunidade, ambos aplicados às questões de política social e os efeitos distributivos que dela advém, visando atender aos reclamos daqueles que se encontram nos lugares de partida.

Os dois princípios de justiça, quando atendem a questões de caráter social, evitam arbitrariedades da ação natural e da boa sorte social, e ainda confluem com o que a teoria da justiça denomina princípio do interesse comum.

⁶⁷ Idem, p. 108.

Sobre ele repousa a classificação das instituições em conformidade com a eficácia em garantir as condições necessárias para que a coletividade promova de maneira equânime seus objetivos, proporcionando também objetivos que irão beneficiar aos demais membros da sociedade de maneira semelhante.

Em nome da manutenção da ordem pública, o interesse comum faz uso de regras que estatuem a criação de medidas eficientes que garantem, por exemplo, a saúde e previdência social, que por vezes não atendem seus desígnios públicos. O atendimento de uma política distributiva pela administração eleva a expectativa de êxito para os indivíduos realizarem seus desejos, desde que as classes inferiores sejam igualmente beneficiadas, maximizando o sentimento de manifestação do bem-estar após a aplicação do princípio do interesse comum, interpretando a cidadania igual como modelo seguido para a redução das desigualdades sociais imperantes.

Por caminho semelhante percorre a lição de Kant, ao estatuir a prática da beneficência, mesmo sem sentir-se inclinado a tanto, oferece ao sujeito valor moral superior do que aquele que é benevolente por temperamento de maneira que o cuidado social e a distribuição plena de riquezas e oportunidades aos grupos representativos deve se dar por dever e não apenas inclinação⁶⁸.

A partir da situação acima disposta, ao abordarmos que a cidadania igual configura preceito básico, aliado às vicissitudes econômicas e sociais, justifica a supremacia dos princípios do interesse público, identificando qual dos homens representativos assumirá uma postura social relevante, de maneira a ser beneficiado por uma medida implementada para atendimento dos princípios da justiça. A dificuldade que remanesce, entretanto, faz-se representada quando escolhemos como critério a definição dos homens representativos, que por si só trazem coeficientes distintos de autoridade e responsabilidade e que, portanto, dificultarão a obtenção de uma resposta; pois aqueles que detêm autoridade e responsabilidade na maioria das vezes também desfrutam de outras vantagens quando falamos não apenas na distribuição dos bens primários, como também na repartição de riqueza.

⁶⁸ PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2007. p.120.

Muito mais do que considerar a definição do homem representativo a ser beneficiado na partilha dos bens primários consideramos, para efeito de uma análise mais precisa, a seleção dos menos favorecidos sob uma óptica de adequação do grupo, segundo três tipos principais de contingência a serem compreendidos em sua integralidade. Analisando o problema contingencial em uma realidade fática, dizemos que, antes de mais nada, a escolha ou determinação do grupo favorecido obriga o indivíduo a proceder de tal forma que considere como grupo privilegiado, aquele que se encaixe em um esquema de cooperação social. Consequentemente ele terá uma participação ativa, de modo que escolhas de grupos motivadas única e exclusivamente por uma percepção moral não servirão de melhor critério de eleição entre os grupos, por conta da subjetividade que a capacidade de escolha possa carregar em desfavor de um dele que se apresentava em condições objetivamente constatadas de escolha por parte das instituições.

A tarefa principal tendente à igualdade, na teoria da justiça de John Rawls, de eleição do grupo menos favorecido pode ser cumprida com relativo êxito, se levarmos em conta na tarefa da escolha, uma certa posição social particular, tal como ocorre com o trabalhador menos especializado, ou a inclusão da pessoa portadora de deficiência no mesmo espaço educacional das não portadoras, como já preceitua Márcia Alvim *in verbis*:

“O ideal é que a educação das pessoas portadoras de deficiência seja feita no mesmo espaço, na mesma classe das pessoas não portadoras de deficiência, porque deste modo todos têm condições de desenvolver maior número de habilidades e de se tornarem seres humanos com suas potencialidades desenvolvidas”⁶⁹.

Outro critério cabível na apreciação de uma escolha racional faz referência à distribuição efetiva de renda e riqueza entre os grupos. A pertinência do critério permite que utilizemos como referência de aplicação dos princípios de justiça um eventual distanciamento social entre os indivíduos que possuem condições inferiores, e aqueles que gozem de mediana distribuição destes bens.

⁶⁹ ALVIM, Marcia Cristina de Souza . **A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988**. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO), v. 10, 2008.pp. 11-30.

Tanto um como outro critério selecionado se mostram razoáveis para a delimitação da necessidade de uma intervenção social com o objetivo de reduzir esta desigualdade, persistindo, assim, a dificuldade de escolha de uma vertente de interpretação capaz de refletir a real aplicação dos dois princípios da justiça. Entendemos que neste tocante o princípio da diferença ganha singular notoriedade, pois, independentemente do critério escolhido para identificação do grupo menos favorecido, o norte de todo procedimento é o da execução do princípio da diferença, presente nos casos em que a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas se mostrar vantajosa para o homem representativo que está em piores condições. Para a realização e satisfação deste princípio, os meandros filosóficos que dilatam a pluralidade de fatos sociais em que são aplicados, ainda assim não correspondem a um criterioso anseio de prática de justiça.

Portanto, o princípio da diferença exige que saibamos aplicá-lo em uma infinidade de situações ao usar considerações práticas para procedimentalizarmos uma escolha serena e racional do grupo a ser privilegiado. Tais considerações exigem do intérprete uma certa arbitrariedade quanto à identificação do grupo, que em certas ocasiões parte da já referida cidadania igual e diversos níveis de renda e riqueza.

Trazendo como substrato de interpretação os direitos básicos em uma posição de cidadania igual, a justiça como equidade analisa o sistema social de maneira a encontrar a melhor forma de distribuir igualitariamente a renda e a riqueza.

As considerações práticas, antes mencionadas, servirão como um ponto de confluência para uma correta apreciação sob o nexo de causalidade existente entre os dois parâmetros acima e a efetiva necessidade do grupo social menos favorecido. Ilustrativamente, se considerarmos características naturais como condicionantes para implantação de uma certa medida, a fim de reparar certa distorção, apenas os indivíduos ou grupos que guardarem relação com a causa determinante da desigualdade serão agraciados com os benefícios respectivos.

Outra casuística de menção obrigatória reflete em questões baseadas no sexo e nas decorrentes da etnia e cultura dos homens, em que mesmo com

a atribuição de direitos básicos a todos somente com a aplicação do princípio da diferença é que a desigualdade que afronta a justiça como equidade, por favorecer de maneira desigual um grupo de indivíduos, será contrabalançada para que os menos afortunados possam ser dotados de condições mínimas de igualdade para uma vivência digna no seio da sociedade.

Ponderando de forma restritiva esta consideração prática de aplicabilidade do princípio da diferença, um cuidado salutar deve ser tomado para que convicções de caráter pessoal não se sobreponham em nome do interesse do grupo. Os juízos de valor formulados, enquanto formulados por membros de grupos em um estado de posição relevante, exigem que enfatizemos situações mais generalizadas que não reflitam perspectivas particulares de seus membros.

Os interesses das pessoas devem ser considerados nos princípios da justiça vigentes na estrutura básica da sociedade. Suas preocupações devem ser preservadas tendo em vista que cada pessoa é um cidadão igual, ou seja, todos possuem um lugar na distribuição de renda e riqueza, ou no todo social. Características naturais, raciais ou étnicas assumem posturas condicionantes para a eficácia da aplicabilidade do conteúdo do princípio da diferença. Na verdade, a concretude de um esquema eticamente adequado obriga que em certos casos estabeleçamos escolhas das posições sociais relevantes, para que a teoria da justiça social possa ao final estar plasmada nos dois princípios básicos da justiça.

E por assim dizer, a escolha das posições sociais relevantes, aliadas à aplicação do princípio da reparação como substrato da justiça como equidade, é que tangenciamos o presente estudo para uma tendência à igualdade em que maiores recursos devem ser gastos com a educação dos menos inteligentes, compensando-os de uma desigualdade natural praticada por meio da distribuição natural dos dotes que como já ressaltamos não se credencia nem de maneira justa ou injusta, mas sim como um fato da natureza em si. Aqueles que forem naturalmente favorecidos participam da teoria social, cobrindo os custos de treinamento e educação, utilizando seus dotes de maneira que ajudem os menos favorecidos.

A atribuição de benefícios compensatórios nos fornece subsídios para a concretização do princípio da fraternidade e a ideia de que os homens não podem querer possuir maiores vantagens, a não ser que isso traga benefícios para os outros que se encontram em uma situação inferior. Uma crítica a ser feita por parte dos agentes sociais consiste na argumentação de que a ordenação das instituições, lidando com fatores de cunho natural possa se mostrar defeituosa. O ideal consentâneo de justiça aqui considerado não pode aliar o sistema de regras criado pelas instituições com a distribuição natural dos benefícios a grupos privilegiados de indivíduos. Inexiste a intervenção humana nestes casos restringindo a justiça ou injustiça apenas no modo em que as instituições lidam com tal situação. Cabe lembrar que o sistema social não significa um sistema de normas intangíveis e imutáveis, que se mostra presente acima da própria condição humana. A utilização dos valores naturais recebidos em um esquema de cooperação social atenderá aos ditames da teoria da justiça quando forem dispostos para o bem comum indistintamente. O combate à arbitrariedade e aos aspectos imperfeitos do convívio social nutre os dois princípios da justiça para a construção de uma sociedade igualitária.

A tendência à igualdade coloca lado a lado o princípio da diferença a uma concepção de reciprocidade, haja vista a teoria da justiça oferecer aos seus destinatários um esquema sobre o qual repousam as bases para um beneficiamento mútuo das partes envolvidas. Entretanto, a eficiência das vantagens mútuas deve ser avaliada com reservas, pois, logo de início a sociedade poderia maximizar as expectativas de apenas um dos grupos, mas não de ambos, o que por si só já carrega uma concepção dos benefícios mútuos. Rejeitando uma aplicação direta dos princípios da diferença, caracterizada principalmente por uma desigualdade no tratamento das partes, em nome do benefício de todos, resta-nos proceder a um regime de ponderação das expectativas dos homens representativos mais ou menos afortunados.

Desde já, cabe um aparte no sentido de que nenhum indivíduo na posição original, na estrutura básica da sociedade, exerceria uma ponderação de princípios e valores de modo a ser beneficiado, pois, tal fato, atrelado à distribuição dos dotes naturais incorreria em uma espécie de duplo

beneficiamento em favor de um grupo de homens representativos. Sob o véu da ignorância, a estrutura básica da sociedade reconhece que alguns grupos já devem se sentir compensados pelas vantagens às quais ninguém possuía um direito prévio, razão pela qual devem concordar com a adoção do princípio da diferença.

Outro ponto ocorre quando a tendência à igualdade é almejada, isto é, inerente ao mérito. Em um sistema justo de cooperação, onde regras comuns são criadas para regular a vida dos agentes sociais, sempre de forma equânime, poderíamos pensar que aqueles que fossem mais bem situados mereceriam ter suas expectativas realizadas, ainda mais por não apresentarem óbice para o esquema de cooperação social posto. A noção de mérito que nasce a partir de expectativas legítimas, sob a batuta de instituições sociais que gozam do respaldo da coletividade, abrange o sentido de ter direito a alguma coisa, sem considerar o princípio da diferença ou outro pressuposto qualquer.

O raciocínio aplicado à questão do mérito se assemelha ao pensamento da reciprocidade, não sendo correto que indivíduos com maiores dotes naturais e um caráter superior que permitiu seu desenvolvimento pessoal se sobreponham em um dado esquema de cooperação, onde a possibilidade de maximização de expectativas possa ser elevada. A partir do momento em que os pensamentos não forem cooptados para a distribuição de renda e riqueza aos menos favorecidos, persistirá a inconsistência do projeto de uma sociedade harmônica em todos os sentidos, fortalecida pelos dois princípios de justiça. Temos de abstrair de nosso pensamento que não merecemos nosso lugar quando da repartição de dotes inatos, a tal passo que apenas com a vigência de circunstâncias como o contexto social, familiar, busca pela felicidade e até ocorrências da natureza poderiam sugerir uma explicação minimamente coerente sobre eventuais direitos aos dotes inatos, não cabendo, contudo, creditarmos tais dotes ao mérito de cada um.

Compartilhando os desafios de uma justificação teórica da justiça como equidade, remetemo-nos à dificuldade de concatenação das bases da igualdade, de forma que os mais afortunados possuam um direito aos seus dotes naturais, assim, como qualquer outra pessoa, uma vez que neste caso

aplicamos o primeiro princípio que ao circunscrever a proteção das liberdades básicas alberga a integridade do indivíduo. A incessante odisseia de se encontrar um denominador capaz de atender às perspectivas dos grupos mais ou menos favorecidos de forma simultaneamente equânime resvala novamente no princípio da diferença ao significar uma oportunidade de consolidação por ser este largamente interpretado em uma posição de igualdade na estrutura básica da sociedade.

A partir da escolha racional do princípio da diferença como delineador da justiça como equidade, vislumbramos uma nova nuance que considera esse princípio como uma decorrência do princípio da fraternidade. Seu clamor remonta a uma inobservância imediata por parte dos homens representativos por conta da desnecessidade de subserviência quanto aos seus preceitos, motivada também pela ausência de um mecanismo coercitivo garantidor de sua eficácia para com os seus destinatários. De qualquer modo, esse princípio revela certas atitudes subjetivas além de formas de conduta dos indivíduos, cuja observância reforçaria ainda mais os ideais de liberdade e igualdade contidos no princípio de justiça. Mesmo que não conte com um suporte coercitivo que garanta sua obediência irrestrita pelos indivíduos, o princípio da fraternidade atesta uma estima social que conta com a participação de diversas convenções sociais universalmente aceitas, e que criam valores que se abraçados por seus destinatários, robustecem os espíritos de liberdade e igualdade que carregam a justiça em si.

Por se tratar de uma concepção política, o princípio da fraternidade situa-se no plano teórico que explica o princípio da diferença e a consequente noção de maximização das expectativas dos benefícios aos indivíduos, apenas se tal política trazer algo aos homens representativos que estiverem em uma situação inferior. Aqueles que agem sob o efeito do princípio da diferença assim o fazem movido pelo desejo de não ganhar, salvo se possam fazer isso de modo que promovam no sentido oposto os interesses dos grupos menos favorecidos.

Ao realizar o princípio da diferença estaremos atendendo também aos auspícios do princípio da fraternidade, que admite inclusive o envolvimento de laços sentimentais entre os membros da sociedade, notadamente construídos

sobre uma base coletiva e igualitária em que a realização de uma justiça equitativa encontra seu substrato na fundamentação moral do ato, e não somente como uma meta, objeto de consenso na estrutura básica da sociedade e imposta por vezes por um sistema de regras criado pelas instituições políticas.

Rawls adequa o princípio da fraternidade no conjunto dos dois princípios basilares da justiça, tornando factível seu condicionamento na teoria por ele demonstrada, mesmo que situações de carácter sentimental sejam negligenciadas pela doutrina democrática. Pode-se, assim, associar as ideias tradicionais de liberdade, igualdade e fraternidade com uma concepção democrática junto aos dois pilares da justiça: a liberdade corresponderia ao princípio das liberdades básicas; o ideal de igualdade no primeiro princípio juntamente com a igualdade equitativa de oportunidades; e a noção de fraternidade corresponderia ao princípio da diferença⁷⁰.

5.4.1. A estrutura fundamental da igualdade

O estudo de fatores, como: a reciprocidade de tratamento entre os grupos representativos; o mérito de certos indivíduos que canalizando seus dotes naturais colaboram para o incremento do princípio da diferença em favor dos grupos inferiores; o princípio da separação e sua consequente atenção com um tratamento igualitário na proporção de igualdades de oportunidades; princípio da fraternidade e os valores morais por ele condensados, conduzem a uma apreciação de que necessitamos fixar as bases coerentes da igualdade. O primeiro passo para a realização das bases da igualdade conglobera esforços no sentido de criar um sistema público de regras que compile as nuances exordiais da justiça como equidade, sob a forma da justiça procedimental pura. O tratamento desta nesse esquema atribui o tom da igualdade que figura como característica a consecução de um processo justo

⁷⁰RAWLS, Uma teoria.... ob.cit., p.115.

para o alcance de um resultado igualmente correto e justo devido, dentre outros, da correção que acompanhou a efetivação do procedimento próprio.

Aproximando-se desta ilustração da justiça como regularidade, surge com igual força outra base para igualdade, consistente na estrutura substantiva das instituições, o que importa dizer, que a igualdade passa a ser especificada pelos já explicitados princípios da justiça que gozam, por excelência, da proteção de direitos básicos iguais atribuídos a todas as pessoas sob a intervenção do princípio da diferença. A última base para a caracterização da igualdade se refere à questão dos destinatários das garantias da justiça. Estes levam em conta a postura ética que cada um adota quando submetido à eficácia dos princípios da justiça.

Sob o entendimento da justiça igualitária, identificamos as pessoas éticas por meio de duas características distintas. Uma delas considera que aquelas são capazes de possuir uma compreensão do próprio bem, consistente na elaboração de um plano racional de vida. Paralelamente a esta característica, salientamos que as pessoas éticas conquistaram na concatenação de direitos e liberdades básicas, na posição original, um senso de justiça que se volta à aplicação dos princípios da justiça que foram escolhidos sob o véu da ignorância. Essa igualdade junto aos três níveis ora mencionados tratam da capacidade de participar da situação inicial e de agir de acordo com o entendimento comum. A observância de uma potencialidade ética do indivíduo auxilia nas suas percepções e as reivindicações da justiça, mantendo uma valoração do princípio da diferença e sua diretriz de auxílio aos grupos menos privilegiados.

Os níveis de igualdade e sua propensão à construção de uma teoria da justiça condicionam-se à maturidade da personalidade moral do indivíduo, haja vista que não existe etnia ou grupo de seres humanos que não contenham o atributo moral para a afeição ao senso da justiça. Poderíamos supor, neste caso, que os indivíduos contam com capacidades variáveis para aferição do senso da justiça não significando, porém, que os mesmos sejam privados da proteção que as liberdades básicas trazem a todos os indivíduos sem exceção – desde que um certo mínimo de conduta ética a escolha racional de um plano de vida possa ser satisfeito. É claro que os dotes naturais já debatidos fazem

diferença não apenas na percepção de vantagens, na distribuição de renda e riqueza, como também na formulação de julgamentos imparciais de integridade, quanto ao fortalecimento das instituições e sua missão de propagar a justiça. Por mais que camadas sociais venham a pensar que a diferença da distribuição dos benefícios à sociedade e a efetiva garantia dos direitos e liberdades básicas são justificadas pelos dotes naturais dos indivíduos, a justiça como equidade caminha em sentido oposto a essa afirmação, de maneira que satisfazendo os requisitos mínimos para uma personalidade ética, a pessoa fará jus a todas as garantias da justiça.

O princípio da igualdade pauta-se nos princípios da justiça, observando que a tendência à isonomia determina que diante da constatação da capacidade minimamente ética não se obriga a realização da mesma, bastando apenas a sua existência para que a proteção dos princípios da justiça seja garantida; pois, na estrutura básica da sociedade, situações hipotéticas são consideradas, permitindo, por conseguinte, a participação de todos no âmbito de um sistema igualitário. Nesta etapa do entendimento, o princípio da reciprocidade não se volta à dupla maximização dos grupos mais privilegiados pelas contingências naturais e sociais, restringindo, assim, a uma relação de reciprocidade firmada pela retribuição que a concessão da justiça deve merecer em contrapartida, também sob o prisma de justiça enveredado à correção do princípio da reciprocidade.

As vantagens que proposições relacionadas aos dotes naturais possuem, por vezes, cegam a compreensão comum de que a igualdade não fora efetivamente implementada no esquema de cooperação social. A esperança de que cada indivíduo execute no decorrer de sua vida o melhor plano individual que seja capaz de formular permite que, dotes naturais que tenha recebido ao longo de sua existência, façam a diferença no momento de executar tais planos.

O princípio da diferença e a base da igualdade na justiça nascem para contornar as imperfeições que a estrutura social venha a praticar por discrepâncias de ordem subjetiva e que desalinhem os objetivos morais que o senso de justiça exige de cada. A priorização dos dois princípios configura as duas formas sobre as quais podemos dividir a igualdade. A primeira considera

o segundo princípio da justiça regulando as instituições e as parcelas distributivas, fazendo com que a cooperação social seja eficiente e equitativa frente a toda coletividade. Contudo, a personalidade moral dos indivíduos provoca a reflexão de prevalência do primeiro princípio da justiça, lecionando que direitos, deveres e liberdades iguais devem ser concedidos aos seres humanos compreendidos como pessoas morais, eticamente responsáveis pelo processo de escolha dos mesmos na posição original.

As bases para a fixação da igualdade levam notadamente a uma apreciação dos princípios da justiça, genericamente considerados, diante das vicissitudes sociais que obrigam no contexto social fático, a uma interpretação teleológica de sua esquematização teórica. Muito se pronunciou também sobre os dotes naturais e sua influência no processo da capacitação moral dos indivíduos para que o princípio da diferença encontre espaço na tarefa de correção das imperfeições existentes. Uma especificidade da igualdade como base de compreensão da justificada teoria da justiça nos remete a um desmembramento quanto aos princípios correlatos apenas aos indivíduos, e que merecem uma digressão teórica por conta da dinâmica interação que este exerce perante a coletividade, e que parte de um encadeamento de pensamentos com elevado teor de subjetividade.

5.4.2. O princípio da equidade associada aos indivíduos

Em um esquema de cooperação social, encontramos como missão precípua associada aos indivíduos o afastamento de defeitos graves preservando, assim, a constante busca de políticas razoáveis que permitam a transmissão das gerações das mais diversas atitudes tendentes a fixar as bases da igualdade e a manutenção dos princípios de justiça.

A aceitação do princípio da diferença implica na concepção de que a desigualdade de expectativas é permitida se sua diminuição significar a atribuição de vantagens para o homem representativo em piores condições, que por excelência constituem grupos de indivíduos não especializados,

segundo uma perspectiva de exercício profissional, como forma de exemplo. Sua efetivação depende de uma conjuntura de esforços encabeçado pelo exercício da justiça procedimental pura e a força que as instituições depositam na criação de leis que fomentem a inclusão dos grupos menos abastados.

Todavia, a consideração do indivíduo e sua capacidade da assimilação deste esquema contratualista de cooperação social simboliza a efetiva aplicação dos dois princípios da justiça debatidos até o momento, além daqueles que à sua maneira levam de modo indireto à manutenção dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos. Este esquema propugnado pela justiça procedimental pura aliado à aceitação dos indivíduos e à compreensão do princípio da diferença resulta na harmonia dos dotes naturais e demais habilidades voltadas a todos os indivíduos, conjuntamente aos benefícios comuns deles decorrentes na consolidação de um plano de vida perfeito. Ademais, a fiel correspondência da efetiva adesão do grupo de homens representativos mais privilegiados a este esquema de cooperação social garante a supremacia da já denominada igualdade equitativa de oportunidades, e sua consequente universalização de consecução dos seus efeitos, desconsiderando dimensões restritas de pensamento atreladas a pessoas particulares.

Repercutindo o presente item, debruçamo-nos sobre a elaboração de uma sequência ordenada em que os princípios da justiça são construídos e conectados a partes representativas, preocupadas em compreender a concepção do justo na posição original. A adoção de regras de prioridade incentiva a utilização dos princípios segundo uma óptica em que as pessoas são igualmente representadas no mais elevado grau de dignidade, não mais condicionado ao juízo arbitrário dos desejos individuais ou marcado por um equilíbrio relativo das forças sociais. Apenas uma aceitabilidade moral e um esquema competente de justiça procedimental pura são capazes de criar um *status* em que independentemente do consenso atingido, o mesmo será considerado como justo.

Por hora, a preocupação cinge-se à formulação completa do justo, uma vez que temos, de um lado, os princípios da justiça que condicionam as partes no que pertine à convivência com seus pares. De outro, centralizam-se as

próprias partes que executam um papel determinante de destinatários destes princípios, cuja exequibilidade sob o enfoque da justiça procedimental pura, garantirá que a realidade e eficácia segundo uma concepção Kelseniana, estejam presentes.

Destarte, vislumbramos inicialmente a existência de princípios correlatos aos sistemas sociais e as instituições plasmadas sob a batuta da justiça e da eficiência, aqui consideradas como um sistema de regras que privilegiem uma igualdade social de oportunidades em conjunto com a justiça formal aglutinadora de expectativas legítimas em um estado de direito. E também uma organização de direitos e obrigações que maximize as expectativas dos homens representativos sem ao mesmo tempo incorrer na diminuição das expectativas de outros grupos representativos democraticamente legitimados.

Em contrapartida, caminham os princípios correlatos aos indivíduos consubstanciados no consenso à imposição de determinadas noções, tais como a equidade, fidelidade, respeito mútuo e beneficência. Todas as noções apresentadas neste parágrafo sinalizam para o que podemos nominar como o conceito de justo, que na doutrina de Rawls não prescreve o que vem a significar o termo “justo”, em sua concepção mais tradicional. Pelo contrário, sua acepção congrega o ideal de equidade inserta em uma teoria de justiça que ofusca seu uso do cotidiano, valorizando a substituição pelo conceito que concorda com os princípios que em sua posição original seriam implementados para reforçar ainda mais sua pertinência ⁷¹.

Superada esta dicotomia entre princípios atrelados às instituições e princípios dispostos aos indivíduos, passamos a apreciar de que maneira é construído o princípio da equidade e como ele deve ser compreendido pela sociedade como obrigações associadas a uma convivência pacífica da coletividade.

Para uma perfeita compreensão do princípio da igualdade devemos formar a convicção preliminar de que em um sistema de regras elaboradas pelas instituições, bem como as exigências junto aos indivíduos materializam-

⁷¹ Idem, ibidem, p. 118.

se por meio das obrigações e não por meio dos deveres naturais. A tônica do princípio da equidade é a de que uma pessoa deve fazer a sua parte quando as instituições editam, por meio do processo legislativo próprio, um certo conjunto de regras, desde que atendidas as duas condições que podem ser desta forma resumidas: preambularmente, a instituição deve ser justa, satisfazendo, por conseguinte, os dois princípios da justiça. Sob outro vértice, a pessoa deve aceitar de forma voluntária os benefícios da organização, ou aproveitar todas as vantagens que o princípio oferece para promoção e consecução dos seus interesses pessoais.

Os deveres morais também constituem o princípio da equidade vinculando os indivíduos à prática dos atos voluntariamente dispostos e exigidos pelas instituições, como pressuposto das práticas democráticas aceitas pela sociedade. Por esta razão podemos concluir de forma sintética que não basta ao indivíduo prestar obediência às regras de uma instituição que satisfaça aos princípios da justiça. Faz-se necessário e recomendável que a adesão voluntária também figure como elemento de cooperação mútua e vantajosa para todos. A partir do momento em que as normas jurídicas são remanescentes de um sistema autocrático e arbitrário de governo, que alcançou o poder utilizando-se de expedientes não afetos aos preceitos concretizadores da democracia, não se alcançará o princípio da equidade no seu mais elevado nível que exige, dentre outros, o respeito por parte dos cidadãos movidos pelas noções de fidelidade, respeito mútuo e beneficência. Os mesmos incentivam o princípio da igualdade equitativa de oportunidades na execução das obrigações marcadas pela confiança em uma prática justa.

5.4.3. Os deveres naturais associados aos indivíduos

A justiça como equidade, estudada sob o vértice do mesmo princípio, incentiva a execução das obrigações oriundas dele, desde que as mesmas obedeçam aos dois pilares do preceito de justiça, prevendo também uma adesão voluntária aos benefícios da organização ou a vantagem que deles

deflui, e nos remete ao atendimento dos desígnios que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitem em uma posição de igualdade.

Apreciamos neste momento as situações principiológicas que são igualmente aplicáveis ao princípio da equidade, sobretudo no que compete a um de seus elementos de identificação, qual seja: a aceitação voluntária dos benefícios do esquema de cooperação social. Os deveres naturais surgem, neste tocante, como postulados que se aplicam aos indivíduos, independentemente dos nossos atos, não guardando também ligação alguma com as regras das organizações, nem tampouco com uma ordem lexical que adote a prioridade entre os princípios.

Como exemplos que surgem dos deveres naturais, temos o de ajudar o próximo e o de não causar seu sofrimento. Note-se que os deveres naturais se habilitam como deveres positivos e negativos, cuja consideração intuitiva contribui para uma distinção entre ambos e a prevalência de um deles, de acordo com a situação concretamente considerada. A concordância com tais princípios materializa-se sem uma fiel correspondência com o comprometimento do indivíduo e com o esquema de cooperação social, intermediado pelo conjunto de regras (obrigações) criadas pelas instituições. Todas as pessoas consideradas como moralmente iguais, seguem os deveres naturais vinculando não apenas os indivíduos concretos, mas, todas as pessoas em geral.

Cabe-nos promover uma conformação dos deveres naturais sob o ponto de vista de justiça como equidade. Nela sugere-se que o rol desses deveres coadunam com a análise do dever de justiça, que por excelência exige nosso apoio e obediência às instituições que existem e circundam o seio social em que vivemos. O reconhecimento dos princípios prevalentes em um esquema de cooperação social na posição original não interfere de maneira direta em atos de assentimento tácito ou explícito, tampouco na voluntariedade dos homens representativos tendentes à aplicação dos princípios convencionados na posição original.

Ademais os deveres naturais verberam uma aceitação incondicional por parte dos seus destinatários, como deveres congênitos que sempre nos

acompanharam desde nossa concepção. A voluntariedade que contrapõe àqueles deveres, quando seguimos as obrigações decorrentes do princípio da igualdade, guarda estrita relação com a observância dos dois princípios de justiça, quando analisados pelas autoridades responsáveis, pela elaboração do sistema de regras, passam a ser seguidos; e quando repelidos no processo legislativo de confecção das normas, ensejam a repulsa de tais regras sob argumentação da não vinculação das mesmas ao princípio da equidade.

Assim, mesmo que a voluntariedade dos atos contribua decisivamente para a fixação do princípio da equidade, ainda podemos considerar dentro do mesmo a ação direta, influente e incondicional dos deveres naturais – de forma que o dever natural de justiça emana como exemplo incontestável de direito inerente ao homem –, fundamental ao êxito das instituições políticas. Outrossim, uma análise perfunctória dos deveres naturais nos remete a uma gama de situações que refletem em atos que temos a liberdade de desempenhar ou não, haja vista não violarem nenhuma obrigação ou dever natural. Merecem destaque, no deslinde da apreciação, os atos supererogatórios, compostos por atos de benevolência, misericórdia, heroísmo e autossacrifício⁷². Por mais que tais atos merecessem figurar na categoria dos deveres naturais, pela nobreza meritória que guardam, sua prática é isenta pelo explícito desequilíbrio de condições que seu exercício redundaria, neste caso, a uma perda ou risco envolvendo o agente.

5.5. As parcelas distributivas e o princípio da equidade

Transcorrida a etapa de delimitação dos dois princípios da justiça, segundo uma ordem lexical de prioridade dos mesmos, condicionados também à força das instituições na elaboração de um complexo legislativo capaz de atender aos reclamos da sociedade.

A predisposição do objeto de estudo das posições sociais relevantes sob dois enfoques de definição dos homens representativos, sob a égide da

⁷² Idem, *ibidem*, p. 125.

cidadania igual e da posição definida pelos mais variados níveis de renda e riqueza, auxilia a construção de uma concepção teórica de redução das disparidades sociais na distribuição de ambas, de forma a contemplar os homens representativos menos beneficiados com a sujeição dos demais que ocupam posições sociais relevantes ao princípio da diferença, que admite, como fundamentação prática, a inclusão social por meio de um sistema de regras que permita a correção de desproporções dos princípios da justiça sob as mais distintas contingências sociais.

Por vezes, apenas alcançaremos o êxito esperado em um modelo de sociedade onde a justiça assuma sua feição de equidade se as instituições vigentes se adequarem a um modelo de Estado moderno. Neste se utiliza da justiça procedimental pura para implementar políticas tendentes a abarcar as parcelas distributivas, reduzindo ao máximo a discricionariedade que permeia a seleção dos grupos menos favorecidos, de forma a justificar o exercício do princípio da diferença, segundo os ditames básicos de justiça.

Como instrumentos importantes, nesta árdua tarefa de legitimar as parcelas distributivas, especial atenção é franqueada à constituição de uma dada nação, que por meio de suas regras e princípios estabelece de que forma o princípio da equidade será preservado e as parcelas distributivas da sociedade serão aplicadas para maximização do princípio.

5.5.1. A constituição como instrumento de justiça política

Mesmo que as ações afirmativas não encontrem por meio do mecanismo direto da subsunção sua justificação filosófica no texto constitucional, inexistente razão para defendermos que sua iniciativa é respaldada pelo entrelaçamento de atos praticados pelas diversas esferas do poder político – que discricionariamente determinam onde serão aplicados os recursos provenientes.

Pelo contrário, é por meio do princípio da igualdade ou equidade que as nações encontram o substrato teórico para que, mediante critérios reconhecidamente éticos e a ponderação dos princípios existentes, executem as políticas de cunho compulsório ou voluntário de redução das desigualdades entre os grupos sociais.

Nos moldes cognitivos da teoria da justiça, especial atenção há de ser depositada na constituição, sobretudo por compilar mecanismos de um procedimento justo que satisfaz as exigências de uma liberdade equânime entre os homens. A justiça constitucional satisfaz, assim, a pormenores de um sistema de legislação justo e eficaz que corresponda aos meios de uma assembleia constituinte instituída sob preceitos democráticos que contam com um forte apelo popular.

Transportando a noção de justiça como equidade para o plano constitucional, exige-se que o princípio da liberdade igual seja renomeado como princípio da participação igual. A consequência prática da ideia é a de que a posição original que compunha a estrutura básica da sociedade é transferida para a constituição, de maneira que nela fique consignada e devidamente institucionalizada (positivado), a representação de cada indivíduo de maneira igualitária.

Destarte o transporte da concepção teórica dos princípios da justiça ao aspecto constitucional impende frisar a existência de rigorosas proteções constitucionais, sobretudo sobre uma plêiade de direitos que em conjunto representam os direitos e liberdades básicas do primeiro princípio de justiça, que devem ser garantidos prioritariamente. A mera positivação dos princípios que compõem uma concepção ideal de justiça, por vezes, não são compatíveis para o sucesso do princípio da participação, que desde sua gênese determina que os que estão no poder sintam-se sensibilizados pelos interesses e carências sociais de seus eleitores.

O ideal de aplicação e efetivação dos princípios de justiça na seara constitucional sugere a consecução de três pontos, que na teoria da justiça de Rawls representam circunstâncias cruciais para que o ordenamento jurídico constitucional de uma nação considere a defesa do princípio da liberdade igual

ou da participação igual, quando consideramos a possibilidade de defesa de grupos representativos mediante a edição de emendas constitucionais.

Desta feita, considerando a significação do princípio da liberdade igual cabe o preceito segundo o qual para cada eleitor temos um voto, de tal sorte que a pluralidade de eleitores resta por aglutinar o mesmo peso na determinação do resultado das eleições. Contudo, a mera necessidade da adoção da relação “um eleitor um voto” restará por frustrada nos casos em que a representatividade dos eleitores não seja valorizada sob o prisma geográfico. É por esta razão que acompanhando o preceito citado nasce a exigência de que os membros do poder legislativo representem de forma equânime o mesmo número de eleitores, remetendo-nos, por consequência, à concretização dos distritos legislativos devidamente demarcados segundo uma padronização geral, além da especificação prévia patrocinada pela Constituição de forma imparcial e combativa, contra uma eventual divisão arbitrária e injusta deste território eleitoral em benefício de partidos políticos em prejuízo do eleitorado.

Observa-se, mais uma vez, que o significado da liberdade igual exige também uma fiel obediência ao segundo princípio, sobretudo quanto à acessibilidade aos cargos públicos, sob a ótica da cidadania igual e marcada pelo julgamento de que cada cidadão é apto para participar de partidos políticos ocupando postos de autoridade defensores dos mais distintos grupos representativos.

A extensão da liberdade política aqui compreendida como princípio da participação igual submete-se a uma análise do princípio da igualdade direcionada à execução das políticas públicas, de maneira mais ampla ou mais restrita. Para que a concepção do que venha a ser a manifestação das liberdades públicas de forma mais estendida ou não, devemos considerar novamente de que forma a Constituição identificou tais preceitos, por meio de um procedimento rigoroso ou não, de aprovação de projetos legislativos.

Quando a Carta Política de um dado Estado prescreve a necessidade de atendimento de uma maioria qualificada ou não, para aprovação de um determinado projeto de lei, consolidar-se-á uma maior restrição ou menos extensividade das liberdades políticas, dentre elas a criação de ações

afirmativas. O mais provável temor advindo da extensão do princípio da participação consiste em apreciar a ocorrência ou não da perda do valor equitativo da liberdade política, na medida em que restringimos a participação de todos os setores da sociedade.

A partir do momento em que dispomos de uma pacífica relação entre os mais diversos recursos do constitucionalismo, dentre eles uma declaração de direitos com apreciação judicial, legislativo bicameral e equilíbrio da separação de poderes, a existência de restrições quanto à apreciação e votação de projetos de lei se justifica, desde que restrições semelhantes se apliquem aos demais indivíduos representativos incluindo também a circunstância de que os limites introduzidos atinjam irrestritamente todos os setores da sociedade.

À guisa de conclusão da averiguação dos pontos cruciais para que as Constituições garantam os preceitos de uma justiça política, importantes considerações devem ser tecidas no que pertine a valoração da liberdade política como elemento de apreciação teórica do primeiro princípio da justiça. Como tudo o que fora até o momento debatido, circunscreve-se ao princípio da participação igual em consonância com a criação de um sistema público de regras com o valor principal da liberdade política transmuta-se na garantia de uma oportunidade equitativa de participação e de influência no sistema decisório político, a partir de um regime democrático de liberdade de expressão e assembleia, sem contar a racionalidade da tomada de decisões.

Pois bem, as liberdades defendidas pelo princípio da participação sofrem sensível perda a partir do momento em que os detentores da maioria dos recursos privados utilizam o expediente da distribuição de renda e riqueza para obter vantagem para controlar a sistemática do debate público. Como consequência desta forte influência exercida pelas classes mais privilegiadas, é um maior direcionamento de questões sociais estratégicas nas matérias que proporcionam condições mais privilegiadas àqueles com um *status* social superior.

Pelo que consta das linhas mestras da valoração da liberdade política, nos posicionaríamos ao sabor da sorte e atribuição de dotes naturais, capazes de nos inserir em grupos dominantes agregadores nas principais políticas

públicas de interesse nacional. Contudo, a construção de uma teoria da justiça capaz de preservar a integridade dos princípios convencionados pela sociedade na posição original passa pela correção de distorções sociais capazes de prejudicar a plena elucidação dos princípios. Este arcabouço legislativo culmina na criação das chamadas medidas compensatórias, responsáveis pela preservação do valor equitativo para todas as liberdades políticas iguais.

A implantação das medidas compensatórias se dá por meio das mais distintas formas, passando desde uma maior distribuição dos bens e riquezas remanescentes da propriedade privada, materializada com a adoção de mecanismos mais rígidos e eficientes de tributação, sem contar com uma intervenção política mais ampla que distribuindo as verbas públicas provenientes da arrecadação dos tributos e outras fontes de renda, deve privilegiar uma depurada discussão política para escolha das prioridades para a consecução das políticas públicas. Em um esquema de justiça procedimental pura, voltada para criação das normas constitucionais, as medidas compensatórias do princípio da participação igual e liberdade política se concentram na repartição das subvenções partidárias ofertadas pelos Estados, de tal forma que tornem os partidos políticos autônomos em relação aos interesses privados que carregam as doações conferidas para que os mesmos desempenhem sua vocação representativa.

Os efeitos de uma desproporção de fundos distribuídos entre os partidos políticos resultam em um duplo e devastador efeito, sob a égide de uma democracia representativa. O primeiro destes efeitos reside em uma atenção excessiva oferecida aos setores sociais detentores da larga parcela do capital e produção, fatalmente receberão maiores vantagens nas questões cuja amplitude do *quorum* de representação prescreva uma maior atenção aos interesses específicos. O não exercício da influência política nos debates quanto à distribuição de renda e riqueza incentiva ainda mais a instalação de um clima de apatia e ressentimento, uma vez que os sistemas de regras que preponderaram na organização social não atingem o resultado pretendido sob a batuta da justiça.

A obrigação consistente na elaboração de regras justas por parte da assembleia constituinte, compilando um conjunto de leis que os próprios indivíduos responsáveis por sua discussão e votação devem obedecer, por vezes é ofuscada por interesses espúrios propugnados por setores específicos da sociedade que apontam alguns defeitos do governo constitucional em assegurar a supremacia do valor equitativo da já aclamada liberdade política. A falha apontada por John Rawls junto ao governo constitucional é que no processo político de construção da democracia, nos deparamos em verdade com uma espécie de rivalidade plenamente regulada pelo conjunto de normas. Nota-se que o sistema político permite uma ansiedade pela busca frenética do poder político, que por vezes se acumula com rapidez tornando desigual o ideal de distribuição de renda e riqueza. O Estado neste atual cenário de acumulação desproporcional do poder observa que o seu aparato coercitivo de elaboração de leis que se distanciam da proeminência da consecução do princípio da diferença, ressaltando apenas os interesses dos ocupantes das posições mais privilegiadas, em detrimento das demais desigualdades socioeconômicas.

Uma ponderada explicação do princípio da participação passa obrigatoriamente por uma Constituição justa, capaz de traçar uma estrutura normativa de rivalidade equitativa tanto na discussão de projetos, quanto à ascensão aos cargos políticos. Quando uma sociedade é bem organizada e ordenada constitucionalmente seus eleitores serão bem representados e a legislação aprovada coaduna com os interesses de toda a população, respeitando como pilar de sustentação os dois princípios da justiça. Em que pese a discussão do sistema político não se atrelar especificamente com a teoria da justiça, não podemos negar que o princípio da participação oferece a condição da cidadania igual.

5.5.2. Pressupostos essenciais da justiça distributiva

O ideal da justiça procedimental pura plasmado sobre uma constituição justa nos remete a um senso sobre o qual repousa a representatividade e a participação política igual de diversos setores da sociedade que, por meio de inúmeras deliberações, passam pelo crivo legislativo de um parlamento bicameral sem contar a criação de leis e políticas públicas que satisfaçam o interesse natural dos membros da sociedade como um todo.

Ocorre que a elaboração de um sistema justo de regras constitui apenas um dos pilares de sustentação da justiça como equidade, restando, outrossim, correlacionarmos o problema da justiça distributiva com a implantação de um sistema social. A condução do processo político passa inicialmente por uma valorização da liberdade de consciência e de pensamento como corolários de uma liberdade política equitativa, supondo também que referida equidade não se restringe apenas à elaboração de uma lei justa (primeiro princípio), atestando como consequência principiológica organizada de maneira serial, a igualdade equitativa de oportunidades não consideradas apenas sob um aspecto formal. Esta situação de confluência entre a delimitação de instituições justas capazes de criar uma plêiade de procedimentos assecuratórios dos princípios de justiça e a manutenção de um sistema único composto das mais distintas instituições que lidam diuturnamente com os instrumentos da justiça procedimental pura aplicáveis a situações particulares atingem, sem embargo, o ideal da teoria da justiça amparado pelo sistema social cuja distribuição resultará na justeza dos atos praticados, independentemente das vicissitudes econômicas que permeiam o contexto social.

Para que as instituições básicas alcancem o escopo colimado pelos princípios da justiça, faz-se substancial o desmembramento da atuação governamental de tal maneira que as mais variadas políticas públicas sejam desenvolvidas em favor da coletividade, atendendo, por conseguinte, a setores sociais específicos que privilegiem um duplo enfoque de atuação do governo e legitimados pela Constituição, sob o insigne princípio da equidade que permite ao governo assegurar oportunidades iguais em áreas estratégicas como a educação, cultura, relações de trabalho e celeumas de caráter racial.

Esta análise setorial das instituições carrega à constituição de diversos órgãos ou atividades a eles correlatas, cuja responsabilidade essencial é a respeitabilidade de condições econômicas e sociais. O primeiro dos setores observáveis versa acerca da alocação, voltado para a manutenção da competitividade do sistema de preços, indispensável para coibir distorções do mercado, evitando um desnorreamento dos princípios da justiça, sobretudo na preponderância dos princípios do utilitarismo ou da eficiência no cenário econômico do Estado. As preferências dos consumidores e a observância de circunstâncias geográficas são preservadas ao máximo, antes da atuação do setor de alocação, vez que pode inclusive prejudicar a soberania de outros princípios atrelados aos baluartes da teoria da justiça, dentre os quais a liberdade de atuação econômica. O expediente da utilização de impostos e subsídios como instrumentos de contenção, quanto a desproporção no sistema de preços auxilia a excelência do setor de alocação e suas competentes diretrizes.

Por seu turno, a consecução do princípio da diferença e a ascensão dos indivíduos menos favorecidos simbolizam a missão do setor de estabilização que conforme o próprio nome sugere, propõem uma adequação do contexto socioeconômico à criação de um mecanismo de pleno emprego aceitável no qual a livre acessibilidade a cargos ou funções públicas, advenha de uma escolha racional do indivíduo avaliando de forma ponderada o desenvolvimento financeiro do Estado e a demanda dos consumidores, pressupostos de uma eficiência econômica na teoria geral dos mercados em consonância com os setores sociais carentes de recursos.

A teoria da justiça como vertente justificadora das ações afirmativas não fica a mercê de maneira profunda apenas a uma intensa preocupação econômica de concretude de sua eficiência, ou à política do pleno emprego de recursos tecnológicos ou humanos. Pelo contrário, é notório na doutrina de John Rawls que deve ocorrer uma competente divisão de trabalho entre as partes do sistema social, atendendo às expectativas dos preceitos de justiça vinculados ao senso comum.

O ponto inicial de apreciação do setor de transferências é a prospecção e garantia de um mínimo social que por vezes o sistema de preços não pode

proporcionar. Por mais que a regulação dos mercados atenda a posições relativas de maneira competitiva, pelo setor de transferências há de ser fixado um peso a ser direcionado às normas convencionais de salários e rendimentos com vistas a atender às exigências das classes menos abastadas. A função preliminar dos princípios da justiça consistirá não apenas na regulação de sua estrutura orgânica como um todo, destinando por sua vez a regulação do equilíbrio de seus preceitos consoante os ditames da ideologia política implícita no Estado.

As instituições básicas do setor de transferências almejam alocar a renda total composta pelos salários e demais rendimentos acrescidos de transferências, cumprindo as exigências da pobreza e de uma qualidade de vida minimamente adequada que permanecem obscuras pela política econômica de ampla competição do mercado, onde a eficiência pode vir a prevalecer sobre a diferença.

O princípio da diferença é aplicado segundo um viés legislativo de preservação dos indivíduos e de seus descendentes em face das situações contingenciais do mercado. Desta forma, com a fixação de um mínimo pelas transferências, parte da renda obtida com a modelagem de um sistema de preços atende aos reclamos de parte da população que não é inserida na justa repartição de renda e riqueza em um esquema de cidadania igual, enquanto que o restante dos recursos obtidos atende ao modelo competitivo do mercado econômico vigente, desde que não ocorram excessos na acumulação e aplicação dos recursos dele provenientes.

Por mais que surjam contundentes críticas às intervenções governamentais na seara econômica, não podemos nos esquecer que a acumulação material de bens encontra sua limitação na análise da situação social e da plena igualdade de posições e cargos acessíveis a todos, de tal forma que o princípio da garantia de um sistema de liberdades iguais prepondere sobre a eficiência econômica que regula o princípio do utilitarismo em sua completude. Constituindo a premissa de que o mercado, para responder às principais reivindicações dos menos favorecidos não se credencia como adequado ao atendimento dos desígnios da justiça, esse deve receber

especial cuidado de um órgão separado constituído para cumprimento dos anseios do setor.

Talvez a única indagação que remanesça do setor de transferências se restringe à elucidação se os princípios da justiça colocados a prova serão ou não satisfeitos sob a luz da ampliação das expectativas pessoais a longo prazo, dada a virtude de agirmos de forma obediente às restrições da liberdade igual descritas no primeiro princípio, associadas à igualdade equitativa de oportunidades. A resposta, no entanto, sofrerá variação dada a configuração da teoria de justiça como um sistema que considera todos os vértices de interpretação para harmonização de seus preceitos.

Como forma de fechamento dos setores essenciais da justiça distributiva, emerge o respectivo setor de distribuição e sua tarefa precípua de garantir uma espécie de “justiça aproximativa” que conglomerar as partes carecedoras de constantes ajustes na repartição de renda e riqueza. O setor de distribuição utiliza diferentes parâmetros para execução de seus objetivos. A título de exemplificação, citamos o princípio da tributação progressiva discutido por Rawls, como uma medida voltada para uma provável digressão do direito de propriedade como condição fundamental para satisfação do primeiro princípio de justiça.

Considerando que as instituições venham a correr riscos a partir do momento em que as desigualdades quanto à acumulação de riquezas excedam um limite razoavelmente disposto pelas regras oriundas da justiça procedimental pura, o setor de distribuição passa a agir compatibilizando a liberdade e a igualdade equitativa de oportunidades, fortalecendo as instituições básicas⁷³.

É por esta razão que as políticas governamentais adotadas no âmago do setor de distribuição possibilitam que o governo venha a receber uma parte dos recursos da sociedade para que, em contrapartida, forneça os bens públicos necessários para a satisfação das classes menos abastadas efetuando o pagamento de transferências para o regular equilíbrio do princípio da diferença.

⁷³ Idem, *ibidem*, p. 307.

A fiel regulação quanto à distribuição de riquezas faz com o administrador público utilize dos instrumentos que uma constituição justa coloca à disposição para a consecução dos ajustes que se sobrepõe em um esquema de justiça procedimental pura. A carga tributária surge como uma das ferramentas disponíveis à consecução de tais atos, de maneira que seu escopo por vezes não é o de aumentar o nível de arrecadação com vistas a incrementar o fluxo de caixa da máquina estatal, mas sim patrocinar a correção gradual e contínua da distribuição de riqueza, impedindo, por conseguinte a concentração de poder nas mãos de grupos minoritários e específicos que não atendam aos reclamos de outros grupos, que mesmo não exercendo uma posição social dominante, participam das deliberações rotineiras da política fazendo jus por assim dizer à prerrogativa de defesa dos princípios da justiça canalizados a seu favor.

Referindo-se a um modelo justo de tributação, o debate sobre a justiça distributiva passa a circundar sobre a temática de escolha do melhor modelo que muito antes de segregar qualquer das partes da teoria da justiça, garante que o princípio da diferença seja mantido em sua integralidade sem esmorecer os indivíduos a buscarem a realização de seus sonhos e projetos de vida racionalmente considerados, sobrelevando a felicidade na execução dos seus planos de forma ética e em consonância com uma racionalidade deliberativa.

Ao valorizarmos a tributação proporcional como um dos modelos eleitos por Rawls, destacamos inicialmente que a mesma é preferível a um imposto sobre a renda, como forma de exemplo, pois esta modalidade de tributação regula o cálculo do imposto sobre o quanto o indivíduo retira do estoque de bens disponíveis no mercado e não sobre o que de fato o mesmo contribui para o fluxo de riquezas presentes em uma sociedade justa. Considerando a tributação progressiva marcada pelo nível de riqueza extraído do meio social pelo contribuinte, Rawls observa que todos passam a ser tratados de maneira uniforme defendendo por conseguinte as camadas sociais menos privilegiadas como os dependentes dos contribuintes, ou aqueles que não retiram uma quantidade desejável de bens que fomente a supremacia do princípio da diferença.

Em verdade, quando tratamos dos princípios da justiça e seu reflexo no plano econômico o administrador pode enveredar tanto para escolha de uma tributação progressiva, como para uma que se instale sobre a renda. O que há de prevalecer no momento da escolha, são as consequências políticas, mormente na apreciação às consequências reflexas aos demais setores da sociedade. Materializando a discussão, o projeto de tributação progressiva convive de maneira relativamente pacífica, ao propósito de proteção da estrutura básica inerente à defesa de um sistema de liberdades básicas atrelada à igualdade equitativa de oportunidades, evitando assim um desequilíbrio no acúmulo de propriedade e poder por parte dos grupos dominantes. De outra banda, circunstâncias políticas e uma conjuntura econômica vigente em um dado momento da história, determinam a adoção do modelo de tributação proporcional de tal sorte que os mesmos podem interferir no estímulo, contribuindo ao final para uma gradativa e contínua redução das disparidades existentes.

Superada esta etapa de escolha de um esquema de tributação mais justo, pautado no que o indivíduo efetivamente retira em termos de riqueza da sociedade, não se pode deixar de observar o deslinde de um modelo justo de sociedade amplamente garantidora dos princípios da justiça. Faz-se necessário por vezes volver os olhos e as políticas governamentais para um esquema que se credencie como menos injusto cabendo-nos, portanto avaliar de que maneira se dará a reação dos indivíduos e grupos sociais dominantes acerca da ideologia que marca a preponderância da justiça distributiva no seio da sociedade, haja vista a necessidade de manutenção da autonomia humana em todos os sentidos.

A teoria da justiça, ao situar os indivíduos como protagonistas em um contexto social de justiça em um estado inicial sob a égide do véu da ignorância, presume que mesmo dotados da intenção de agir racionalmente na escolha dos princípios que acompanharão sua convivência com os semelhantes de maneira harmônica, os indivíduos e grupos apresentam propostas concorrentes daquilo que para eles constitui a melhor maneira de aplicar os recursos governamentais para eliminar a desigualdade reinante em um dado setor da sociedade ou política estatal.

Por óbvio que o alcance da felicidade plena caracteriza um dos objetivos centrais dos indivíduos enquanto partícipes de uma sociedade que prega uma racionalidade na elaboração de projetos de vida onde os juízos ponderados de valor possam servir como premissas de interpretação para o alcance de uma decisão racionalmente justa.

Entretanto, voltados a uma teoria contratualista, estamos todos associados a uma sinergia do que porventura signifique o bem ideal. Quando todos aceitam sem questionamentos a instituição de medidas advindas das autoridades competentes que regulam e concentram as decisões políticas relevantes nos planos social e econômico, alcança-se um modelo que se credencia como além da justiça. Neste aspecto de compreensão, cabe observarmos que a coerência espontânea dos grupos aos objetivos traçados pode ser obtida sem os mecanismos de coerção impostos por uma Constituição justa, ressalvando, porém, que por vezes esta intervenção governamental e porque não de entidades privadas preocupadas em reduzir as desigualdades no âmbito das atividades que desempenham, se faz necessária atentando-se apenas ao fato de que esta intervenção se deve dar segundo perspectivas que consolidem a autonomia humana.

Conclusivamente, a análise do setor de distribuição comporta uma apreciação quanto ao montante dos gastos públicos dirigidos à efetivação da distribuição de renda e riqueza, apoiado no princípio da diferença. O pensamento que merece prosperar nesta área implica que o total dos gastos públicos bem como a respectiva fonte de receita já está definido, resultando ao final em um estímulo de distribuição justa, independentemente do modo como a mesma venha ser procedida pelas autoridades.

A partir do decurso do tempo e a realização de uma poupança justa entre as gerações possibilita a elaboração de um esquema de distribuição de renda e riqueza em consonância com os princípios da justiça, podemos considerar uma mudança de orientação governamental visando uma máxima perfeição na aplicação dos recursos. Esta nova direção nominou-se setor de trocas, consistente em um corpo especial de representantes que após analisarem as carências sociais por recursos públicos em setores específicos, decide pela aplicação ou não dos mesmos.

Salientamos que inicialmente não se vislumbra uma distinção com o princípio da participação sob a égide do ideal “um eleitor um voto”, onde a preocupação primeira consiste na discussão e posterior votação de um esquema justo de regras que compiladas darão à luz um conjunto de normas positivadas organizadas de maneira sistemática, regulando a forma e exercício das atividades do Estado além dos direitos e deveres dos indivíduos, com especial ênfase aos direitos e garantias fundamentais. O momento de instituição do setor de trocas é estipulado pela primazia da justiça dos projetos de lei, seguindo o critério da unanimidade proposta por Wicksell e citada por Rawls em sua teoria da justiça. A aprovação de determinado gasto público somente será possível caso haja um competente acordo acerca dos meios para cobrir seus custos, resultando na unanimidade das decisões acordadas, ou no máximo de convergência de posicionamentos que puder ser alcançado.

Em síntese, o manejo adequado do setor de trocas demanda a justiça da distribuição de renda e riqueza existente, considerando as políticas de tributação e concentração da propriedade. Posteriormente, incentiva-se a ideia de criação de um corpo representativo paralelo ao Poder Legislativo outrora escolhido, pois nesta primeira etapa de criação de leis, os representantes estão cobertos pelo véu da ignorância, preocupando-se assim na elaboração de normas que garantam uma igualdade formal e material sob o esquema da justiça procedimental pura. Por outro lado, o setor de trocas estimula uma organização comercial incentivadora do princípio da eficiência quando o mercado apresenta falhas. Ainda que se trate desse princípio, a concepção de justiça é atendida, pois o benefício que a distribuição do acréscimo de impostos acarretará, reflete diretamente na manutenção do princípio da diferença e na formação de uma poupança justa entre as gerações.

5.6. A fixação dos preceitos de justiça e a base da igualdade

Desde a elaboração da ordem executiva nº 10.925, no ano de 1961, o presidente John F. Kennedy deu início a um novo capítulo na história política norte-americana regulando inicialmente as disposições concernentes ao

acesso equânime ao mercado de trabalho, como se deu com a *Equal Employment Opportunity Commission*, para em um âmbito posterior, fazer uso do princípio da igualdade a fim de reduzir as disparidades em outros setores menos favorecidos.

Concebendo esse princípio em um modelo de justiça procedimental pura, o entendemos alicerçado de maneira formal, compilada no ordenamento jurídico dos Estados que o fundamenta e o legitima, sob o manto protetor da Constituição. Ocorre que, por mais que tenhamos uma constelação normativa reguladora da igualdade, a mesma deve ser canalizada para sua efetiva aplicação nos casos particulares de maneira que não se contente única e exclusivamente na competente subsunção do fato à norma, como preleciona a estrutura jurídica do Estado, sob o prisma de um modelo positivo de normas, mas sim em um ambiente de igualdade que se dá perante os bens da vida no seio da sociedade.

Assim sendo, a regulação contemporânea do princípio da igualdade passa por um íntimo relacionamento entre o aparelho coercitivo do Estado, devidamente institucionalizado em um conjunto de regras que procuram coibir uma má utilização da ordem jurídica disponível, conjuntamente a um trato substancial do mesmo conceito, considerando para tanto a situação concreta apresentada, a qual determina uma ponderação de valores socialmente reconhecida que analisa o cenário histórico. A disposição da realidade social historicamente concebida será decisiva para que certos grupos ou classes sociais venham a merecer um tratamento desigual hipoteticamente considerado.

A real necessidade atinente à justificativa filosófica das ações afirmativas, segundo a teoria da justiça de John Rawls, suscita no presente momento a busca por preceitos de justiça que condicionem o administrador público na execução de medidas de correção das injustiças praticadas no passado, sem contar o escopo mitigador de falhas no tratamento equitativo que todos os indivíduos merecem por pertencerem à mesma sociedade no contexto contratualista.

Por parte do Poder Judiciário, por mais que no capítulo seguinte nos debruçaremos de maneira mais profunda na consideração integrativa do direito

na teoria de Ronald Dworkin, podemos considerar que os principais órgãos judicantes ao redor do globo e de maneira específica, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, vêm decidindo de maneira rigorosa nos casos a ela direcionados em matéria de ações afirmativas, considerando como prioridade a obediência aos pressupostos da justiça procedimental pura e à consecução do princípio da igualdade equitativa de oportunidades e, de forma subsidiária, à aplicação da justiça distributiva ou compensatória pelos magistrados, visando regular o caso concreto à fiel exegese da Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana.

Volvendo nossos olhos à construção de preceitos de justiça capazes de nos auxiliar na melhor compreensão do conceito de justiça racionalmente lapidado, devemos apontar certas prioridades como vértices interpretativos dessa teoria que, ao final, julgará a ação afirmativa como constitucional ou não, segundo as regras procedimentais previstas por um dado Estado. Conforme já vimos, em uma plêiade de prioridades defendidas pelos indivíduos representativos dotados de cidadania igual, a distribuição de renda e riqueza almejada por todos os grupos é entendida como um denominador comum em sede de busca do senso de justiça. Entretanto, quando nos debruçamos detidamente sobre as principais deficiências comuns à parcela dos Estados menos desenvolvidos, ou mesmo que atinjam devido índice de desenvolvimento humano, deixam de suprir nichos importantes das demandas sociais básicas como trabalho, saúde e educação. Percebemos que da mesma forma que o sistema total das liberdades básicas deve ser almejado, as desigualdades sociais reais e concretamente dispostas também devem ser dissipadas com a consequente criação de um aparato técnico de medidas que produzam resultados maximizados na seara igualitária de acesso a cargos para todos os indivíduos.

Sempre que os preceitos de justiça são levados à cabo, a conceituação da justiça distributiva deve ser trazida à luz, não apenas como uma das etapas de realização das repartições dessas parcelas. Entendendo-a isoladamente, a justiça distributiva goza de um amplo componente de justiça procedimental pura, onde abstrações teóricas lastreadas em informações sobre preferências e reivindicações não conduzem a uma compreensão adequada, obrigando por

consequente, uma metodologia diferenciada segundo parâmetros mais gerais, cujas regras procedimentais atribuem maior segurança jurídica às instituições, sem contar os objetivos sociais racionalmente concebidos no estágio inicial de desenvolvimento dos homens.

Desta feita, não devemos associar os preceitos de justiça com os ideais e reivindicações nascidas do senso comum, onde no mais das vezes, o princípio do utilitarismo pode vir a ditar as regras econômicas em detrimento do já debatido princípio da diferença. Como forma de exemplificar os preceitos de justiça regulados pelo senso comum, Rawls explicita uma das formas de encarar os princípios da justiça quando dispõe que cada indivíduo será beneficiado de acordo com sua habilidade, na medida em que para cada um será disposto de acordo com suas necessidades⁷⁴. Notemos que em uma visualização preambular, estes princípios parecem tentadores e verdadeiros, de tal modo que os indivíduos sentir-se-ão tentados a segui-los acreditando que se tratam de princípios maximizadores das expectativas sociais.

Porém, o princípio acima transcrito encontrará respaldo somente em uma sociedade capaz de garantir aos cidadãos uma igualdade equitativa de oportunidades. Neste modelo ideal, os preceitos de justiça são plenamente factíveis, pois o que considera que cada um receba de acordo com sua contribuição, carrega consigo outros fatores subjacentes, dentre os quais uma especialização profissional e irrestrito acesso aos meios de educação. Não existindo imperfeições no mercado para empréstimos, concessão de subsídios, seja nos setores de alocação, especialização ou transferências, a contingência de indivíduos qualificados será significativamente maior. A missão substancial deste princípio predisposto pelo senso comum consistirá em reduzir o peso que a especialização e o acesso incondicional à educação irão simbolizar em uma sociedade justa, ultimando apenas a valorização do preceito que cada indivíduo receba de acordo com o seu esforço.

Temos assim, a guisa de uma conclusão preliminar, que mesmo o senso comum pode conter disposições afeitas aos preceitos de justiça e funcionarem como excelentes indicadores dos setores mais carentes de atenção por parte das instituições. Aqui cabe um recorte epistemológico, pois

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 336.

não somente o Estado por força das políticas públicas engendradas por órgãos específicos é capaz de obedecer *in loco* o princípio da igualdade. O desvirtuamento da ordem jurídica pode ser observado e combatido pelo Estado e pela sociedade, esta última mediante a elaboração e execução dos já aclamados “*Voluntary Affirmative Action Plans*”, veiculadores de medidas de discriminação positiva na defesa das minorias. Como vimos ao longo deste estudo, um sem número de políticas governamentais foram criadas, privilegiando o princípio da diferença, o que culminou em uma lacuna legislativa e administrativa de adequação da aplicação do princípio da diferença pelo próprio particular.

Esta preocupação também rondou a Suprema Corte norte-americana preocupada em fixar diretrizes para que os preceitos de justiça enraizados no bojo da Constituição pudessem ser observados e preservados, quando inexistisse uma lei específica para que as empresas instituísem programas próprios de ações afirmativas. No caso já mencionado envolvendo a *United Steelworkers of América v. Weber* (443 US, 193-1979), os juízes da mais elevada corte de justiça dos Estados Unidos ampliaram a compreensão teleológica da Constituição, provando mais uma vez que em várias oportunidades a igualdade formal plasmada em um sistema justo de regras, não reluz de maneira adequada à base da igualdade em uma teoria da justiça, onde a consecução de um plano racional e transfigurado dos objetivos pessoais de máxima satisfação dos homens deve vincular-se aos princípios escolhidos pela sociedade como um todo, após um árduo processo de racionalidade deliberativa. A priorização da regra da liberdade sob um esquema lexical de liberdades básicas e uma coerente ordenação das desigualdades econômicas prevalece sobre as demais, frente à estruturação e instalação de programas de ações afirmativas.

Consoante a adequação dos princípios e preceitos de justiça, ousamos agora tratar nesta singela análise da teoria da justiça de John Rawls, de que forma os seres humanos devem ser vistos para que suas características preencham os requisitos objetivamente considerados de justiça e racionalidade no pleno deliberativo.

Resta claro que uma das consequências da execução do plano teórico é a aplicação das restrições da justiça em nome do alcance cada vez mais amplo de suas concepções. Para tanto, consideramos por hora três diferentes níveis sob os quais o conceito da igualdade é entendido. O primeiro deles se refere ao aparato estatal e controle das instituições de maneira que o sistema público de regras de proposição dogmática de justiça procedimental pura leciona uma fiel observância do aparato legislativo no caso do Estado manter por excelência, um sistema positivo de normas admitindo também uma vertente mista quando consideramos o modelo jurídico norte-americano e a influência dos precedentes judiciais para construção de uma regularidade na compreensão de certas matérias.

É certo que amadurecendo uma representação da justiça sob o aspecto procedimental, não resta dúvida que o já descrito senso comum não constrói princípios de aplicação formal, haja vista a eleição de representantes legitimamente alçados ao cargo de representantes do povo na construção de um sistema político de regras formalmente válidas e que defendam os dois princípios da justiça.

A problemática surge então quando consideramos o significado da igualdade à luz dos princípios da justiça aplicados às situações do cotidiano, considerando como decorrência natural, a capacidade e o potencial de compreensão e racionalidade dos indivíduos socialmente agrupados, de se deixarem guiar por estes princípios. Procurar-se-á sempre aperfeiçoá-los frente à sua realidade sem prejudicar o plano racional de vida incentivador da maximização do prazer dos homens.

Presumimos que quando da escolha dos princípios da justiça, sem contar outros que colaboram com a construção de uma sociedade justa marcada por uma convivência pacífica entre todos, os homens nascem com certos deveres inatos, positivos ou negativos, mas que em sua essência congregam valores básicos, tais como o auxílio ao próximo quando este se encontra necessitado ou correndo algum perigo, o dever negativo de não causar um sofrimento desnecessário, dentre outros. A exemplificação trazida à lume se faz pertinente, pois de outra arena precisamos considerar o dever da

justiça como outro importante fator natural do homem, cuja busca frenética por vezes leva a repercussões distintas sobre o mesmo dever.

É principalmente sobre esta dicotomia associada aos deveres naturais e os deveres para os indivíduos predispostos pelas instituições que reside o ponto equidistante que credencia o homem ao direito à justiça de possuir uma concepção própria do que venha a ser o bem, sem contar a predileção pelo senso de justiça que somente após a deliberação por pessoas éticas, têm como objeto o consenso sobre determinadas noções, tais como a equidade, a felicidade, o respeito mútuo notabilizando outros princípios que governam nações inteiras.

Todos aqueles que participam da posição original de deliberação dos princípios, possuem uma personalidade ética potencial fazendo jus a uma justiça equânime que nasce de um conceito de justiça e de justo. Conforme um equilíbrio refletido correspondente aos juízos ponderados dos indivíduos frutos de circunstâncias naturais de razoabilidade, cada membro ético da sociedade está ligado às instituições de maneira independente de seus atos voluntários.

Adotando como premissa a personalidade ética e a conduta moral dos cidadãos como atributos suficientes para garantia de direitos, salientamos o posicionamento daqueles que não gozam de uma potencialidade ética suficiente para serem agasalhadas pelos princípios da justiça. O problema levantado recebe profícuos comentários de John Rawls, quando o mesmo salienta que não existe na sociedade, etnia ou grupo reconhecido de seres humanos que careçam de um atributo ético potencial. O que de fato existe, são indivíduos que por conta de consequências sociais precárias ou circunstâncias fortuitas, não conseguem realizar nem sequer em um grau mínimo, a materialização dos objetivos da justiça como equidade. Novamente estamos defrontes a uma explícita demanda de coordenação social dos problemas apresentados, que deverão ser governados pela aplicação do princípio da diferença em busca do manejo adequado do princípio da igualdade.

O potencial ético intrínseco a cada pessoa, conflui a outro nível de aplicação do conceito da igualdade que versa justamente na obtenção de um sustentáculo próprio justificador do conceito, haja vista que a compreensão deste ideal apenas sob o foco de atributos naturais, não irá nos fornecer uma

leitura correta. Na teoria contratualista até o momento disposta nos parece que a igualdade entre os seres humanos consiste em uma constelação de procedimentos e regras tutelados pela Constituição e de aplicabilidade plena a todos aqueles que coadunam com o sistema posto. Uma contextualização da igualdade regularmente estatuída em um sistema de regras onde a inversão do ônus da prova representa por vezes a garantia de que a abstração dos casos concretos levados à subsunção do fato à norma, ou o constante exercício da ponderação de valores, os quais também são alçados à categoria de regras, não retratam uma interpretação consentânea com a configuração da base da igualdade.

A pureza da igualdade se vincula em um sentido distinto, onde uma eficiente atribuição do ônus da prova, carregada a outros aspectos regulatórios do devido processo legal não é suficiente para consagrar os princípios da justiça como esquemas ideais de manutenção da isonomia. Entendida sob a forma de dotes naturais, a igualdade admite e convive de maneira plena com os mesmos, desde que o princípio da diferença possa fazer sua parte em nome de um esquema harmônico de cooperação social. Um mínimo de personalidade ética, mesmo desacompanhada da manifestação de dotes naturais, como se dá com as crianças, possui o condão de inseri-las no rol dos destinatários da justiça, inclusive com uma prioridade superior aos adultos que já desenvolvem um estágio superior de potencialidade ética. Portanto, tão importante quanto vislumbrar a teoria da justiça como uma vertente procedimental pura somos instados a considerá-la no âmago das discussões morais que nascem no caso específico.

Ainda neste tocante, interpretar os casos específicos significa uma espécie de complementação natural da justiça como equidade, juntamente com a apropriação teórica do senso de justiça ofertado pela regra procedimental. Conforme já fora discutido, o valor intrínseco das pessoas, sua conceituação individual sobre o justo não podem ser objeto de análise sob pena de solapar o esquema teórico utilizado para a consecução de seus objetivos. Uma perfeita simbiose entre ambas as definições de igualdade (formal e material), é a palavra de ordem para que a cooperação social seja satisfeita em seu nível mais elevado.

A metodologia hodiernamente utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos considera a igualdade como um valor constitucional amparado por uma apreciação regulada por normas próprias, que variam desde a temática a ser levada a cabo para apreciação, como o rigoroso exame que é feito sobre a disciplina especificamente considerada que deverá atender em sua essência, algum dos interesses governamentais cogentes de redução da desigualdade. Percebemos da apreciação desta sistemática própria, que a grande maioria das decisões trazidas à flor neste estudo por parte dos *Associates Justices*, privilegiam uma constante adequação formal do caso às regras especificamente consideradas. Por outro lado, os magistrados apreciam o mérito das decisões aplicando o princípio da diferença onde mais ele se faz necessário, praticando o controle de constitucionalidade das leis moldando e atualizando a Constituição às demandas sociais.

Uma constante inter-relação entre os dois princípios de justiça idealizados por Rawls constitui a base plena da igualdade que prioriza uma ordem lexical de manutenção do sistema de proteção das liberdades iguais, que por sua vez, apenas sairá do plano formal se e somente se, regular a estrutura das organizações sob o manto da igualdade equitativa de oportunidades. A não suscetibilidade ao princípio do utilitarismo, tampouco aos auspícios de um único caso concreto isoladamente considerado centralizam a prioridade ofertada ao primeiro princípio, fruto de um consenso da posição original, colaborador para que consideremos as pessoas detentoras de direitos independentemente de sua condição social.

A proposta deste capítulo de justificar filosoficamente as ações afirmativas por meio da teoria da justiça erigida por John Rawls, parte justamente da premissa segundo a qual priorizando o sistema de liberdades iguais para todos, conseguiremos abstrair os setores sociais mais carentes, para a partir de então nivelar uma manifesta desproporção na concessão de direitos de uma sociedade considerada como justa.

6. A teoria construtivista do direito e a redução da discricionariedade judicial nas ações afirmativas

A atualização do texto constitucional frente às contingências de um novo milênio constitui a tarefa não apenas do legislador, mas principalmente por parte dos magistrados e demais operadores do direito de um modo geral.

Os princípios de justiça e sua competente relação com as bases da igualdade sob uma óptica da ordem lexical de congratulação das liberdades iguais e a plena capacitação de uma igualdade equitativa de oportunidades, remontam a uma teoria capaz de proporcionar a segurança jurídica em concomitância com a redução da discricionariedade judicial. A racionalidade da decisão do juiz, aqui vislumbrada como o alcance de uma única decisão judicial correta para cada caso, contrapõe outras propostas de solução de lacunas interpretativas que afloram da complexidade do caso concreto, tais como aquelas propostas realistas, positivistas e até hermenêuticas que visam à sua maneira capacitar uma decisão judicial justa. A função atribuída ao direito de fonte integradora da ordem jurídica sob o prisma social assimila uma aceitabilidade racional e uma decisão consistente voltada à evolução atrelada ao direito como um todo.

Com vistas a descrever sua teoria, Ronald Dworkin critica algumas teorias do direito que tentaram operacionalizar a racionalidade da atividade jurisdicional, de maneira que não mantivesse qualquer relação com o direito natural, marcado pela vigência de padrões de ordem suprapositiva⁷⁵.

Sob a batuta da concepção positivista tentou-se desvincular o direito da política, de tal forma que a existência de um sistema de direitos alheios a princípios não jurídicos fosse suficiente para regular a ordem jurídica mediante o balizamento por uma regra básica, capaz de decidir a validade das normas que delas emanam por conta de subordinações precisas partindo de um processo de positivação ao invés de uma análise voltada ao fundamento racional da norma jurídica.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol.I. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247

Distintamente do positivismo jurídico, a corrente da hermenêutica jurídica nos convida a uma pré-compreensão de ordem valorativa, estabelecida numa relação inicial entre a norma vigente e o estado de coisas. A pré-compreensão ora mencionada faz uso de instrumentos que se situam no ambiente histórico da tradição social esculpindo na mente do juiz uma interpretação caracterizada pelos *tópoi* construídos a partir de uma concepção ética tradicional. Partindo da validade das decisões jurídicas a partir de uma análise histórica da sociedade, do Estado e porque não da evolução da ordem jurídica surge o realismo e sua aversão ao mecanismo da decisão judicial plasmada única e exclusivamente em argumentos extrajurídicos. A consequência da valorização desta teoria é um entrelaçamento cada vez maior entre direito e política como ferramentas de interpretação racional do direito e do controle de comportamento.

A finalidade almejada por Dworkin ao criticar as teorias citadas, consiste na apresentação de uma teoria que não seja fundamentada em argumentos não jurídicos descaracterizando a manutenção da garantia do direito, tal como ocorre na filosofia realista. Em oposição ao positivismo jurídico cabe observar que a redução da discricionariedade judicial provoca uma atenção maior aos princípios em oposição à compreensão do positivismo apenas por meio de procedimentos determinados pela norma fundamental. Trazendo a tona a hermenêutica jurídica, esta não viabiliza, de acordo com os ensinamentos de Dworkin, a fixação de uma base convincente direcionada à validade de decisões jurídicas onde existe uma sociedade pluralista, marcada sobremaneira por diferentes forças que concorrem entre si segundo os interesses dos indivíduos⁷⁶.

Desta feita o primeiro passo para que a teoria construtivista de Dworkin possa surtir efeito faz-se necessário que os intérpretes cheguem a uma compreensão unívoca acerca do que seja o direito. Defende nesta mesma esteira o renomado filósofo que a elaboração de uma teoria sobre os fundamentos do direito não coaduna com a visão de que o mesmo se circunde a uma esfera argumentativa, diferente dos outros fenômenos sociais que

⁷⁶ Idem, pp. 247-251.

posicionaram o intérprete do direito segundo uma postura externa, de ausência quanto à consecução dos fatos sociais.

Pelo contrário, a doutrina propagada por Ronald Dworkin, campeia uma ativa participação do crítico como participante da prática social argumentativa, aventando sua opinião sobre aquilo que considera plausível ou não no esquema argumentativo⁷⁷. A atividade argumentativa aqui narrada se contrapõe a certas concepções filosóficas que adotam a concepção do direito e suas regras de uso como mecanismos de auxílio de ligação do direito ao fato histórico de forma pura e simples. O desenvolvimento de teorias associadas à avaliação da proposição jurídica de forma literal, atribuindo à lei um significado acontextual independente de qualquer informação especial sobre a contextualização de seu uso ou as intenções que marcaram a sua gênese, mormente a intenção do legislador, receberam o rótulo de teorias semânticas do direito, usualmente empregados por advogados, juízes e um sem número de intérpretes.

Estabelecendo bases concretas de elucidação das divergências teóricas, Dworkin aponta que diante de distintas atribuições de solução dos casos nebulosos, também chamados de *hard cases*, uma das saídas capazes de esclarecer e justificar a intervenção livre do magistrado reside na competente diferenciação de princípios e regras e sua aplicação na ordem jurídica. Considerando as regras como o conjunto de normas concretas, direcionadas a uma aplicação específica ao caso hipoteticamente considerado e os princípios aliados às qualificações essenciais do ordenamento jurídico, vetores de interpretação mais gerais, porém ausentes de mecanismos efetivos de interpretação. Salienta-se que tanto os princípios como as regras possuem uma perspectiva de obrigação distanciando-se porém um do outro, quando levamos em conta a aplicação específica da norma jurídica ou sua ausência de especificidade, tal como ocorre na aplicação prática dos princípios.

A observação de Dworkin no tocante das regras e princípios no espectro decisional implica em uma legitimação de seu conteúdo sob a égide

⁷⁷ DWORKIN, **O império do direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 17-18.

de princípios e não de procedimentos. O raciocínio utilizado sob este enfoque consubstancia-se no fato de que enquanto um conflito entre regras é solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção, sem contar a mera declaração de invalidade de uma das regras, um conflito fixado entre princípios encontra seu substrato na prevalência de um deles, mediante o estabelecimento de uma ordem transitiva entre princípios conflitantes resultando ao final na elevação de um princípio em detrimento de outro, sem retirar, contudo sua plena validade.

Ratificando a teoria de Dworkin e sua compreensão construtivista Habermas descreve que no modelo proposto por Dworkin supera-se a visão até então vigente do positivismo jurídico, como um sistema fechado de regras específicas de aplicação e representação do direito decorrente da ciência normativa que pressupõe a existência da norma fundamental⁷⁸. Sobrelevando esta ideia puramente positivista, Dworkin propaga que a interpretação coerente e eficaz ultrapassa as fronteiras da hermenêutica jurídica e das tradições jurídicas consuetudinárias centralizando sua apreciação teórica no processo de interpretação construtiva do direito, cabendo aos juízes de forma geral o alcance de uma racionalidade no processo de compreensão, onde o intérprete vem atribuir uma intenção e um significado sobre aquilo que debruça demonstrando-a em sua melhor condição atinente ao grupo em que pertence.

A indeterminação do direito decorrente da discricionariedade judicial cede espaço à integridade como intenção suprema do direito servindo-a de vertente valorativa e orientadora da atividade do magistrado⁷⁹. De maneira sintética, a reconstrução do direito vigente deve ser aplicada no momento da prolação da decisão tanto nos casos fáceis como difíceis impondo critérios de dedução lógica da análise do direito considerando a sua força argumentativa.

Dworkin se preocupa de forma lapidar na busca por princípios e determinações de objetivos válidos justificando assim a ordem jurídica segundo seus elementos essenciais ensejadores da coerência das decisões emanadas. A ideia de direito como integridade conjuga todos os argumentos de ordem

⁷⁸ Idem, ibidem, pp. 258-259.

⁷⁹ LUÑO, Antônio-Enrique Perez. **Soberania popular y Estado de derecho**. In: *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.366.

principiológica racionalmente construídos e que legitimam a decisão judicial não eivada de discricionariedade, cabendo ainda à teoria atribuir os pormenores deste entendimento, com o restará a partir de agora observado.

6.1. A tese dos direitos para Ronald Dworkin e a abertura de uma nova vertente de interpretação das ações afirmativas

Dworkin procurou de maneira incessante inserir no contexto do positivismo jurídico, uma teoria dos casos difíceis, segundo a qual quando uma ação judicial específica não pode ser submetida de maneira precisa a uma regra de direito previamente disposta pelo Estado ou instituição, cabe ao juiz, consoante preceitua esta teoria, “o poder discricionário” para a promoção da decidibilidade do caso concreto.

O princípio do *non liquet* que atribui ao magistrado o dever de decidir o caso em tela, faz com que o julgador se debruce sobremaneira na árdua tarefa de descobrir quais são os direitos inerentes às partes não cabendo ao mesmo o descobrimento de direitos aplicados de forma retroativa. A necessidade da atribuição da decisão judicial em confronto com os casos difíceis incentivou Dworkin ao estudo de um novo mecanismo da teoria da decisão judicial que confere aos juízes a incumbência da criação de um novo direito, agindo como representantes do poder legislativo. Por mais que esta assertiva possa parecer contraditória diante da afirmação outrora proferida de que não constitui *mister* do juiz criar leis como substituto direto do Poder Legislativo, lembramos que a delegação proposta por Dworkin congrega um nível mais profundo de subordinação do julgador diante do legislador, colocando assim, termo em qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos considerados pelos legisladores como difíceis, avaliando todas as nuances conceituais e políticas dos direitos e deveres das partes envolvidas.

A coerente distinção e posicionamento do magistrado e sua tarefa precípua de legislar de forma secundária provocou a criação de uma distinção

fundamental no âmago da teoria política aqui plasmada sob a forma dos argumentos de política e dos argumentos de princípio⁸⁰.

Os primeiros compilam manifestações justificadoras de uma decisão política levando em conta a influência que os interesses e bem-estar da coletividade representam na mente do julgador para a fundamentação de seu *decisum*. De maneira oposta se concentra a sistemática dos argumentos de princípio igualmente justificadores da decisão política, só que agora direcionando as razões da decisão à manutenção de um direito individual ou de um grupo específico, carente de recursos ou de políticas de ação afirmativa.

Notamos que a adoção de um texto legal dotado de complexidade obriga que tanto o legislador como o intérprete considerem a extensão dos princípios correlatos aos indivíduos e paralelamente a toda coletividade. Denota-se também sejam eles apreciados de maneira a atribuir não apenas a legitimidade correlata ao texto sob análise, mas especificamente sua eficácia em relação aos destinatários do texto, quais sejam todos os cidadãos.

Ronald Dworkin desmistificou a influência dos princípios e das duas esferas de argumentação (política e princípio) contextualizando alguns exemplos capazes de ilustrar a teoria da decisão judicial proposta pelo filósofo. Um programa que oferece subsídios iguais para fabricantes com capacidades distintas, baseada no suposto de que os mais fracos entre os fabricantes de aeronaves têm direito de não ser privados de sua capacidade de produção pela intervenção governamental, por mais que a indústria possa exercer suas atividades de forma eficiente sem eles. Salientamos que o exemplo dado reflete um argumento de política que não envolve de maneira indireta a influência dos princípios, tal como ocorre com um certo programa que vede a discriminação, refletindo por seu turno a ideia de que os direitos não se credenciam de forma absoluta, vez que não merecem vigorar a partir do momento que suas consequências se postarem de forma prejudicial à coletividade.

Por assim dizer, Dworkin afirma que considerando os exemplos acima mencionados podemos referenciar os subsídios como sendo gerados por uma

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** ob. cit., p. 129.

política, recebendo sua consequente qualificação pelos princípios, sendo que as práticas fundamentadas na defesa de direitos e garantias, tais como a vedação da discriminação são geradas por princípios e posteriormente qualificadas por políticas versando sobre a redução das desigualdades via produção legislativa ou atos emanados pelo poder executivo legitimamente alçado ao poder⁸¹.

Esta dicotomia fixada pelos argumentos de princípio e de política caminha de encontro para o delineamento de uma nova teoria dos direitos pautada em uma efetiva delimitação das objeções à originalidade da decisão judicial. A primeira destas objeções encontra respaldo no fato de que uma comunidade há de ser governada por homens e mulheres participantes de um processo democrático de escolha de seus representantes. Neste cenário, os juízes se inserem em uma posição de conforto haja vista não serem eleitos e responsáveis perante o eleitorado tal como são os políticos. Outra objeção de destaque surge da surpresa direcionada à parte que não lograr êxito no pleito da demanda, frente ao fato de que o juiz ao criar uma nova lei, aplicando-a de maneira retroativa ao caso, provoca explícito prejuízo a uma das partes quando considerados aspectos de política na criação da lei pelo juiz segundo políticas econômicas vigentes no país.

Desta forma o preâmbulo da discussão da teoria do direito na obra de Dworkin passa por uma competente abrangência quanto à objeção da originalidade da decisão judicial quando apoiada em sua completude em argumentos de política pois o sistema político da democracia representativa não coaduna com a fundamentação da decisão judicial amparada pura e simplesmente em argumentos de compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo, que em diversas ocasiões considera preceitos utilitaristas na repartição de recursos para os mais diferentes segmentos da comunidade.

Pelo contrário a originalidade da decisão judicial merece prosperar quando consagra um argumento de princípio estipulador de alguma vantagem apresentada por quem vem a reivindicar o direito que o argumento descreve instando repetir que neste caso a inexistência de uma regra jurídica clara em

⁸¹ Idem, p. 130.

momento algum deixa de prejudicar a aplicação do direito fincado em raízes principiológicas que confere às partes o direito a uma decisão judicial favorável.

Por conta de todo o histórico apresentado a principal tarefa neste momento consistirá na apreciação e compreensão dos argumentos judiciais voltados à decisão judicial, sob o enfoque da qualificação dos argumentos gerados por princípios. De antemão observa-se que novas decisões proferidas nos casos difíceis, podem ser influenciadas por tradições jurídicas e convicções pessoais e originais do próprio juiz que depositam a moralidade que norteiam os julgados.

As diferentes contribuições trazidas pela moralidade política do juiz, argumentos do direito costumeiro, bem como os aspectos de ordem institucional possuem o condão de contribuir para a redução da discricionariedade judicial. O desafio que emerge da contribuição trazida pelos mais distintos instrumentos incentivadores da decisão judicial possibilita consoante a doutrina de Dworkin uma interação da moralidade pessoal e da moralidade institucional.

Esta simbiose entre ambas as modalidades moldam a construção de uma tese dos direitos onde as decisões judiciais visam tornar efetivos os direitos políticos existentes, contando com a viga mestra na história institucional como pano de fundo de um juízo minimamente plausível acerca dos direitos que um indivíduo considera em uma vivência social. Observamos que a prática da história institucional não representa uma restrição ao juízo de moralidade do magistrado simbolizando em sentido oposto um ingrediente a mais na formação do juízo de valor diuturnamente praticado pelo julgador. A justificativa teórica da importância da história institucional e sua relação com os direitos políticos ocorre por conta de tudo aquilo que o homem tem direito em sua convivência social fazendo parte da prática da justiça em consonância com a influência das instituições políticas de tal sorte que o mesmo considera a ampla repercussão que as decisões políticas tomadas em casos pretéritos exercem sobre os novos julgamentos envolvendo direitos individuais das partes.

A missão assimilada pela tese dos direitos consiste assim na explicação de maneira mais satisfatória do modo como os juízes vislumbram o

precedente nos denominados *hard cases*, desconsiderando a força que por vezes os argumentos de política venham exercer para o deslinde do caso concreto. A consistência das decisões judiciais proferidas sob o manto da tese dos direitos, agasalha a proeminência dos princípios articulados à moralidade política da justiça distributiva.

Articulando-se os princípios da forma propugnada pela tese dos direitos alcançaremos a conclusão de que as políticas são agregativas em sua influência quando debruçadas sobre as decisões políticas, de tal sorte que uma dada política estratégica considerada pelo julgador não necessita conferir um tratamento similar a todos os indivíduos.

Pelo contrário a valorização de uma concepção principiológica transporta a fundamentação de *decisum* sob a égide de uma consistência distributiva a todos os casos, não admitindo a adoção de política que ultime uma distribuição desigual de um benefício, processo este que deverá por assim dizer ficar a cargo do Poder Legislativo que por vezes considera argumentos de ordem intuicionista ou de foro íntimo para fundamentar políticas que privilegiam setores específicos do grupo representativo que o alçou ao poder de maneira democrática.

Entretanto Dworkin identifica um ponto em comum entre a tese dos direitos e as decisões tomadas com base em argumentos de política. A coincidência entre ambas se quando consideramos a já nominada doutrina da responsabilidade política. A forma por ela tomada convida a uma percepção da política implementada de maneira que as decisões políticas tomadas sejam justificadas em outras decisões que por seu turno também valorizem escolhas absorvidas e versadas sobre a mesma base argumentativa, ao invés de políticas conciliatórias que sirvam de paradigma para a contextualização legislativa das virtudes pessoais do legislador.

Transparecendo a teoria da responsabilidade para o plano da tese dos direitos partimos da premissa de que um determinado argumento de princípio pode vir a oferecer uma justificação plausível para um caso difícil composto por uma decisão particular, que no caso em tela apresentado ao juiz somente se mostrará viável quando o princípio for compatível com decisões anteriores,

associadas em certas situações que, a própria intuição tenha regulado no corpo de normas jurídicas, mormente as normas hipotéticas.

6.2. Considerações de Ronald Dworkin acerca dos direitos e objetivos

É inegável na doutrina de Dworkin versando sobre a discricionariedade judicial que tanto os argumentos de princípio como os de política exercem entre si um diálogo constante, sobretudo quando consideram a repercussão que as medidas implementadas recaem sobre o bem-estar do indivíduo considerado em sua individualidade ou o objetivo coletivo almejado tanto pelo criador ou o executor de uma dada política pública.

Pontua-se nesta esteira que estribado na diferenciação decorrente de ambas modalidades de argumentos, as ações afirmativas cobram como uma predeterminação teórica uma razoável explicitação de sua instalação segundo a descrição e consolidação de direitos ou sobre a consecução de objetivos governamentais em prol da coletividade.

Dworkin dá início à distinção consubstanciada na conceituação de um objetivo político. Para tanto alerta que um objetivo político simboliza uma certa política genérica, mas que proteja um estado de coisas mesmo em face de políticas posteriores que visam minar a eficiência desta política anteriormente aventada. A esta prática rendeu-se a delimitação de direito político, que nada mais é do que um objetivo político individuado⁸². Os objetivos políticos podem assumir outra feição quando imbricados à realização de uma meta que por sua natureza não guarda relação direta com a individuação remanescente de um direito político. Como vantagens das metas políticas rotuladas como objetivos políticos, encontramos a ausência de qualquer concessão de oportunidade, recurso ou liberdades individuais para grupos previamente determinados pelo Estado ou pela história institucional.

Como enfoque das metas coletivas podemos relacionar a intensa troca de benefícios que se perfaz no âmbito da coletividade, pressupondo sempre o

⁸² Idem, ibidem, p. 142.

benefício geral que advém da instalação da correspondente política. Conforme tivemos a oportunidade de expor a eficiência econômica renasce como o primado das trocas coletivas contrastando por conseguinte com a manutenção incondicional de direitos individuais.

As metas coletivas condicionam no mais das vezes ao problema concernente à distribuição que passa a ser o conceito de justo da forma que o compreendemos de forma individual e intuitiva, restando por comprovado que em uma prática utilitarista não há como dissociarmos a intenção humana de maximizar seus ganhos concomitantemente com a utilização do bem. Os ditames da justiça orientados pelo senso comum, mormente aqueles que se dedicam a proteção de liberdades, direitos e outros que dispõem sobre relações meritórias de distribuição de direitos não auxiliam na construção dos ditames utilitaristas de caracterização da eficiência econômica e metas coletivas.

O desafio advindo das metas coletivas enquanto consagradoras de princípios como a igualdade estará voltada a uma redistribuição completa de recursos privilegiando os indivíduos sem distinção. Contudo casos existem em que as metas coletivas geradas por objetivos políticos podem abarcar uma distribuição parcial de recursos privilegiando por sua vez apenas certos grupos que agraciados na distribuição de bens e recursos, acarretará no bem-estar coletivo em sua totalidade. Compilando as perspectivas total ou parcial decorrentes da prática de metas coletivas relevantes para defesas de direitos, garantias fundamentais, além dos objetivos políticos, trazem-se como consequência a satisfação de um desejo racional da sociedade em incrementar seus ganhos de modo geral, mesmo que em uma via diversa tenhamos perdas menores por outros indivíduos cuja compensação mesmo assim valerá a pena em detrimento daqueles menos privilegiados.

Resta-nos apreciar de maneira sumária a influência que os direitos vêm a exercer considerado de forma isolada neste ambiente de execução de objetivos políticos e metas coletivas. Logo de cara afirmamos que os direitos, seguindo a narração de Dworkin podem ou não ser absolutos, variando caso a caso com a meta coletiva associada à defesa ou a fundamentação dos direitos.

Alguns direitos fundamentais tais como a liberdade de expressão são bons exemplos de que uma constante interação fixada entre metas coletivas, objetivos políticos e direitos podem sofrer uma variação se considerarmos a intenção do executor da política pública ou da ação afirmativa. Em assim sendo, a prevalência ou não de um dado direito de forma absoluta estará diretamente relacionado da forma como um princípio pode ser posto diante de outro na realização de uma política considerada como intransigente que coloca à prova princípios opostos em conflito diante dos fatos dispostos.

Construindo-se um modelo supostamente ideal de interpretação, que será posteriormente abordado na descrição de um modelo ideal de prática compreensiva do texto normativo no ordenamento jurídico pátrio, aos princípios podem ser conferidos pesos na medida em que se apresenta de forma mais acirrada a capacidade do princípio de assimilar a concorrência. Outro postulado merecedor de ressalva consiste na assertiva que a definição de um direito não comporta uma prevalência menor que as metas sociais atreladas aos direitos resguardados.

Esta pré-compreensão nos ajuda a entender se uma certa política pública travestida da nobre roupagem da ação afirmativa consagra ou não um direito político constitucionalmente disposto, de necessária observação. A partir do momento que o objetivo político não individuado solapa a conjuntura dos direitos e princípios justificadores de tal política não podemos considerar este objetivo político como um direito a não ser que o inserimos em um estado de exceção oriundo de uma urgência especial onde o bem-estar da sociedade como um todo se sobrepõe à consagração unívoca de certo direito ou princípio, neste caso a mesma liberdade de expressão já reverenciada.

A manifestação argumentativa em epígrafe celebra com o intérprete um exercício reflexivo marcado por uma tênue diferenciação do objetivo político como um direito ou uma meta. De antemão Dworkin assevera que o marco essencial do exercício desta distinção será sem sombra de dúvida o objeto de política criada e sua paulatina intervenção na plêiade de direitos formados por princípios de observância obrigatória pelo Estado.

Confrontando mais uma vez a percepção de Dworkin em sua concepção da tese dos direitos considerando os direitos e objetivos

institucionalmente consagrados nas Constituições dos Estados, colocamos como ilustração o já comentado *leading case* da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Regents of the University of Califórnia v. Bakke* (438, U.S. 265-1978), onde Alan Bakke foi preterido no processo seletivo para preenchimento de vagas para o curso de medicina da Universidade da Califórnia, pois apesar de suas notas terem excedido a média dos candidatos participantes do programa especial de admissão mantido em parceria com o governo federal o mesmo foi reprovado ao término do processo de seleção.

Respeitando as decisões de primeira e segunda instância que determinaram a não inserção e incorporação de Bakke no curso em tela resplandece o destaque da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Dentre as fundamentações dos ministros que compõem a mais alta corte de justiça, a do Ministro Powell foi a que talvez mais considerou as circunstâncias do caso concreto, em um constante exercício dialético protagonizado pela Constituição norte-americana por meio da Décima Quarta Emenda sem contar o aprimoramento das políticas reducionistas das desigualdades sociais.

O pioneirismo do *decisum* passa por uma desconstrução motivada da tese dos direitos de Dworkin, pois dada as particularidades do caso concreto, não há como associarmos a decisão de ingresso ou não do candidato, em precedentes judiciais anteriores que refletem antes de tudo a história institucional dos Estados Unidos da América. O elemento institucional cede espaço à lógica deôntica das normas constitucionais e a interação destas com os direitos das partes e os objetivos e metas coletivas intentadas pelo Estado.

Defesa à metodologia acima descrita a primeira conclusão consignada no voto do caso Bakke por parte do Ministro Powell, foi que casos envolvendo programas de ação afirmativa dirigidos à elucidação e compensação de qualquer desigualdade não dispõem sempre sobre programas de ação afirmativa, vez que estas foram soluções criadas para remediar violações específicas à Constituição⁸³.

⁸³ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action)**...ob.cit . p. 101.

Outro ponto suscitado em desfavor à criação de ações afirmativas voltadas à compensação da discriminação racial conjuga-se ao fato de que as políticas vangloriadas à defesa do Título VII do *Civil Rights Act* visam a favorecer em um sentido amplo as categorias marginalizadas alvo de anterior reconhecimento judicial ou administrativo em face de alguma discriminação de natureza compensatória beneficiando a efetiva casta de grupos discriminatórios.

Cabe lembrar que a intenção do ministro não passou na declaração de inconstitucionalidade das ações afirmativas como estrutura voltada à redução das desigualdades e a consagração do princípio da igualdade. Pelo contrário a aversão desenvolvida pelo julgador conforme já ressoado consistiu na utilização de algum aspecto racial ou étnico como único critério seletivo, repugnando como consequência a adesão ao sistema de quotas como postulado reparador do princípio da igualdade possivelmente ferido.

Quadra bem observar que este objetivo político intentado pelo Estado da Califórnia no caso Bakke, assimilou em base não de políticas experimentais anteriores como também no exercício intuicionista do legislador que apenas por meio de quotas a justiça compensatória estaria garantida e o princípio da igualdade, aqui afeito à diversidade estaria sendo respeitado.

Ocorre que a dicotomia apontada por Dworkin em relação à definição de um direito e sua comparação às metas sociais atua como um sistema de freios e contrapesos, onde situações de consecução das ações afirmativas devem estar respaldadas mesmo que em uma interpretação moderada dos princípios com a gama de garantias e prerrogativas defendidas pelo texto constitucional, neste caso a Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana.

Os magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos cultivam uma constante preocupação em garantir a tutela da Constituição praticando sempre a melhor exegese do texto normativo e principiológico que a compõe. Por assim dizer, tanto as decisões calcadas em argumentos de política e de princípios abstraindo as questões de ordem argumentativa atreladas a qualquer uma delas devem passar pelo respeito e distinção dos chamados direitos preferenciais.

Tais direitos visam guarnecer tanto as decisões políticas remanescentes da sociedade como decisões formadas por um arcabouço institucional justificando assim a implementação de uma política específica. O mais importante argumento teórico dos direitos preferenciais circunscreve-se à outorga de certos direitos ao homem a serem oponíveis e respeitados sempre que o mesmo acreditar que uma decisão judicial ou advento de uma lei coloque em risco o exercício de seus direitos fundamentais garantidos pelas instituições.

Ademais uma corrente de provável fundamentação para a tese dos direitos sob a ótica dos direitos e objetivos, caminha em direção à luz irradiada em forma de direitos abstratos e direitos concretos. Igualmente concebidos como princípios abstratos e concretos, a tarefa de justificação teórica das ações afirmativas e políticas públicas para realização de metas coletivas passa pela delimitação e observância das proposições prescritas e que vinculam o legislador e o juiz na construção de sua atividade cognitiva do caso concreto e posterior decisão frente ao caso concreto *sub judice*.

Dworkin anota que um direito abstrato se edifica sobre a base de um objetivo político geral, que por inúmeras vezes não identifica de forma cristalina de que forma ocorrerá a respeitabilidade dos direitos preferenciais conflitantes, ou de que forma a harmonização da política pública será convergida ao interesse da coletividade. A mesma exemplificação atinente à liberdade de expressão volta ao cenário, ainda mais quando a vagueza de suas disposições impossibilita uma restrição da esfera de amplitude do direito, ou seja, louvar sua incidência a situações particulares ou estender seus efeitos à coletividade.

Sob o viés dos direitos concretos é explícito o direcionamento mais condescendente aos objetivos sociais que também ilustram a Constituição explorando com maior destreza a maneira pela qual a construção de metas coletivas abrangerá a proteção de direitos e garantias individuados, aludindo igualmente o peso que suas disposições exercerão na ordem jurídica e social quando praticados pela Administração Pública.

Dificuldades não faltarão na utilização do modelo teórico elaborado por Dworkin para a redução da discricionariedade judicial e na política preventiva de fiel observância do texto constitucional nos prolegômenos da criação

legislativa e política. Contudo o crescente confronto dos projetos e ações de iniciativas governamentais e privadas à realização dos interesses estatais cogentes de prática da justiça em conjunto com os princípios constitucionais positivados, garantem que a cláusula de igual proteção da Carta Política norte-americana seja observada, ao passo que a política seja moldada para uma natureza distributiva ou compensatória levando em conta a natureza institucional do tema trazido à flor.

Como forma derradeira de expor a relação entre direitos e objetivos na construção e justificação das ações afirmativas, cabe pressentirmos que em uma comunidade serão os princípios, aqueles que capitanearão as metas coletivas fixadas em favor da comunidade.

O debate agora transmuta-se para fatores de ordem cultural, crença, raça e etnia, organizados para que os indivíduos os defenda, na compatibilização de novas metas compiladas em questões de ordem antropológica. Para que referidos argumentos ganhem força na vinculação de novas políticas para setores representativos, *mister* observar que a expressão moral de uma parcela da coletividade não tem o condão de determinar a captação de recursos ou a orientação de políticas. Consideração como fator determinante nesta construção é o poder que o direito associado a esta meta pode vir a exercer no rol comparativo de metas coletivas, atribuindo ao mesmo uma proeminência sobre os demais.

A teoria utilitarista mais uma vez retoma com forma reconhecida para considerar-se como subsídio seguro de adoção de metas que harmonizam os interesses coletivos, mesmo que o sacrifício a certos grupos seja considerado como consequência certa de ocorrência no sentido econômico e social.

Ocorre que mesmo que os argumentos de política sejam amparados pelas questões de ordem econômica e de herança genuína de uma política neoliberal de não intervenção do Estado, ainda assim tais argumentos não serão suficientemente fortes para proporcionar à sociedade em sua totalidade a proteção às garantias mínimas que uma plêiade de direitos institucionais visa quando associados a geração de metas políticas.

O desejo dos indivíduos de saciarem suas satisfações racionais mediante a correta aplicação de recursos de ordem econômico-financeira colide com a dialética propugnada pelas posições antropológicas de valorização de fatores culturais e raciais, de tal maneira que passamos à construção de um novo raciocínio que remanesce ao intercâmbio de manifestações defensivas de argumentos de política e de princípio. Necessitamos repensar de que maneira o discurso aliado à robustez de ambas vertentes interpretativas, não impedirá a manutenção de prerrogativas básicas inerentes a todos os indivíduos de maneira geral, independentemente da classe social a que pertence e acessibilidade a tais bens e recursos disponíveis.

A pedra fundamental desta ideia de compatibilização já fora depositado no início da década de 60, com a edição de Ordem Executiva nº 10.925 criando medidas embrionárias de redução da discriminação existente no mercado de trabalho. A gênese da medida governamental criada pelo Presidente John Kennedy corresponde a uma forma de repensar a sistemática proposta pela até então composição da Suprema Corte dos Estados Unidos e sua doutrina “separados mas iguais” e a padronização da segregação racial sob a leitura conservadora da *equal protection clause*.

A relação proeminente decorrente desta releitura do direito à igualdade coloca-se acima de qualquer meta coletiva ao mesmo tempo em que o direito à igualdade para que seja cumprido em sua plenitude, dependa igualmente da meta coletiva capaz para o alcance dos destinatários finais das políticas engendradas pelos governantes.

Por assim dizer a regular adequação entre princípios e políticas obriga o intérprete na confrontação constante dos argumentos em jogo não havendo que se falar *a priori* na prevalência de um ou de outro argumento desde que ambos estejam marcados pelo direito à igualdade. Entretanto casos existem em que o direito à igualdade vem a ser igualado por um argumento de princípio, competindo com o mesmo a partir do momento em que o argumento de princípio colidente determina ao julgador que exercite de maneira inequívoca uma distinção quanto às classificações existentes especialmente

aquelas consideradas como suspeitas da forma como se constrói nas temáticas raciais e étnicas.

O padrão de exame judicial dilapidado voltar-se-á para uma averiguação da constitucionalidade das normas e princípios colocados à prova de forma rigorosa, partindo do pressuposto de inconstitucionalidade da meta coletiva, a não ser que o Poder Público logre êxito no exercício probatório de que a ação afirmativa intentada obedeça ao já reverenciado interesse estatal cogente.

Por óbvio que o exame judicial do caso concreto sob este padrão rigoroso está atrelado à dicotomia entre o direito à igualdade e o argumento de princípio colocado em contraste com o direito fundamental almejado.

Conclusivamente a tese dos direitos guarda um *nexum* com a atividade do magistrado de promover uma confirmação ou negação dos direitos concretamente explicitados e colidentes, da forma como ocorre na concepção da teoria dos casos difíceis. Um sem número de casos, direitos como o da igualdade ou à vida gozam do que Dworkin denominou de “textura aberta”, carregando regras imprecisas oriundas de um conceito contestado. As regras imprecisas do conceito contestado não são desta forma chamadas por conta única e exclusivamente de dificuldade associada à sua competente delimitação. Dentre as concepções colocadas à prova do julgador, ao mesmo não caberá uma tarefa de complementação institucional às normas já vigentes, adstringindo o exercício de seu ofício ao cumprimento do ordenamento democraticamente disposto, restando por esta razão a árdua tarefa de atribuir uma decisão aos denominados casos difíceis.

6.3. Dos subsídios oferecidos ao julgador para solução dos casos difíceis

Significativa parcela das políticas de ações afirmativas delimitadas pelo Administrador Público resulta no enquadramento junto aos já denominados “casos difíceis”, compostos na maioria das vezes da capacidade legislativa de novos direitos jurídicos aplicados retroativamente nos casos a ele submetidos.

O complexo de direitos conflitantes exige que a argumentação jurídica pontue e discorra sobre os conceitos contestados e as diferentes concepções por eles emanadas. Sobre esta ordem de ideias transfiguram-se inúmeros conceitos substantivos que possuem ampla importância para apreciação do princípio da igualdade frente a outros direitos fundamentais garantidores da motivação por parte do juiz, evitando a discricionariedade particular que decisões amparadas por argumentos de política, às vezes disciplinadores de interesses específicos de grupos representativos ansiosos pela maximização de seus ganhos em conformidade com uma lógica utilitarista de eficiência econômica, acarretam.

Certas indagações como, o que realmente é razoável na aplicação da legislação ou dos argumentos de princípio, congrega problemas de ordem teórica que alteram uma sistemática de compreensão de uma regra institucional, para que ao final a própria instituição seja preservada em sua integridade como fonte geradora de normas de uma justiça procedimental pura. A justificação procedimental de uma norma agora abre espaço para a prática dialética e principiológica, de tal sorte que a razão de existir inerente a gênese da norma ou da proposição jurídica assimila relevante importância no alcance de uma decisão justa.

Comungando com a justiça das decisões, Dworkin considera como essencial em um primeiro momento a busca pela “intenção” ou “propósito” da lei ou daquilo que ela preceitua⁸⁴. Nota-se que existe uma certa fuga se consideramos apenas o processo formal de criação da lei ou a postura hierárquica que ela carrega em seu contexto. A identificação dos casos difíceis desde já ocupa um posto externo ao da justificação política dos direitos criados por leis aplicadas em um sem número dos casos concretos. A diferenciação dos princípios e sua íntima repartição de conceitos tanto às regras positivadas ou dos próprios princípios como qualificações essenciais da norma jurídica permite uma reconstrução da teoria da responsabilidade política consubstanciada na força do precedente judicial, aclamando os direitos jurídicos como decorrentes do sistema de direitos políticos.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** ob. cit., p. 164.

Os casos difíceis que em uma ocasião anterior à integração entre direitos jurídicos e políticos, argumentos de princípio e argumentos de política suscitarão o juiz ao exercício incontestado da discricionariedade na prolação das decisões encontrando na justificação filosófica dos princípios e preceitos a porta de entrada para uma teoria construtiva do direito.

Dentro do espectro legislativo o juiz encontra no exercício da atividade jurisdicional a repercussão provocada pela Constituição e sua influência na elaboração de estrutura institucional de regras. Muito longe de ponderar de forma profunda sobre o conceito filosófico de Constituição devemos ter em mente para efeito de circunspeção do pensamento doutrinário proposto pela mesma a harmonia atinente às regras constitucionais postas pelo soberano. Institui-se uma assembleia constituinte ou poder constituinte com as práticas sociais que afloram da prática legislativa dos indivíduos representativos. As considerações extraídas da pujança do aspecto positivo da norma jurídica em conflito com os aspectos sociais garantidores de sua eficácia convolvam na interligação da prática subsuntiva e nos pormenores filosóficos oriundos de um manancial principiológico esculpido no texto constitucional.

Outro importante subsídio que ascende na dialética argumentativa dos direitos jurídicos aludidos e explorados por Dworkin são os costumes e de maneira mais precisa ainda os precedentes.

A gênese de uma teoria constitucional emprega mecanismos que em inúmeras ocasiões visam à justificação teórica e institucional de um conjunto de princípios e políticas que guarnecem o sistema de governo adotado com pormenores estatais e as mais variadas hipóteses de argumentos jurídicos e políticos. Estribado nesta compreensão, a ação afirmativa considera no momento de seu nascimento questões de razoabilidade e privilégio a grupos específicos culminando no empenho de um sáfaro labor social de redução das desigualdades praticadas sobre certos grupos representativos.

Ao juiz incumbir-se-á a tarefa de contrapor as linhas de raciocínio expostas, procurando descartar aquelas que quadram para um fortalecimento dos argumentos de políticas apoiadores de práticas utilitaristas saneando o caso concreto, por conseguinte, apenas com os argumentos que intensificam a valorização dos preceitos institucionais com base na categoria de direitos

jurídicos que valorizaram sua criação e que certamente exigirá uma escolha pelo julgador da legislação que mais coaduna com o ideal da Constituição.

Vislumbrando os precedentes como importantes observações jurisdicionais proferidas por um dado tribunal, o julgador fomenta sua decisão da forma mais acalentadora possível instado que é ao preenchimento do hiato jurídico que repousa no julgamento motivado, igualmente pela ausência de lei no caso em tramitação mais um motivo portanto, da conjectura decisória dos auspiciosos casos difíceis.

Em um sem número de casos os precedentes atuaram como estradas capazes de interligar a edição da lei pelo legislador, sua aplicação no cotidiano social e sua consequente interpretação por parte do juiz. A sedução que uma interpretação intuicionista de um dispositivo legal estatui, faz com que o precedente reflita em um entendimento equivocado da leitura racional da lei atacada, inobstante calcada em argumentos de teoria política que deságuam em um bem-estar da comunidade que na verdade repercute apenas em favor de restritos grupos representativos.

A decisão judicial nos casos particulares leva em conta os precedentes anteriores concernentes ao caso em epígrafe exigindo do magistrado uma eficaz distinção do histórico das decisões judiciais, desmembrando delas proposições específicas que enveredam para enunciados jurídicos existentes apenas na decisão e não no corpo legislativo colocado a disposição do prolator da sentença.

O arranjo gramatical das palavras determinará se o precedente merece ou não atenção detida na decidibilidade do caso concreto contribuindo para a formação de uma força gravitacional exercida pelas decisões anteriores sobre as decisões posteriores, ainda que não relatem de maneira precisa a órbita argumentativa do caso concreto⁸⁵.

Apesar da contradição exarada por Dworkin no âmago da decisão judicial merece destaque a construção de um raciocínio lógico de Análise do precedente, que leve o intérprete a crer que na verdade o argumento se dá em favor da norma específica tratada no precedente ou em contrapartida do

⁸⁵ Idem , p. 174.

argumento que emana da apreciação da regra ou se consideramos o caso em sua particularidade.

Ainda acerca da força gravitacional cabe lembrar que seu expediente não circunda a órbita jurídica, de forma a justificar de maneira simples a prevalência na elaboração da decisão judicial. O fator implícito do precedente versa de outra maneira sob o prisma da equidade e sua perspectiva geral de tratamento dos casos de forma semelhante.

A doutrina da equidade proporciona ao precedente uma aproximação temática das decisões proferidas anteriormente, desde que o julgador as aprecie segundo uma esperançosa argumentação de princípios emanados de compreensão das normas vigentes, aliadas às considerações dos direitos políticos e individuais comuns aos destinatários das leis vigentes em um determinado país.

Utilizando-se o arcabouço das leis promulgadas como forma principal da resolução dos conflitos, proporciona um risco imediato das decisões estarem limitadas à capacidade prescritiva das mesmas provocando por consequência uma restrição da aplicação da lei apenas a certos casos onde o fenômeno da subsunção acolhe com naturalidade os termos da lei promulgada pelo Poder Legislativo.

Como já debatido anteriormente o precedente retirará sua força gravitacional da irradiação dos argumentos de princípio que se convergem em uma decisão considerada como justa na eficiente distribuição de benefícios de uma meta coletiva. Por esta razão a postura do Estado da Califórnia no caso *Bakke* de dispor de critérios raciais ou étnicos para discriminar os postulantes à vaga de universitários da universidade do mesmo Estado levou em conta no momento de edição da lei instituidora única e exclusivamente argumentos de política, confabulando uma errônea leitura do texto constitucional.

O precedente construído com o caso *Regentes of the University of Califórnia v. Bakke* (438, U.S. 265 – 1978) torna-se um exemplo típico de decisão judicial que não veio a instituir uma regra pública aliada a defesa do *Civil Rights Act* ou a XIV Emenda Constitucional norte-americana nos casos de ingresso a instituições de ensino por indivíduos negros ou de etnias

minoritariamente rotuladas nos Estados Unidos. Pelo contrário a força gravitacional do *decisum* amplia seu horizonte interpretativo para a possibilidade efetiva de extrair-se os argumentos aprovados e rechaçados na apreciação do caso, como vetores de argumentação justificadores de uma justa decisão segundo um novo caso concreto, mesmo que não verse especificamente sobre o ingresso de homens e mulheres pertencentes a grupos historicamente considerados em instituições de ensino superior.

Vale lembrar a título de remate que o julgado deve discernir com sapiência até que ponto o precedente consigna argumentos de princípio convidativos à valorização do princípio da equidade ou acabam indo mais além, na medida em que carregam a obrigatoriedade da criação de metas coletivas pelo Estado, decorrentes da conclusão alcançada na leitura do caso prático.

Novamente exulta-se a promoção dos argumentos de princípio como denominador comum da concessão de força gravitacional ao precedente, de tal forma que contratações empíricas do princípio da igualdade nos levam a crer que em certas situações não há a necessidade de o governo implementar *in loco* diversas políticas de ações afirmativas sob o nobre argumento de garantia do bem-estar da comunidade. A sensatez e a prudência das instituições políticas preservam incólume a supremacia da lei e da Constituição, quando os direitos básicos privilegiam uma efetiva atitude reducionista do descompasso porventura existente na distribuição dos recursos governamentais das mais diversas ordens.

Ocorre que nem todos os grupos representativos ou camadas da sociedade reclamam de tais medidas fazendo com que a violação de um direito individual e concreto em uma situação específica, mereça tratamento do princípio da equidade de forma singular, sem que tal fato resulte na extensão da decisão para outras metas ou objetivos coletivos.

A clivagem entre a força gravitacional das decisões judiciais e a solução dos casos difíceis vislumbra sua razão de ser por meio de pormenores teóricos do conceito contestado. Dele deflui as regras jurídicas que gozam de uma abertura na sua esfera de compreensão, contrapondo os argumentos opostos para que ao final uma solução conciliatória seja obtida a contento de prática da justiça. A divergência existente entre os julgadores circunscreve-se à

força gravitacional do precedente sendo, porém, unânime que a discricionariedade judicial é reduzida quando os precedentes são consagrados como ferramenta indispensável, como fonte do direito restando apenas a divergência quanto ao princípio ou regra jurídica convencionado pelo dito precedente.

O entrelaçamento do precedente judicial junto a outros subsídios igualmente importantes para a desmistificação dos casos difíceis passa sem resquício de dúvida pelo estabelecimento dos argumentos de princípio e sua força vinculante.

6.4. A influência dos juízos de teoria política sobre os direitos jurídicos

A filosofia política e a teoria do direito como um todo, cultivaram de maneira peculiar uma dificuldade de compatibilizar a relação entre liberdade e igualdade. Tanto um como a outra assumem postura estratégica na consecução das políticas públicas, haja vista a consideração conferida à liberdade como fundamentação das ações afirmativas de cunho jurídico e os atributos concedidos à igualdade como base de sustentação da justiça, outra pilastra para a instalação e execução de medidas de combate às desigualdades existentes.

Dworkin identifica que a tese dos direitos conta com aspectos distintos que se ramificam em uma postura descritiva preocupada com uma explicação quanto a estrutura institucional da decisão do julgador e o enfoque normativo da explicação política das virtudes estruturais do sistema.

Os subsídios que caminham ao lado da decisão justa como a Constituição, as leis e os precedentes judiciais não inferem de forma exclusiva na glosa de decisões anteriores sobre casos semelhantes. De maneira oposta à satisfação dos anseios de justiça comunga-se de uma valorização dos aspectos políticos utilizados para a construção da tese pelo julgador o que não contradiz com a proposta de redução da discricionariedade judicial por conta do

constante exercício dialético e adequação sistêmica entre argumentos de princípio e de política.

Tanto a liberdade como a igualdade não sofrerá qualquer ato restritivo conforme elas representem a supremacia de argumentos de princípio ou de política, ou como se dispõe neste item, aspectos descritivo e normativo. A gênese dos argumentos ideais da construção do mecanismo de decisão para os casos difíceis disponibiliza ao intérprete uma relação de complementaridade teórica entre a liberdade e a igualdade onde ambas são consideradas em conjunto na observação de decisões que não transmitam uma aplicação principiológica alheia a realidade do caso concreto e a evolução dos direitos políticos tampouco sejam marcados por argumentos de moralidade política danosos para a efetividade da justiça por estarem diretamente voltados à convicção pessoal dos juízes aqui titulados como guardiões de suas próprias opiniões e crenças.

As objeções políticas qualificadoras de evento prejudicial à teoria construtivista de Dworkin colocam justamente a dificuldade do caso concreto marcado por um conceito contestado. Marcado por esta assertiva o juiz pode recorrer a um fato que ele próprio considera como uma concepção particular para a formação de seu juízo de convicção, podendo esta concepção enveredar para a supremacia da Lei ou para o império de argumentos da opinião pública dependendo da repercussão externa que o caso venha guardar.

Propositadamente Dworkin vem afirmar que se baseando o magistrado em uma convicção política de cunho pessoal ou exclusivamente intuicionista, não saberemos ao certo se a justeza da decisão está garantida mesmo que esta convicção guarde respaldo com princípios constitucionalmente aceitos dentre eles o da igual proteção perante a lei ⁸⁶. A suposição de um modelo coerente de apreciação do caso concreto vislumbra um juiz capaz de abstrair algumas de suas próprias crenças tendo de acatar a validade, verdade e eficácia de outras emitidas por seus colegas ou pelo Poder Legislativo. Obviamente que o juiz não deve acatar todas as argumentações predispostas pelos entes legislativos ou os grupos representativos, pois, estas refletem uma

⁸⁶ Idem, ibidem, p. 193.

leitura própria do texto legal e o *hard case* discutido. A busca pela lógica eqüitativa de formatação dos argumentos de princípio tornará dinâmico o mecanismo de solução de controvérsias geradas pelas “cláusulas abertas” de tal maneira o próprio juízo do magistrado seja colocado em segundo plano apenas como fator decisivo de concordância ou não com a moralidade da sociedade.

6.4.1. Os juízos de teoria política e as ações afirmativas

A política de ações afirmativas, principal objeto de apreço neste estudo, sofreu profundos impactos em matéria de objeções políticas inerentes a moralidade política proposta pelos juízes e que em certas ocasiões incorrem em risco, quanto à efetividade do êxito da política pública de discriminação positiva.

Nos Estados Unidos, reverenciado como país pioneiro na execução das ações afirmativas, a compreensão dos debates jurídicos travados entre os Ministros da Suprema Corte acerca da constitucionalidade ou não das medidas implementadas, sofreu intensa mutação na medida em que convicções políticas voltadas para a sociedade em cada momento histórico foram se transformando.

O princípio da igualdade foi tratado sob um específico viés jurisprudencial pela Corte Warren protagonizada pelo Chief Justice Earl Warren, nomeado pelo Presidente Eisenhower presidindo a Suprema Corte dos Estados Unidos a partir de 1953 até 1969. A garantia estatuída pela Décima Quarta Emenda à Constituição exigiu à época a redefinição de parâmetros que considerassem os direitos e as obrigações das partes envolvidas em confronto com o texto constitucional, veiculando ao final uma apreciação mais rigorosa da constitucionalidade das normas atinentes à isonomia, distintamente de um nível inferior e mais brando outrora construído e que não mais encontrava razão de ser diante da complexidade das relações sociais e o aumento das políticas segregacionistas.

Notamos que o exame judicial rigoroso utilizado como *díscrimem* das políticas de ações afirmativas intimamente vinculadas aos objetivos governamentais cogentes passou por uma sensível mudança no aclamado e já debatido caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*, onde o Ministro Brennan, sabedor da carência de uma revisão profunda no exame rigoroso até então realizado entendeu que cabia ao julgador estipular o quão benigno os programas discriminatórios poderiam ser, auxiliando de maneira reflexa no atendimento de objetivos governamentais relevantes. A mudança captada da exegese praticada pelo Ministro consiste na distinção semântica entre objetivos relevantes e interesses intimamente relevantes, distinção esta que diferencia um exame rigoroso, de um padrão intermediário de análise colocado em um patamar equidistante da constitucionalidade da ação afirmativa e a nova adequação perante a *equal protection clause*⁸⁷.

Salutar observação há de ser feita entre as concepções e moralidade política praticadas por ambos Ministros Warren e Brennan em momentos distintos da história norte-americana, mas debruçados sobre a mesma perspectiva legal emanada pelos princípios.

A força gravitacional que os precedentes judiciais da Corte Warren exerceram durante o período de vigência do mandato de Warren Burger como presidente da mais alta corte dos Estados Unidos é inegável sobretudo quanto ao rigor da apreciação das ações afirmativas sob a égide da Carta Magna. Mas a sutileza argumentativa extraída dos casos concretos que deram origem ao advento de um padrão intermediário de interpretação cristaliza a aplicação dos direitos jurídicos em concordância com a consulta à moralidade política da comunidade, instituída pelos preceitos legais elucidativos do comportamento.

O desafio que ora se constrói passa estar preso à influência que a moralidade política da comunidade exerce na prolação de uma decisão sobre o princípio da igualdade. Logo de imediato aflora a ideia que distintas opiniões constroem a moralidade política da comunidade, composta em diversos casos por diversas posições particulares sobre assuntos polêmicos podendo de certa

⁸⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action)**...ob.cit . p. 104.

forma a moralidade comunitária não auxiliar no alcance da justiça aplicada ao caso concreto.

Veiculando novamente a impossibilidade de o juiz atribuir suas próprias convicções tal como fez o juiz Herbert idealizado por Dworkin, considerando igualmente os direitos jurídicos extraídos das tradições morais da sociedade, ao julgador sobrar a decidir o *hard case* sob sua responsabilidade louvando a moralidade constitucional, consignada pela leitura dada ao intérprete para a Constituição conjuntamente com a moralidade individual, esta última construída segundo uma potencialidade dirigente que os cidadãos possuem na aplicação dos princípios sobre os quais repousam suas instituições. A manutenção desta prerrogativa individual proporcionará uma decisão que respeita tradições comunitárias, os pressupostos jurídicos e máxima justiça aplicada ao *decisum*, mesmo contrariando as opiniões populares.

6.4.2. Juízos de teoria política e a postura hodierna do magistrado

O padrão de julgamento praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em matéria de ação afirmativa seguiu os padrões rigoroso e intermediário em consonância com as distinções praticadas em favor dos grupos sociais envolvidos.

A mescla entre ambos sistemas de interpretação conglomerou aspectos mais do que suficientes para que a decisão refletisse a melhor leitura debruçada sobre o princípio da igualdade junto ao caso controvertido versando sobre os direitos fundamentais opostos. Compactuando com o momento histórico e a composição da corte de justiça norte-americana, os julgamentos podem vir a sofrer uma intensa variação se voltarmos a atenção para a influência avassaladora ou não exercida pelas concepções individuais do julgador. Compartilha-se com essas o respeito à democracia e os princípios que auxiliam na construção de um ordenamento jurídico compatibilizador das experiências sociais da prática da justiça.

Procuramos explorar da maneira mais consentânea possível o fato de que o modelo ideal de juiz não pode vincular-se nas convicções pessoais mesmo que fincadas na solidez das crenças sobre as quais ele debruça desconsiderando por seu turno, proposições emitidas segundo os seus juízos de valor em detrimento de todos os outros que emitem sua força axiológica de convencimento.

Respalado na dificuldade crônica de lidar com as objeções políticas circundantes da moralidade judicial na prática decisionista, a teoria do direito estipulou um aparato metodológico dirigido à apropriação deôntica da lógica normativa que se perfaz sob o império de duas etapas distintas concebidas por Dworkin da seguinte forma: preambularmente caberá ao juiz buscar um limite de aplicabilidade do direito pressuposto e formado por um conjunto de regras e princípios aplicáveis em um contexto concreto da subsunção, do silogismo jurídico, alheio à apresentação dos casos difíceis. Posteriormente o início da judicatura transfere seu foco para o pleno exercício do poder discricionário agora ancorado na missão de solucionar os problemas casuísticos existentes, empregando o arcabouço principiológico e jurídico existente⁸⁸.

A observação acima transcrita por Dworkin marcou o início de uma nova fase da Suprema Corte dos Estados Unidos em uma composição que como se verá mais adiante, pautou-se em uma concepção do construcionismo estrito ou seja, uma interpretação mais rígida da lei e pilar de sustentação das promessas de Richard Nixon, quando alçado ao poder.

Entretanto o problema contingencial de desvirtuamento da sistemática decisória sob o prisma do enrijecimento do tratamento legislativo deve ser considerado em momento posterior pois as ações afirmativas merecem inicialmente uma consideração constitucional voltada aos novos membros nomeados seguindo a tendência política presidencial vigente.

Dentre os magistrados que melhor representaram esta alteração do *status quo* materialmente utilizado como cânon de compreensão da *equal protection clause*, se encontram os votos proferidos pela Ministra Sandra Day O' Connor, indicada pelo presidente republicano Ronald Reagan. Uma

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** ob. cit., p. 195.

mudança gradual de direção na perspectiva legal e constitucional dos *standards* construídos desde o comando da Suprema Corte pelo *Chief Justice* Earl Warren.

Uma releitura promovida pela juíza O' Connor recaiu de maneira direta no conteúdo do Título VII do *Civil Rights Act*, precursor na proteção das minorias no mercado de trabalho de forma especial as mulheres. O exame rigoroso quanto a constitucionalidade da ação afirmativa, divide espaço com comprovação da raiz discriminatória oriunda do passado e sua persistência até os dias de hoje perante o caso concreto.

A modificação de rota de predisposição lógica dos casos concretos construiu-se de forma preambular com o julgamento do processo *Wards Cove Packing Co v. Antonio*⁸⁹ em que os Ministros da Suprema Corte decidiram após exaustiva discussão que refletiu no resultado do julgamento (cinco votos contra quatro) que as políticas de ação afirmativa fulcradas no aclamado título VII do *Civil Rights Act* receberiam um tratamento distinto do até então vigente, em que a identificação da existência de discriminação racial associada a dados estatísticos ou demais formas de comparação às desigualdades históricas de grupos minoritários já se mostrava suficiente para a declaração da constitucionalidade da medida reducionista de desigualdades. A sistemática regida pelos Ministros abarcaria o que se denominou inversão do ônus da prova, transmitindo agora ao empregado o dever de comprovar não apenas a existência da discriminação por ele sofrida, como também o interesse governamental cogente de diminuir as desigualdades sem desequilibrar a cláusula de igual proteção.

Nos casos decididos pelos juízes da Suprema Corte construiu-se ao longo das décadas de 70 e 80, duas posturas antagônicas emanadas por dois grupos de ministros da mais alta Corte de justiça dos Estados Unidos. De um lado os Ministros Brennan, Marshall, Blackmun, Powell e Stevens, retratavam em suas decisões uma readequação histórica das decisões de forma a remeter a um conjunto probatório rígido de consideração das autoridades políticas na criação das ações afirmativas. O segundo grupo composto pelos Ministros White, Scalia e o Chief Justice Rehnquist concluía seus votos segundo uma

⁸⁹ 490 U.S. 642 (1989).

apreciação rígida da constitucionalidade da medida governamental acompanhada em certos casos da inversão do ônus da prova, elevando assim o rigor da decisão para um patamar ainda mais alto.

Resquícios notórios do pensamento do magistrado, especialmente a Ministra O' Connor acentuaram-se em outros casos que se seguiram, ficando cada vez mais patente uma afeição menor a uma política deliberada de políticas de discriminação positiva, obrigando, por conseguinte o governo norte-americano a restringir as temáticas contempladas por tais medidas.

Apreciando o caso *Wygant v. Jackson Board of Education*, a Ministra O' Connor procurou sopesar todos os argumentos a ela dispostos, neste caso envolvendo um programa voluntário de ação afirmativa impugnada junto à Suprema Corte, pois versava sobre um programa de demissões que privilegiava os professores de uma determinada escola local com mais anos de casa em desacordo daqueles recém-contratados. Ao proferir sua decisão a julgadora invocou certos princípios nucleares que deveriam permanecer intocados de tal sorte que a legitimidade para que as ações afirmativas e demais remédios regulassem políticas antidiscriminatórias o liame respectivo junto a uma discriminação passada praticado na instituição de ensino haveria de ser provado⁹⁰.

Até o ano de 1989 como demonstram os julgados da Suprema Corte e as opiniões dos grupos de magistrados já apresentados, as versões tecidas sob a forma de voto criaram um *standard* de revisão das decisões de forma que deveria ocorrer uma proximidade entre as classificações raciais e as propostas benignas de cunho legislativo para reverter o quadro posto. Entretanto neste mesmo ano, uma decisão ainda mais severa congratulou a aplicação dos preceitos de Dworkin já explicitados de esgotamento do direito explícito, para aí então observar-se as nuances de um poder discricionário edificado pelo julgador. Cuida-se do caso *City of Richmond v. J. A. Crosson*, onde inquinando pela notória discriminação praticada na construção civil, o Congresso dos Estados Unidos utilizou do expediente da ação afirmativa ao cobrar junto aos contratantes do Poder Público que submetessem um

⁹⁰ 476. U.S. 267 (1986).

percentual de 10% das verbas alocadas e advindas do governo federal para a subcontratação de empresas menores para execução dos serviços.

Fazendo jus ao piso estabelecido pelo Congresso, o Poder Público municipal de Richmond passou a exigir que as empresas contratadas para executar serviços municipais deveriam respeitar um percentual maior (30%) na escolha de empresas menores. Deu-se então início a disputa judicial entre os atores mencionados, dada a indisponibilidade de empresas menores para subcontratação, gerando como consequência uma discriminação adversa.

A tese argumentativa em debate na Suprema Corte ventilou como critério de inconstitucionalidade da medida de discriminação positiva de Richmond, fatores diversos daqueles que habitualmente eram aviltados como signos do cumprimento dos *compelling state interest* necessários a uma harmonia entre os desígnios das políticas e o efetivo benefício carregado em prol dos grupos menos favorecidos.

O padrão de exame intermediário defendido pelo Ministro Brennan no caso Bakke também não satisfazia de maneira ampla as vicissitudes do caso Richmond dado a manutenção da constitucionalidade da prática restritiva. A conclusão vislumbrada pela maioria dos Ministros da Corte, mesmo que em apertada votação foi de julgar inconstitucional a manutenção da política. Segundo fundamentação constante do *Congressional Research Service*, importante repertório de opinião pública do Congresso norte-americano, a decisão pela declaração de ineficácia da medida pautou-se no exame rigoroso acrescido da observação de que a participação de 30% (trinta por cento) das empresas maiores não estava detidamente “amarrada” com um interesse governamental cogente.

Ademais a perspectiva legislativa que a criação de medidas que se referissem a “consciência das raças discriminadas” apresentava razões disformes àquelas que foram conciliadas no caso Richmond em que o Poder Público não provou o equilíbrio racial diretamente voltado a uma específica e identificada evidência de exclusão ⁹¹.

⁹¹ **Congressional research service.** Disponível na Internet: <http://www.opencrs.com>. Acesso em 20 de março de 2009.

De maneira linear a Suprema Corte compreendeu sob a remissão do voto da Ministra O' Connor que a cidade instituidora do método redutor das desigualdades não obedeceu de forma cabal os fundamentos das ações afirmativas, neste caso entendidas como fonte diminuidora das discriminações praticadas no passado. Relevante comentário ainda foi construído sobre a ausência de indícios evidentes de discriminações passadas, qualificadoras da reserva do percentual específico, este que por sinal não obedeceu a parâmetros fáticos e objetivamente considerados que justificassem a separação.

Convalidando com a nova maneira de considerar o exame judicial rigoroso, procurou a Ministra O' Connor sujeitar o caso em tela à analogias de outros grupos minoritários e que segundo a exegese da Corte também seriam legítimos destinatários dos contratos entre o Poder Público e seus contratantes no trato com a coisa pública. Desta feita desde a inversão do ônus da prova acolhida pelos juízes da Suprema Corte no caso *Wards Cove Packing Co. Antonio*, o exame rigoroso tornou a ação afirmativa um dificultoso processo de redução das iniquidades sejam elas realizadas para distribuir os recursos governamentais, sejam as mesmas revertidas em benefício de grupos discriminados no decorrer dos anos ou talvez dos séculos.

Como é cediço as decisões dos *Justices* da Suprema Corte dão nitidez a um cenário desconexo com o escopo máximo da realização de um julgamento de casos difíceis. A divisão entre os ministros, de opiniões e pontos de vista sobre o mesmo caso, demonstraram que muito antes de uma polarização a descentralização jurídica das decisões convergentes para uma força cada vez maior das objeções políticas impeditivas para que os argumentos de princípio sempre tão relegados na vigência da Corte Warren, agora são relegados a segundo plano dada satisfação dos interesses da maioria dos congressistas.

A alteração do rumo do processo de decisão dos casos difíceis apenas veio confirmar a potencialidade que os argumentos de política exercem sobre a mente dos magistrados que passam a se prender em demasiado a fatores de moralidade coletiva e repercussão social, desmerecendo o equilíbrio que os princípios carregam consigo no prestígio da cláusula de igual proteção.

Por outro lado já vimos que os argumentos de princípio nada mais são do que representações justificadoras de uma decisão política de tal maneira que os direitos individuais e políticos são garantidos por políticas governamentais de origem legislativa motivadas pelo parlamento ou por atos patrocinados pelo Poder Executivo. A evolução histórica das ações afirmativas não permanece viva sem a repercussão que a força gravitacional dos precedentes empresta à mesma, como garantia de validade e utilização como expressiva fonte do direito. A história institucional mais uma vez necessita ser rememorada como ingrediente decisivo contra a inovação da decisão judicial e continuamente contra a discricionariedade desenfreada praticada na apreciação dos casos concretos.

Não deve existir um tensionamento entre as decisões remanescentes da história institucional e aquelas que os juízes consideram mais justas. Talvez nunca foi tão importante uma conciliação praticada sob o raio de ação dos direitos fundamentais, os argumentos de moralidade política enraizados no seio da sociedade e o histórico dos precedentes judiciais, todos eles sopesados no momento de atribuição do ganho de causa a uma das partes.

As comparações feitas entre casos concretos apreciados por momentos históricos distintos dos Estados Unidos e de sua Corte máxima de justiça, neste caso consubstanciado nas Cortes Warren e Rehnquist, não elucidam de forma objetiva quais são os verdadeiros juízos e imposições de ordem política e principiológica deverão ser exercitados.

Contudo como nos ensina Dworkin, não existe razão para perpetuação para as decisões da Suprema Corte de esgotar inicialmente a cláusula do devido processo legal justo e dos precedentes, para aí então praticar a discricionariedade dissociada aos princípios constitucionais.

Acatar juízos opostos e convicções políticas adversas e emanadas por outros organismos sociais, faz parte da valorização democrática da liberdade de expressão a qual o juiz não pode se furtar.

Seguindo uma verificação científica do direito façamos uma breve consideração da justificação da decisão judicial sob os auspícios da norma fundamental reverenciada na doutrina Kelseniana. Se considerarmos como

fundamento de validade da ordem jurídica a história institucional que nos é trazida pelos precedentes, devemos prestar continência ao fato de que os mesmos trouxeram argumentos de princípio para franquear uma coerente razoabilidade política e jurídica de um *hard case* que *a priori* não conta com uma norma jurídica diretamente aplicável ao caso.

Os princípios que subsidiam a consecução da análise do caso, encontram seu substrato teórico e gnoseológico da Constituição, fundamento último de validade da doutrina Kelseniana da norma fundamental.

A preocupação de Kelsen em dar sentido a um tratamento científico do direito converge com a proposta da teoria da decisão dos casos difíceis de reduzir ao máximo a discricionariedade da decisão judicial ao passo que uma norma individual aqui considerada como uma sentença judicial a título decisório é dotada de um sentido subjetivo por parte de quem a profere.

Porém a validade da norma individual advinda de um precedente judicial deverá ser respaldada por seu sentido objetivo ou de concordância com uma norma superior e válida, de caráter geral, mas que consiga transmitir seus efeitos para as demais normas que dela são emanadas sem desvirtuar seu contexto inicial de interpretação.

Logo o diálogo entre o sentido objetivo e subjetivo da norma, nos leva a crer que uma de suas características implica na capacidade formal de emprestar validade às normas jurídicas positivadas deduzindo-se então que a partir da décima quarta emenda à Constituição, compreendemos o princípio da igualdade deduzindo o fundamento de validade das normas concretas que dele virão, entre as quais o *Civil Rights Act*. Esta compreensão do arcabouço científico da teoria Kelseniana pode somente ser aplicada ao ordenamento jurídico norte-americano, na medida em que conglomerava um arquétipo misto de normas emanadas pelo legislador e pelos Tribunais (norma individual) retirando seu conteúdo de validade da norma hipotética fundamental que em ambos os casos remetem à Constituição⁹².

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 418.

Portanto somamos aos argumentos já inseridos na teoria dos casos difíceis o fato de que a aceitação por parte do juiz às objeções políticas da comunidade e os seus próprios juízos de convicção não podem estar separados dos direitos que a individualidade de cada pessoa reclama frente às medidas praticadas por grupos representativos e institucionais. O conjunto de fatores listados pela moralidade comunitária não são os únicos a serem determinados no imbricado processo de decisão. Pelo contrário a prioridade recairá na tomada de conhecimento de quais são em verdade os princípios de moralidade concebidos em posições antagônicas no caso concreto.

A partir da profundidade de conhecimento dos princípios de moralidade, o julgador passará a ter diversas outras leituras do mesmo caso passando em revista o precedente judicial, os direitos jurídicos e políticos de cada parte envolvida e de maneira especial a repercussão do caso em face dos grupos representativos interessados, considerando ao final todas as circunstâncias políticas e jurídicas necessárias a uma decisão. O consenso como resumo desta idealização teórica não passa pela pertinência das convicções dos juízes, da coletividade ou do indivíduo isoladamente concebido. A prática de um julgamento justo assimila uma leitura da Constituição em harmonia com o direito a uma decisão favorável a ambas as partes. A partir de então poderá aplicar os princípios estatuídos pela norma fundamental de maneira equânime, ressoando sobre a concepção política que o caso requer.

À vista de um remate aos juízos de teoria política compreendidos pelos juízes sob a óptica da teoria dos casos difíceis de Ronald Dworkin, enalteçamos a maneira pela qual o filósofo assimila que um juiz atento e preocupado em decidir os casos a ele conferidos de maneira justa deve agir. Inicialmente o juiz por ele nominado como Hércules considerará além dos pormenores da moralidade comunitária, a moralidade constitucional dirigente e consagradora dos princípios formadores das regras institucionais. Começará assim a abstrair os juízos particulares e porventura incoerentes de parcela da comunidade sem contar os seus, sem deixar de observar por seu turno os direitos jurídicos que auxiliam na valorização e delimitação do conceito contestado e das cláusulas pétreas em jogo. Em um momento posterior Hércules preocupar-se-á em conhecer mais a fundo no contexto que cerca as

cláusulas abertas aventadas criando de forma empírica uma espécie de teoria geral do conceito que é colocado à prova surgindo por assim dizer os prolegômenos de resposta às indagações surgidas dos direitos reclamados pelas partes⁹³.

O que antes pairava como dúvida atroz agora se apresenta como prenúncio às indagações deixadas em aberto pela história institucional. Notemos que a discricionariedade judicial aos poucos é deixada de lado sem contudo reduzir-se ao nada. A habilidade dialética do magistrado influencia diretamente na incansável busca pelos postulados da equidade, igualdade e liberdade não apenas como guardião das instituições jurídicas, mas também como um ser pensante e semelhante a qualquer outro membro da comunidade pensaria de forma equivalente na solução da demanda. Por mais que a decisão do juiz frente a um caso difícil ainda encontre repulsa pela visão por vezes cartesiana da moralidade coletiva, ainda assim ela irá irradiar as aspirações de justiça por apresentar o direito institucional das partes, que ao final deverá vangloriar-se em oposição á convicções pessoais de administradores públicos, grupos representativos e os próprios juízes da Suprema Corte.

⁹³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos... ob. cit., p. 199.

7. As ações afirmativas e sua experiência no Brasil: um convite à reflexão

É notório que o ponto de vista relacionado para o estudo das instituições jurídicas é aquele que se digne para o espectro normativo dos preceitos que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Apreciando o direito como o conjunto normativo regulador das regras de conduta, concluímos *prima facie* que a vida das pessoas se desenvolve em um mundo onde a influência das normas se faz presente em todas as atividades do cotidiano, vinculando conseqüentemente os indivíduos a uma variedade e multiplicidade das normas que não se restringem aquelas da órbita do direito, eis que preceitos de ordem religiosa, regras morais, sociais, costumeiras, dentre outras capazes de incentivar a crescente e necessária pertença dos indivíduos junto à Igreja, o Estado, à família bem como outras instituições que demandam um conjunto organizado de regras para o final equilíbrio dos objetivos colimados pelas mesmas.

Por esta razão Norberto Bobbio elaborou suas concepções de direito segundo elementos essenciais que a ordem jurídica deve contar para que sua efetivação possa tornar-se possível. O primeiro desses elementos é o social, especificamente o conceito de sociedade em dois sentidos que se completam marcadamente o que não escapa da esfera individual de cada um, exigindo que a sociedade se manifeste segundo os preceitos revelados pelo direito.

Sobre outro prisma o conceito de direito deve conter a ideia de uma ordem social servindo para excluir cada elemento que venha conduzir ao arbítrio ou a forma material que não seja ordenada vez que a ordem jurídica se manifesta aos próprios cidadãos. Conclusivamente o jurista e filósofo italiano assevera que esta ordem social posta pelo direito não é originada de forma aleatória, tampouco se limite á regulação de situações particulares das relações entre os indivíduos. Pelo contrário as regras de conduta não excluem as normas que figuram ao redor da órbita do direito mesmo que diretamente não as regule tampouco fixe regras de dever ser. Em verdade as normas que disciplinam a ordem social à vezes ultrapassam e superam sua própria órbita

deixando de ser um simples enunciado prescritivo da estrutura social ou a consagração de sua unidade como um todo⁹⁴.

O alargamento da teoria do direito para além do círculo normativo estatal representa um enfoque contemporâneo da hermenêutica jurídica que exige um fenómeno pluralista da produção jurídica em nome da pacificação da ordem social. Este pluralismo como concebe Bobbio se ramifica em duas searas diferentes da monopolização ou descentralização do centro do poder normativo. O pluralismo jurídico admite segundo a teoria institucionalista uma ampliação das fontes de elaboração das normas que não apenas o ente estatal soberano. Esta teoria institucionalista significou uma pioneira compreensão da autonomia privada do indivíduo que em suas relações sociais mormente naquelas de carácter patrimonial, gozaria de liberdade reguladora de regras aplicáveis a grupos restritos.

Por certo que a teoria em debate não satisfaz o escopo ansiogênico da teoria estatista de absorção das ordens jurídicas superiores e inferiores da sociedade preocupada em eliminar gradualmente os centros de poder paralelos que legitima a soberana ordem estatal não reconhecida. A identificação do direito como fruto do complexo normativo do Estado constitui uma consequência do surgimento do Estado moderno após a dissolução da sociedade medieval⁹⁵.

As observações críticas e ideológicas de cada um dos modelos de intervenção estatal na ordem social repercute imediatamente na compreensão das ações afirmativas, desde sua gênese passando pelos entes legitimados à sua instituição, sem contar a abrangência das mesmas que como se viu não se reduz apenas ao plano formal dos ordenamentos jurídicos estatais, sob pena de uma incompletude do conceito de direito já observado em cada Estado que a mesma se edifica.

Objetiva-se neste capítulo tratar sobre o espinhoso tema da discriminação positiva e sua inserção na ordem jurídica brasileira haja vista a

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª. Ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2005, p. 29.

⁹⁵ Idem, p. 31.

promoção do princípio constitucional da igualdade em favor de setores menos favorecidos.

A transcendental importância que as ações afirmativas comportam em nosso país respalda-se pela imediata incidência em diferentes diplomas sociais que não correspondem aos anseios do princípio da igualdade. Os problemas sociais mais graves que perambulam nos níveis mais prejudicados da sociedade em um sem número de vezes versam a respeito da exclusão de indivíduos historicamente desconsiderados da participação de um justo e igualitário processo de distribuição de renda e benefícios essenciais a uma saudável qualidade de vida e integração social com os demais níveis de renda vigentes.

Ademais podemos considerar que mesmo não sofrendo discriminações historicamente construídas perpetuadas por gerações preocupadas com a manutenção do descaso social, certos grupos são igualmente descartados do rol dos direitos e garantias fundamentais legislativamente disposta, tal como ocorre com as pessoas portadoras de deficiência que além da deficiência clinicamente constatada, carregam consigo limitações jurídicas e físicas de acessibilidade aos equipamentos públicos básicos refletindo por via conexa ao princípio da dignidade da pessoa humana, abalado em sua essência por tamanha desigualdade.

Todos estes aspectos demonstram uma realista e quase que imutável desigualdade social cuja reversão implica não apenas no reclamo formal das condições plasmadas do princípio da igualdade como também em sua aplicabilidade e reconhecimento material que se dá de forma eficiente mediante a prática das ações afirmativas dotadas do nobre desiderato de redução das disparidades existentes.

Este capítulo se debruçará por conseguinte na apreciação sintética dos principais setores sociais destinatários das ações afirmativas, preocupando-se também com a justificação filosófica e constitucional da disciplina sob os auspícios da ordem jurídica brasileira. Ao final serão apresentadas propostas para uma nova reflexão da compreensão das ações afirmativas, seguindo a estrutura da deferência judicial de Ronald Dworkin, de valorização dos direitos individuais erigidos sob a forma de princípios e oponíveis até mesmo ao

Estado. A ponderação e razoabilidade serão igualmente tratados como preciosas ferramentas de formação da livre convicção do juiz no especial cuidado dispensado aos *hard cases* de nosso centro normativo integrado.

7.1. Considerações sobre a pobreza do Brasil e a disfunção na distribuição de renda

Parece que desde a época do descobrimento de nosso país até os dias atuais o Brasil enfrenta uma difícil herança de injustiça social que fomentou um duro ambiente de exclusão do acesso de parcela da população a condições indispensáveis de manutenção de dignidade e de cidadania. Em precioso estudo de lavra de Ricardo Paes de Barros, Ricardo Henriques e Rosane Mendonça denominado “A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil”, afirmam que os retratos da realidade da pobreza e da desigualdade se contradizem com a prova empírica de que o Brasil não é um país pobre em si, mas sim um país com muitos pobres⁹⁶. Além do mais os elevados níveis de pobreza relacionam-se com a formação da sociedade brasileira, marcadamente vinculada a desigualdades declaradas na distribuição de renda e das oportunidades de distribuição de renda e riqueza do país.

A explanação de um esboço dos problemas sociais do Brasil deixa transparecer um diagnóstico desesperador das problemáticas que a pobreza de recursos divididos entre os milhões de excluídos restará por exigir das autoridades públicas e da sociedade por intermédio da iniciativa privada, a implementação de políticas de combate à pobreza priorizando a redução da desigualdade e a elevação de nossa cláusula de igual proteção.

A extensão da pobreza em nosso país demanda em um primeiro plano uma análise das pesquisas remanescentes dos programas nacionais por amostra de domicílios, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A realização anual das mesmas permite a evolução específica de

⁹⁶ PAES de BARROS, Ricardo; MENDONÇA, Rosane; HENRIQUES, Ricardo; **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Disponível na Internet: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em 27 de março de 2009

informações capazes de indicar a precisa evolução do quadro de desigualdade destruídos do padrão de vida socialmente digno pelas famílias brasileiras.

Mesmo que de forma despretensiosa e alheia a uma análise detida dos relatórios do IBGE, podemos constatar que à guisa de exemplo no ano de 1999, cerca de 14% da população convivia em famílias cuja aferição de renda se encontra em similitude ao estado de indigência, recrudecendo o quadro para um percentual de 34% das famílias com uma renda abaixo da linha da pobreza. Convertendo no montante absoluto da população depuramos um total de 75 milhões de habitantes desmembrando-se cerca de 22 milhões de pessoas em grau de indigência e o restante se adequando na pobreza já aviltada⁹⁷.

Os dados empíricos colacionados retratam o contexto histórico em que os fatores determinantes para composição da pesquisa foram obtidos, sem contudo alterar o enfoque conceitual da pobreza aqui atrelado às situações de carência provocadoras da ausência de manutenção de condições essenciais de padrão mínimo de vida.

A linha de pobreza imaginariamente condicionada oferece um *standard* de apreciação dos dados para ao final equacionar a rotulação de pobre a todos os indivíduos que percentualmente se posicionem abaixo deste parâmetro.

Conforme é cediço, a amplitude da pobreza em sua gênese remete a fatores emergentes e interligados entre si, um deles de ordem imediata e outro mediatemente concebido. O primeiro importa no preenchimento das necessidades vitais dos indivíduos, caracterizando neste ponto a pobreza em uma concepção particular de composição da renda familiar mediante a aglutinação das rendas dos indivíduos isoladamente apreciados para que ao final se obtenha o todo suficiente ou não para aquisição dos gêneros substanciais para manutenção da sobrevivência.

O crescimento populacional vislumbrado no decorrer de quase 10 (dez) anos contribuiu para um quadro de agravamento da situação institucional de proliferação da pobreza e concentração cada vez mais dispare dos recursos advindos de um incremento nos setores de tecnologia e produção, que centralizam seus focos de atuação na importação dos meios de maximização

⁹⁷ Idem, p. 7

dos lucros, desmotivando uma qualificação maior da mão-de-obra já disponível em nome da prática utilitarista a curto prazo.

Por assim aclarado surge outra determinante que não se volta à análise pura e simples de preceitos de cunho econômico com um viés sociológico de satisfação das carências iminentes da população. Voltamo-nos para uma significação mais profunda quanto a escassez dos recursos disponíveis no Brasil, sem contar uma desigualdade igualmente observada dos mesmos. Amparado por argumentos técnicos a baixa renda *per capita* brasileira e o elevado grau de desigualdade na distribuição dos recursos colocam o Brasil em um cenário de desvantagem quando comparado com os demais países ao redor do globo.

Logo de início o relatório de Desenvolvimento Humano utilizado neste estudo datado de 1999 apresenta conclusões interessantes que nos propõe um quadro que subverte a realidade até o momento propugnada, vez que o Brasil figura entre os países mais ricos do mundo, com incrível pujança econômica contando com 75% do contingente populacional do planeta, vivendo com uma renda *per capita* abaixo à constatada no Brasil⁹⁸.

Resta-nos por consequência volver nossos olhos ao desafio sobressalente e talvez um sensível paradoxo. De que forma o Brasil, um país entre as 10 maiores economias do mundo concentra 30 % da população pobre de todo o mundo enquanto que outros países ricos concentram um percentual inferior a 10% de sua população em condição de carência⁹⁹? A resposta para esta indagação e muitas outras que advém da escassez de recursos, direciona-se para uma desigualdade na distribuição dos recursos disponíveis.

Considerando as mais diversas raízes justificadoras da desigualdade na distribuição dos frutos da cadeia produtiva nacional enveredamos para a absorção do significado da desigualdade sob o espectro da cultura política do Brasil, singularmente enunciada por um sentimento de mando e de obediência fruto de nossa herança de subordinação junto a colônia portuguesa. A capacidade de subserviência encontra raízes da política escravista, haja vista a

⁹⁸ Idem, *ibidem*, p.10

⁹⁹ Cf. PAES de BARROS, Ricardo; CAMARGO, J. M. **Em busca dos determinantes de bem estar na América Latina**. In: Pesquisa e planejamento n°. 3.Vol.3, 1993.

mão-de-obra existente no Brasil de forte pujança econômica e até então escassa, sobretudo em relação ao país colonizador, neste caso Portugal.

Por mais de 3 (três) séculos o Brasil foi marcado por um incremento da escravidão consistente na submissão do homem ao trabalho por meio do uso da força franqueada ao proprietário de poder deliberar a melhor das formas do senhor dispor de seu escravo. Tanto a vitalidade como a hereditariedade constituiu a política escravista cujo protagonista foi o escravo, aclamado como uma mercadoria valiosa para a ausência de opção de mão-de-obra do período¹⁰⁰.

A profundidade da dominação exercida sobre os escravos maximizados pela evolução dos problemas sociais contabilizados com a extinção da escravidão no país notadamente com a edição da Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888), almejou colocar termo final à opressão praticada ao longo de 354 anos da sociedade escravista no Brasil.

A concepção do diploma legal abolicionista dos escravos propiciou ao trabalhador confinado, respirar o ar da liberdade angariando como dedução lógica dos novos tempos, a mobilização de toda uma nação não apenas para modificação da legislação vigente como por igual medida, exigir do Imperador e posteriormente do Presidente da República políticas públicas efetivas de alocação de 723.719 escravos cuja representatividade correspondia a aproximadamente 40% (quarenta por cento) do total de escravos importados¹⁰¹.

A ressalva histórica abordada exprime que tanto com a influência da escravidão como ainda em período anterior, com a repercussão trazida pelas sesmarias e o “loteamento” das terras tupiniquins, exibem que o poder e a subserviência convivem com duras realidades fáticas que originaram sob o crítico olhar da ciência política, as raízes da desigualdade social.

Max Weber em sua definição de poder como “a probabilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, mesmo contra resistências,

¹⁰⁰FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pião: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes**. São Paulo: Expressão popular, 2005, p. 15.

¹⁰¹TRECCANI, Girolamo Domenico. **Terras de Quilombo: caminhos e entaves do processo de titulação**. Belém: Secretária Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006, p. 70

seja qual for o fundamento dessa probabilidade”¹⁰² resume a concretização que o poder do senhor territorial pós-abolicionista ainda exerceu sobre os escravos e sobre aqueles a que o senhor veio dispor sua vontade e prudente arbítrio.

Estendendo seus mandos a muitas outras parcelas da população regionalmente consideradas e compreendidas em uma nova ordem social equidistante aos senhores e latifundiários os homens livres beneficiários da liberdade concedida pela Lei Áurea mantiveram intactas sua relação de subordinação ainda que tutelada por uma pretensa e formal liberdade.

Gilberto Freyre moldou a partir dos relatos desta nova casta social uma análise cativante sobre estes indivíduos meticulosamente distribuídos pelos senhores latifundiários em outros ramos que não os de proferida exploração de propriedades rurais. Para o estudioso da personalidade do brasileiro, estas pessoas que se acham em condição intermediária que não a de escravos também não alcançaram a condição de cidadãos, amoldando-se sobre a condição de parias inúteis, desprovidos de qualquer condição de equiparação de direitos e concessão de garantias¹⁰³.

O diagnóstico da má distribuição de renda no Brasil iniciado no regime escravista e do comércio colonial com os portugueses não nos fornece em completude um panorama completo desta endêmica e cíclica estrutura escravocrata e praticante de perversões na condução dos negócios particulares ou no trato da coisa pública, sempre atendendo os desígnios das classes dominantes.

Ainda que a Lei Áurea representasse um marco histórico na derrocada de um regime já extinto em inúmeros países em desenvolvimento, que permutaram a expressiva exploração dos escravos e prejudicial prática monocultora pela maior variação das trocas comerciais substituindo os gêneros comercializados e tornando livres os outrora escravos, conferiu-se aos indivíduos a cidadania já esperada e propiciadora de uma participação política mais intensa no rumo econômico e social dos países.

¹⁰² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editorial UnB, p. 33.

¹⁰³ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 16^a. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973, pp. 35-36.

Por aqui como pontua Wanderley Guilherme dos Santos desenvolvemos uma chamada “sociedade liberal escravista”¹⁰⁴. A elaboração de seu conceito englobou uma definição de cidadania preponderantemente dependente de aspectos pretéritos da construção dos direitos básicos de cada cidadão, tais como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, marcos da revolução francesa e que foram gradativamente adaptados à realidade de cada Estado.

Partindo da análise científica da ideia de Estado como um fenômeno político por excelência, Paulo Bonavides alude que a Ciência Política na sua constante sociológica, “não pode tampouco ignorar as raízes históricas da evolução política”¹⁰⁵. A retrospectiva proposta pelo emérito jurista se estende por vezes aos mais agudos transes e das mais penosas vicissitudes do Estado na aquisição da cidadania pelo povo. Sob a repercussão sociológica da cidadania, qualquer forma de coação sobre os homens exercida pelo Estado implica o desaparecimento deste último, associando-se também fatores sociais do passado recente de cada nação como a escravidão antiga, que ao longo dos anos foi se transformando em uma escravidão capitalista.

Restringindo esta corrente sociológica de construção da sociedade livre com sua vivência cotidiana diuturnamente arraigada nos cidadãos os direitos civis e políticos de primeira geração que contribuíram no Brasil para a formação da cidadania livre por meio da outorga de direitos e garantias fundamentais, como do direito à locomoção, ao trabalho e a propriedade, submeteram-se mais uma vez aos constantes mandos e desmandos dos senhores de terras estes sim detentores de amplo poder e legitimação oriunda de práticas violentas e de subserviência das camadas mais humildes da sociedade.

A alteridade do binômio “mando” dos senhores latifundiários e “subserviência” dos homens livres manteve-se incólume mesmo com a abolição da escravatura. Mesmo que quantitativamente organizado sob o pálio de população, o elemento populacional cientificamente apreciado com o vínculo ao Estado por meio da nacionalidade e da cidadania, se esvazia por

¹⁰⁴SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem burguesa e liberalismo político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

¹⁰⁵BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 40-41.

razões ideológicas de resquícios de manifestação burguesa nos Estados ocidentais, limitadores da participação política dos governados nas decisões políticas do Brasil recém ingressado no grupo das nações independentes e pouco tempo depois republicanas como um país sem povo.

Excedendo a outorga de direitos políticos remanescentes da relação de poder dos latifundiários, Sérgio Buarque de Holanda, autor da célebre obra *Raízes do Brasil*, mergulha no âmago do sentido da submissão do povo brasileiro concluindo que a herança das nações ibéricas foi danosa no processo de identificação dos brasileiros e seus descobridores não satisfazendo a envergadura e solidez do contexto político necessário na nação recém-nascida¹⁰⁶.

A renúncia da personalidade interior dos indivíduos em exigir dos governantes a manutenção dos direitos individuais e coletivos, fixando um limite de freios e contrapesos à atuação estatal na proteção dos grupos representativos são consequências da ausência de racionalização da vida e a ascensão de um sistema marcado por intensa força exterior de obediência cega alheia a qualquer crítica mesmo que legítima. Os princípios medievais e porque não feudais de lealdade irrestrita e cumprimento de ordens desde as mais grotescas até aquelas que apregoam a violência, pertencem às características de nações ibéricas responsáveis pelo descobrimento de terras no hemisfério sul, especificamente na América do sul como se deu no caso do Brasil e a relação de subserviência à coroa portuguesa.

A lógica cultural da distribuição de renda sofreu uma mutação política onde os sujeitos da democracia brasileira, mantiveram quase que incólumes sua pretensão de forjar um país de pretensa igualdade quando na verdade o que a população da época se deparou foi uma mera transferência da sede do poder vigente, neste caso a coroa portuguesa para o Presidente da República e deste para os governadores sujeitos a uma aristocracia rural emergente e afoita à incorporação dos privilégios que recebiam desde a época do Império¹⁰⁷.

¹⁰⁶HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984, pp. 9-11.

¹⁰⁷ Idem, p. 119.

Não nos debruçamos sobre as nuances históricas e sociais contributivas da proliferação destas aristocracias regionais cabendo apenas o registro de que houve na esfera fática, uma harmoniosa relação entre a política dos governadores e a política dos coronéis. De um lado o poder público mantinha sua supremacia nas províncias defendidas pelos chefes locais que financiavam seus afilhados políticos como garantia da estabilidade política já deficitária no âmbito social. Pelo lado dos coronéis, pujança econômica e tirânica estava garantida pela manutenção política gerada pela contrapartida pecuniária dada aos governantes. A garantia de longevidade do latifundiário significa a base de sustentação do poder privado chancelado pelas “vistas grossas” dos governadores nos primórdios da história republicana do Brasil.

Permitindo-nos um salto cronológico para os dias atuais temos condições de pelo menos sugerir algumas respostas às indagações levantadas no início do item, de maneira a desfazer o paradoxo formulado pela doutrina econômica. Apoiando-nos em estatísticas, de que a renda *per capita* do brasileiro sendo relativamente elevada, não condiz com o elevado grau de desigualdade na distribuição de renda e riqueza especialmente nos últimos 20 (vinte) anos, em que se registrou cerca de 40% (por cento) da população abaixo da linha da pobreza consentimos com a importância dos fatores históricos cultuados alhures.

Ressoa de maneira instigante os desafios contemporâneos de desenvolvimento social tanto pela visão econômica de incremento da renda *per capita* do cidadão brasileiro como pela equânime distribuição de renda. As iniciativas governamentais multidisciplinares como capitalização de recursos, diversificação das políticas de abastecimento, modernização de técnicas agropecuárias, maior participação das camadas populacionais no plano decisional, vieram até um passado recente na contramão do progresso dado a desídia estatal no competente levantamento dos grupos efetivamente dependentes da intervenção governamental.

O combate à pobreza no Brasil passa por medidas de integração entre os problemas enfrentados pela população, seja para acessibilidade dos equipamentos públicos à disposição, seja para a inclusão social sob outros aspectos como educação, educação cultura, qualidade de vida entre outros

motivos que ressaltam o potencial ainda não explorado das políticas geradoras de equidade¹⁰⁸.

A realidade institucional demonstrada sob a forma de gráficos, estatísticas e pareceres alinhados à nova ordem mundial, enriquecem o debate da desigualdade na distribuição de renda no país e as medidas hábeis à sua eliminação. Remontar sua origem ao quadro social presente no Brasil império e posteriormente ao período republicano conflui para um estudo analítico dos grupos menos privilegiados ao longo de nossa história, fruto de uma discriminação passada e ainda persistente em todas as regiões do Brasil.

Tal como ocorreu com os países pioneiros das políticas de ação afirmativa como os Estados Unidos da América, a constitucionalidade de seu advento é absorvida pela imposição do princípio da igualdade como cânon constitucional de um Estado democrático de direito juntamente com o histórico institucional da discriminação praticada ao longo do tempo. Formam-se, assim, os requisitos justificatórios da compulsoriedade da política pública de um país repleto de contradições especialmente aquela de que a pobreza não resulta do levantamento de números absolutos (comprobatórios de que o Brasil não é um país pobre) mas sim da eficiência na distribuição dos recursos.

7.2. As ações afirmativas no Brasil e sua profusão na ordem jurídica pátria

Seguindo a pretensão de reduzir os elevados índices de pobreza no Brasil e de distribuição mais igualitária de renda, nos últimos anos diversos projetos têm sido propostos em todas as esferas do poder estatal (Federal, Estadual, Distrital e Municipal).

A mitigação dos danosos efeitos que uma tendência ideológica de política econômica ou distribuição unilateral de renda impede o crescimento ordenado de um país que conta com inúmeros grupos em situação semelhante

¹⁰⁸ PAES de BARROS, Ricardo; CAMARGO, J. M.; MENDONÇA, Rosane; HENRIQUES, Ricardo; **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Disponível na Internet: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em 27 de março de 2009, p.138.

de desigualdade. Por essa razão os projetos embrionários de ações afirmativas no Brasil privilegiaram temas contingentes como o sistema educacional e sua tradicional indiferença com a garantia de boa qualidade de ensino para as camadas populacionais de baixa renda, carentes de recursos materiais humanos e financeiros. Participantes ativos desta classe de desprivilegiados, os negros sofreram por demais com a exclusão a um ensino público de qualidade, principalmente no ensino superior onde a preparação do cidadão para o desenvolvimento da atividade profissional é consolidada.

Outras ações afirmativas que prosperaram em textos legislativos volveram os olhos para a acessibilidade e integração da pessoa portadora de deficiência, aos equipamentos públicos oferecidos ao restante da população combatendo igualmente as disparidades presentes no ingresso das pessoas portadoras de deficiência aos cargos públicos oferecidos. Como já se viu a acessibilidade de todos a cargos e oportunidades evita o alijamento de pessoas que gozam da efetivação das medidas de otimização do princípio da igualdade, considerado em sua especificidade em cada setor da atividade produtiva, historicamente discriminado ou vindo sofrer por alguma vicissitude social ou econômica geradora de desproporção.

Da mesma forma que o levantamento das causas de desigualdade social de distribuição de renda no Brasil causou intensa dificuldade paradoxal considerando as riquezas naturais e o potencial inexplorado de recursos disponíveis, a inserção do instituto na ordem jurídica pátria carrega semelhante problemática, agravada pelas mazelas do quadro social que se espraiam cada vez mais para campos distintos e a ausência que o tema “ações afirmativas” recebeu pelo nosso sistema normativo, vindo a florescer apenas com a promulgação da Constituição Federal cidadã de 1988.

O conceito de igualdade defendido pelo nosso ordenamento como fundamento basilar da criação das ações afirmativas socorre-se das experiências bem-sucedidas dos Estados Unidos da América sobre a matéria.

Entretanto os ideais da revolução francesa contribuíram para amoldar a noção de igualdade perante a lei, abstratamente considerada e plicada sem diferenciação nas situações concretas conflitivas de direitos e princípios individuais. A igualdade jurídica ansiosamente positivada nos diplomas

constitucionais que se seguiram, triunfaram na mudança dos rumos da história da humanidade ao final do século XVIII com a queda do regime absolutista e despótico, e a legitimidade constitucional do Estado liberal burguês.

Dando os primeiros contornos do princípio da igualdade perante a nova ordem constitucional o princípio da igualdade perante a lei consiste na implementação de um espaço neutro, onde as virtudes e capacidades dos homens devem ser respeitadas e intocadas. A partir do momento em que o homem cria os privilégios em um sentido inverso, zonas delimitadas e espaços específicos são criados e com eles se instala a desigualdade antes repudiada.

Acreditou-se, porém, que a mera posituação do princípio seria suficiente para que os sujeitos ficassem seguros que suas prerrogativas sacramentadas no texto constitucional não sofreriam abalo por iniciativas outras, tanto as de iniciativa privada quanto as do Estado, o que de fato não houve. A abstração do princípio da igualdade motiva as características meramente formais (fundamento de validade das normas jurídicas), podendo decorrer destas o conteúdo das normas jurídicas concretas. Kelsen observa também que a interpretação depende do pressuposto de uma norma fundamental sendo admitido que proposições normativas possam ser compreendidas como normas do direito ou da moral objetivamente válidas¹⁰⁹.

A relação dialética entre as normas jurídicas concretas e seu fundamento de validade, emprestado pela norma hipotética fundamental, tornou imperiosa uma concepção substancial da igualdade, operacionalizada sob a forma de condições fáticas e econômicas somadas a certos comportamentos em setores sociais vigentes.

A convivência concebida idealmente da *mens legis*, ao princípio da igualdade formalmente posto, sofreu abalos pela exposição das constantes mutações sociais criadoras de comportamentos inéditos, que agravaram desigualdades já existentes e derrotadas por um formalismo antiquado que já não era bastante para garantir a incolumidade do princípio da igualdade.

¹⁰⁹KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 328.

Carmem Lúcia Antunes Rocha criticando a proibição exclusivamente formal do princípio da igualdade conclui que: “(...) O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”¹¹⁰.

De maneira semelhante ao ordenamento jurídico norte-americano, o primeiro passo para a incorporação da igualdade substancial no âmago das prioridades de gestão institucional consistiu em compreendê-las como políticas concebidas e mecanismos solucionadores de dilemas sociais urgentes, como a marginalização social e o radicalismo econômico que excluiu o negro das benesses advindas do incremento do processo produtivo e da geração de riquezas. Nos Estados Unidos a ordem do dia exigia correções imediatas aos grupos minoritários inicialmente possibilitados pelo abandono do Estado à sua posição de neutralidade no trato das relações econômicas e sociais, preferencialmente, as primeiras no contexto globalizante da política neoliberal.

No Brasil, de maneira adversa, os problemas sociais não ficaram restritos apenas aos negros ou outras classes e grupos especificamente estudados sob o plano numérico de estatísticas elaboradas por institutos governamentais. A gravidade das disparidades era muito mais ampla, englobando preconceitos de raça, sexo, opção religiosa, condições econômicas, anomalias físicas e psíquicas, apenas para listar as questões emergenciais de discriminação passada.

A constitucionalidade do princípio da igualdade pelo Estado brasileiro foi medida preambular de neutralização dos efeitos discriminatórios indistintamente considerados. Transfigurando-se o princípio jurídico da igualdade para um objetivo constitucional pressuposto, estendemos o leque de combate às desigualdades para aquelas não circunscritas à discriminação passada, endurecida no seio social, mas também para todas as iniquidades praticadas de fato no cotidiano das pessoas, todas fundadas em disparidades

¹¹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** In: Revista Trimestral de Direito Público. Nº15/85, p. 86.

culturais, pedagógicas entre outras, engendradas na esfera pública e privada, coletivamente defendidas ou individualmente erguida na psique humana.

Todo o aparato sociojurídico voltado ao restabelecimento da paz social não prospera sem uma mínima adesão social à proposta transformadora da Administração Pública ou dos entes privados voluntariamente motivados a auxiliar o Estado como co-participantes da redução da desproporção da balança da igualdade. A criação legislativa com a imposição intrínseca da consecução da igualdade como princípio constitucional alia a eficácia social do princípio da isonomia a uma ampla conscientização da sociedade como um todo, começando pelos líderes dos grupos representativos incumbidos de concentrar seus esforços para o profundo estudo das condições sociais solapantes do progresso do país, engessado democraticamente pelo desrespeito à concepção política da soberania popular.

A abertura do texto constitucional e a nova modelagem que o princípio da igualdade recebeu desde as revoluções francesa e norte-americana, alteraram a aplicação dos direitos, moldando-as ao novo conteúdo do Estado democrático de direito e sua fase construtiva de uma norma social mais justa.

O desafio primeiro de nossa ordem jurídica consiste em conceber no texto constitucional, proposições encorajadoras dos efeitos da má utilização do mandamento nuclear de nosso sistema universalmente reconhecido por todos os Estados como a consciência da igualdade entre todos os seres humanos na distribuição de riquezas e de oportunidades.

7.2.1. A Constituição de 1988 e as ações afirmativas

As desigualdades concretas que o pensamento liberal afloram não se apegam a uma retrógrada concepção “estática” do direito, despreocupada com as consequências que a aplicação substancial do princípio da igualdade vinculam os destinatários das políticas, pois como já se viu a materialização das ações afirmativas dependem de uma conscientização coletiva sobre a

discriminação impeditiva da defesa dos interesses das pessoas mais fragilizadas.

A nova ordem mundial que ultrapassou as fronteiras do tratamento equânime formalmente estatuído na Carta Magna possibilitou que nos outros ordenamentos jurídicos se construísse um sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos, notadamente de políticas sociais de apoio e elevação de grupos historicamente desprivilegiados. Inobstante a captação axiológica dos valores coletivos generalizados do ser humano, a percepção do mesmo em sua singularidade reduz o peso das disparidades econômicas ao mesmo tempo em que incentiva o incremento da justiça social.

Delimitando a atuação do Estado moderno em nome da extinção de antigos preconceitos e comportamentos públicos e privados reducionistas das mais básicas necessidades da população detentora dos direitos fundamentais, repercutiu-se positivamente a individualização do homem a fim de conhecer seus anseios na justa distribuição dos bens. Flávia Piovesan assevera que a partir do indivíduo genericamente concebido e desprovido de cor, sexo, idade, classe social e inúmeros outros fatores discriminatórios, alcança-se o sujeito concreto igualmente detentor dos direitos e garantias individuais da integração do princípio da igualdade formal, com materialização decorrente das políticas públicas instituidoras das ações afirmativas dissipadoras das mazelas sociais¹¹¹.

Os setores público e privado antes assíduos incentivadores da liberdade econômica de livre situação no mercado e gestão por vezes ineficientes dos recursos públicos colocados à serviço de todos, passaram a ser controlados por propostas contemporâneas de realização da igualdade por meio de um gradativo processo de progressiva proteção das minorias, por vezes alcançado com a imposição de quotas para ingresso em instituições de ensino superior ou áreas estratégicas do mercado de trabalho.

A natureza multifacetária das ações afirmativas permite uma volatilidade de obediência e conscientização desde que atendidas os pressupostos delineadores de instrumentos jurídicos na seara reparatória da

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998, p. 130.

busca pela efetiva igualdade ou de postulados informais gerados pelas medidas de discriminação positiva de aplicação estrutural nos aspectos difusos. As práticas culturais de inclusão por parte dos órgãos constitucionalmente contemplados com a capacidade jurisdicional, aglutinam-se à força probante das ações afirmativas tornando-a ainda mais enriquecida e imprescindível para uma nação que visa defender seus cidadãos contra a desordem que o princípio da igualdade pode causar.

Continuamente o direito constitucional brasileiro é instado a se compatibilizar com as modalidades da ação afirmativa na dispersão dos preconceitos de raça, sexo, deficiência física e de origem nacional. Muito antes do que a igualdade puramente procedimental fundamentada nas políticas governamentais de concessão de garantias expressas de que todos têm o direito, permite-se com essas o acesso a ferramentas suficientes de obstaculização da desigualdade.

A vertente igualitária de resultados se preocupa com os antecedentes históricos que culminaram na criação do princípio da igualdade, sem deixar de volver sua lida às disputas cotidianas impactantes sobre as classes menos privilegiadas, protegidas com a promulgação da constituição cidadã. Como veremos adiante a Constituição Federal estabelece diretrizes de uma base política e social sustentada pelas políticas afirmativas.

A teoria constitucional seguida pela nossa Constituição Federal enalteceu no plano dos direitos e garantias fundamentais inclusos no rol do artigo 5º a igualdade calcada na lei ou como se retira do texto constitucional, “o devido processo legal”. Idealmente a igualdade significa a garantia da efetivação de procedimentos justos para alcance de uma decisão, não outorgando aos indivíduos a necessária tranquilidade dos resultados efetivos de justiça social e maior formação técnica para inclusão de todos no competitivo mercado capitalista neoliberal.

Como alternativa dos problemas sociais postos, marchou nossa carta Magna em direção da igualdade de resultados, de forma a estender o leque de direitos dos cidadãos interferindo, portanto em um quadro de relativa harmonia que os artigos da Constituição Federal de 1988 possuem entre si, focando um desafio na orquestra constitucional de regras e princípios subjulgando a

normalidade sistêmica com a qual nossa Carta Política trabalhou até hoje. Perez Luño premia a soberania popular sobrelevando-a a um patamar superior que lhe retira a etiqueta absolutista superior e transcendente das vontades individuais. Se o momento histórico de criação de nossa Lei maior contestava veementemente qualquer outra manifestação soberana que não aquela moldada no sentido voluntarista de titularidade e exercício do poder nas mãos de poucos, inarredou-se de outra banda a recuperação do sentido de funcionalidade que o princípio da soberania promulga ao dialogar constantemente com os cidadãos no escopo de encontrar a orientação democrática proposta pelo Constituinte de 1988¹¹².

A direção do sistema normativo como um todo não pode ser divulgado imediatamente apenas com formulações hipotéticas e abstratas do comportamento dos sujeitos. São necessárias condições precisas de que o exercício democrático do princípio da igualdade seja avalizado por todas as camadas sociais, fundamentalmente a dos cidadãos que outrora participaram do processo político de escolha de seus representantes. O pluralismo de iniciativas e alternativas de leitura da Constituição Federal de 1988 inicia um fértil período de racionalização do processo político e respeito contínuo aos direitos e garantias fundamentais e a limitação do poder do Estado¹¹³.

A mutabilidade das decisões políticas na escolha do método coerente de discriminação positivas aceita um discurso subjetivo de perseguição de valores de verdade, liberdade e justiça igualitária, somados a fatores extrínsecos de repulsa a dogmas competitivos que na prática duplicam o abismo igualitário entre as classes mais ou menos privilegiadas.

Observamos alguns exemplos concretos da margem finalística estruturada pela Constituição de 1988. O artigo 3º sustenta os objetivos fundamentais da nossa Constituição republicana ao reforçar valores como justiça e solidariedade (inciso I), erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (inciso III) e a eliminação de qualquer forma de discriminação (inciso IV). A base de edificação da Carta Magna aplica ao corpo

¹¹² LUÑO, Antônio-Enrique Perez. **Soberania popular y Estado de derecho**. In: *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 63

¹¹³ Idem, p. 64.

normativo a carga informativa que o preceito deve levar sempre contando com a adesão do texto ao fim constitucional que lhe deu vida.

A circunstância finalística do texto positivado no artigo 3º tributa aos legisladores a hercúlea tarefa de lastrear o corpo legislativo advindo da norma fundamental das medidas suficientemente consentâneas de seu fundamento de validade, sob pena de ser expurgada do ordenamento jurídico. A clareza teleológica encontrada no preceito revelado alude em sentido diverso a decidibilidade dos casos levados ao juiz nas relações *inter partes*, como nos dispõem o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Tanto no dilema constitucional como nas relações entre particulares, a linguagem racional-categorial e intencional-metafórica se completam quando procuramos desbravar os meandros da norma jurídica segundo seu sentido positivo despido de qualquer valor moral ou sob a concordância da releitura do texto de acordo com a argumentação jurídica e sua faculdade modificadora do preceito quando desconforme com a finalidade constitucional¹¹⁴.

Ainda à guisa de exemplificação outros artigos da Constituição aludem a consecução da igualdade material tais como o artigo 170, alusivo a ordem econômica e financeira assecuratória de uma justiça social segundo princípios correlatos à redução das desigualdades regionais e sociais. A melhoria da condição social com proteção da mulher no mercado de trabalho (artigo 7º) e a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência a cargos e empregos públicos como um dos primados da Administração Pública, caminha em sentido semelhante à elevação da igualdade material que se dá em diversos trechos da Carta Política que não aqueles definidores dos direitos fundamentais (artigo 5º) ou a blindagem conferida às cláusulas pétreas.

O distanciamento necessário que o intérprete realiza do significado acontextual da lei, abre caminho para uma análise do objeto cientificamente apreciado elegendo para tanto, *standards* plausíveis de interpretação que juntos formarão a ciência de signos e símbolos do texto legal operados por meio da interpretação que por sua vez nos remete a um conjunto de princípios

¹¹⁴ HART, Fritjof. **Direito e linguagem**. In: Introdução à filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneas, A. KAUFMANN e W. HASSEMER (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 311.

e regras responsáveis pelo movimento neoconstitucionalista de um sociedade da justiça, da segurança e do bem-estar social, todos estes considerados pela Constituição Federal¹¹⁵.

A transformação social como valor de destaque do constituinte de 1988 significou a tônica de expressão normativa de toda Constituição, retratando a eliminação das situações avessas aos propósitos encartados nos objetivos republicanos. O legislador deverá agir movido por uma postura ativa na erradicação das diferenças sociais, consciente de que as mudanças legislativas resultantes prescrevam as diretrizes do Poder Executivo ou a atividade jurisdicional do Poder Judiciário, não encontrando limites a não ser aquele convencionalmente chamado de princípio da igualdade. O princípio explorado navega por toda a Constituição ora autorizando, ora repelindo determinada concreção à norma fundamental, porém jamais restringindo novas formas de invocação do princípio, pois dada evolução social do século passado ainda permanece em voga no presente, sedimentando à história constitucional brasileira certos temas que inviabilizam o viés transformador da ação afirmativa.

Os objetivos fundamentais promovidos no artigo 3º e devidamente explorados amiúde ao longo da Constituição universalizam a promoção do princípio da igualdade visando a implantação de um modelo livre de atuação social gerador de oportunidades semelhantes a todos. A imprescindibilidade do princípio enriquece o modelo de interpretação das ações afirmativas no Brasil de unidade do sistema jurídico, neste caso a unidade da Constituição.

Independentemente das regras jurídicas tomarem como pressuposto a regulação de situações essenciais entre dois particulares que sejam em uma relação jurídica contratual, ainda assim persistir-se-á a conectividade entre as normas e políticas públicas e o texto constitucional, graças ao princípio da igualdade que se irradia por todo o complexo normativo.

Não nos resta dúvida que a igualdade juridicamente apreciada culmina na adoção de uma medida extrema, haja vista que em um sem número de

¹¹⁵ CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª. Ed. Vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 181-186.

casos associados a discriminações entre os sujeitos, se ultima uma igualdade conclusiva do princípio referido.

A particularidade que políticas de discriminação inversa acarretam tanto na opinião pública como no senso comum dos cidadãos são amplamente malrecebidas pela classe que anteriormente à política de ação afirmativa era beneficiada por conta da discriminação até então praticada. A conduta reparadora de discriminações passadas ou confirmatórias do princípio da igualdade conclama o ente estatal a exercer a prerrogativa principiológica de favorecimento de minorias inferiorizadas socialmente segundo critérios específicos promotores da justiça social.

7.2.2. Os limites das ações afirmativas no Brasil e a importância da razoabilidade

A preocupação empírica da igualdade substancial é um fator determinante para que a ação afirmativa venha receber os créditos de eficiente medida tendente a eliminação de todas as formas de discriminação. O cumprimento de dever legal pelo Estado de submeter constantemente o princípio, que por excelência não pode se perder ao sabor de convicções pessoais do legislador e do Administrador Público, priorizar certas áreas sociais em prejuízo de outras, dificultando sobremaneira a harmonia do princípio em tela e porque não da ordem jurídica.

Mesmo que não seja objeto deste trabalho discutir a jurisprudência nacional em matéria de ações afirmativas cabe mencionar importante julgado apreciado pelos ilustres Ministros do Colendo Supremo Tribunal Federal eis que deverá a lei reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Notemos que no caso concreto, o STF deu provimento ao recurso extraordinário interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que impediu o asseguramento de vaga em concurso público por conta da impossibilidade aritmética de destinação e cumprimento do percentual de 5% (cinco por cento) das vagas às pessoas

portadoras de deficiência¹¹⁶. A linha de raciocínio seguida pelo Pretório Excelso desconsiderou a inviabilidade formal de fracionamento do percentual de 5% (cinco por cento) para efeito de reserva de vagas em um total de 8 (oito). A divisão realizada mesmo resultando em uma fração inferior ao meio, deveria ser arredondada para cima equilibrando assim o princípio da isonomia.

A fundamentação do *decisum* do Tribunal enalteceu a nítida situação de desvantagem por vezes provocada às pessoas portadoras de deficiência na realização dos concursos públicos situação esta agravada pela maior dificuldade de acesso aos mecanismos de formação técnica necessários ao provimento dos cargos. O dever estatal de construir um ambiente de consagração da igualdade material passa pela escolha de regras e políticas representativas da moralidade constitucional da comunidade defendida por Dworkin, mesmo colidindo com outras opiniões populares de destaque.

O texto constitucional brasileiro desde sua revitalização pela Constituição de 1988 obriga-nos a não perder de vista os preceitos encarnados no artigo 1^a valorizadores da dignidade da pessoa humana e cidadania todos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Luiz Alberto David Araujo vai mais além ao situá-los na leitura concomitante ao artigo 3º (objetivos fundamentais do Estado brasileiro). Logo a realização conjunta dos valores constitucionais promove o bem de todos “sem preconceito de origem, raça, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação”¹¹⁷. Além de estatuir a proteção da pessoa portadora de deficiência o texto legislativo supremo do país fornece instrumentos mais do que necessários para sacramentalização do objetivo.

Medidas antidiscriminatórias expostas pelas ações afirmativas são vocacionadas para a defesa dos direitos e garantias individuais dos indivíduos, sejam eles desrespeitados nos setores histórico e cultural de apreensão de nossa identidade social. O problema que se constata a partir de então consiste em empreender uma coerente distinção dos preceitos discriminatórios socialmente propagados ou individualmente relevantes daqueles que residem

¹¹⁶ Recurso Extraordinário nº 227.299-MG. Relator Ministro Ilmar Galvão, 14.6.2000.

¹¹⁷ ARAUJO, L. A. D. (Org.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. 1^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 213.

no imaginário coletivo e que portanto não irradiam contornos especificamente prejudiciais para o desequilíbrio da balança da igualdade.

A sobressalência da intervenção estatal legitimada pela exegese progressiva do texto constitucional invoca o amplo e irrestrito direito à integração social envaidecidamente encontrado no campo das liberdades positivas e por assim dizer envoltas pela prestação prioritária do Estado.¹¹⁸ A composição da igualdade pela mão acalentadora do Estado permite que este concretize o direito formalmente descrito em normas programáticas geradas pelo constituinte de 1988.

Em tais casos, tarefa difícil é imposta ao intérprete na cunhagem da justificativa constitucional do princípio da igualdade capaz de subsumi-lo à norma fundamental que tratará de corrigir a distorção praticada¹¹⁹. O jurista Joaquim de Arruda Falcão dedicou-se em suas pesquisas na busca por uma correta problematização do tema, partindo então para o apreço da constitucionalidade da ação afirmativa.

Logo de antemão observa o professor que a delimitação da constitucionalidade da medida passa pela aplicação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Como veremos adiante, ao destrinchar ambos de forma mais profunda, a busca por critérios objetivos e racionais suficientemente aptos a reajustar a situação de desequilíbrio provocada configuram o ponto de partida para aplicação do princípio constitucional frente à desigualdade debatida. Paralelamente e não menos importante a legislação infraconstitucional ajusta-se ao desiderato dos princípios informativos da ordem jurídica, devendo obediência ao fenômeno epistêmico praticado pela norma fundamental, donde as leis gerais, ordinárias, decretos etc., retiram seu fundamento de validade.

Assim, a Constituição e a desigualdade apontada como contrária ao texto constitucional não podem ofender o comando maior da Carta Magna que estatui o dever de obediência, sob a roupagem do atendimento do dever de

¹¹⁸ ARAUJO, L. A. D. . **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 3ª.ed. Brasília-DF: CORDE, 2003, p. 56.

¹¹⁹ FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Direito da mulher: igualdade formal e igualdade material**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE, Moisés (orgs.). O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: Edusp, 1999, pp. 302-310.

redução das desigualdades sociais. Além de a ação afirmativa guardar plena compatibilidade com a linha de interpretação mais consentânea da Constituição Federal, deverá a mesma ser específica assim como a justificativa que a acompanha, compondo de forma clara e precisa as situações ou os indivíduos amparados com a medida discriminatória. Por fim, a desigualdade motivadora da discriminação positiva há de ser eficiente, ocasionando um necessário liame entre a prioridade legal privilegiadora do grupo minoritário, a separação do equilíbrio pretendido, e a distribuição de bens e riquezas nas ações de cunho socioeconômico¹²⁰.

Os requisitos dispostos por Falcão são marcos para análise da constitucionalidade da ação afirmativa no Brasil. Entretanto os requisitos objetivamente considerados precisam estar jungidos a fatores externos de caráter social que priorizem o exame interpretativo da ação afirmativa instituída como um todo orgânico revelador da desigualdade.

Fatores sociais surgem justamente da não permissividade do direito de isolar-se do ambiente de vigência, atendendo sempre às manifestações sociais e econômicas, correspondendo de maneira mutável ao interesse das regras formuladas, segundo seu real sentido e não o seu alcance, este último previsto apenas no manuseio do caso concreto. Tais modificações sociais no cenário hodierno constituem o cerne das proposições positivadas carecedoras de uma tradição evolutiva praticada de maneira principal pelo magistrado responsável pela elucidação do sentido exato da norma. O ideal de justiça nasce como uma leitura sociológica do Direito, passando os fatores sociais a assumirem importância inarredável para uma hermenêutica construtiva cada vez mais independente da retrógrada exegese do texto legal puro.

Carlos Maximiliano realça que, se por um lado, os fatores sociais são amplamente difundidos na hermenêutica evolutiva, por outro, as circunstâncias extrínsecas hão de ser ordenadas com reserva e circunspeção, evitando o risco de fazer prevalecerem as tendências intelectuais do magistrado¹²¹.

¹²⁰ Idem, pp. 302-310.

¹²¹ MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.131

A já olvidada redução da discricionariedade do juiz impede como fonte de observância obrigatória na decisão do caso concreto, uma vez que o exercício arbitrário da atividade jurisdicional conflita com a preferência que o Direito proporciona aos fatores sociais. A ruína da interpretação subjetiva concede especial realce à inovação social que as transformações coletivas se desdobram na vida das pessoas. O interesse coletivo é analisado como desenvolvimento do interesse individual.

O legislador brasileiro soberanamente eleito se faz responsável pela edição das ações afirmativas de maneira concêntrica aos entes privados, que reduzem as disparidades entre seus colaboradores, incrementando maior integração e o bem-estar de seus negócios. A índole do regime democrático brasileiro outorga poder ao juiz de avaliar a constitucionalidade do dispositivo, em um exame preliminar ou difusamente subsumido à Carta Política de 1988. A tripartição dos poderes, de acordo com Montesquieu, aglutina uma tendência racional de adequação pragmática do juiz de maneira automática a praticar a melhor exegese diante do caso, objetivando sempre a vontade do legislador, abstraindo dos métodos interpretativos a fecundidade da prática social e as transformações dela decorrentes.

A virtude da tese dos direitos de Dworkin passa por uma reconstrução da hermenêutica superando a exegese e enaltecendo o papel do juiz não como um participante da atividade legislativa ou uma espécie de “segundo legislador”. A evolução do direito se dá neste instante conforme decisões políticas tomadas, no passado, incrustadas em julgamentos dos direitos das partes e da moralidade da comunidade consubstanciada em princípios. O exame da constitucionalidade do preceito originador da ação afirmativa, muito mais do que o texto legal, avalia os fatores sociais e os precedentes judiciais (jurisprudência) decididos em casos analógicos demonstrando cabalmente que a separação de poderes permanece intocada.

Dworkin observa em sua obra a candente necessidade da execução de um trabalho analítico, de sistematização e organização do conjunto de normas diretoras da conduta social. Os mais distintos modos de investigação dos problemas sociais, nas mais distintas áreas do conhecimento humano, leva a estruturação do sistema político de forma assegurar a dignidade da pessoa

humana, e não os já arraigados dogmas de defesa ampla e irrestrita da propriedade privada e do desenfreado progresso do liberalismo econômico.

David Held enuncia que dentre os mais distintos objetivos da apreciação democrática se encontra o dever dos indivíduos serem livres e iguais na determinação das condições de suas vidas, desfrutando de direitos iguais e deveres impostos a todos¹²². O asseguramento do exercício da autonomia democrática revela uma intensa participação popular fecundada por um pluralismo político natural das democracias mais desenvolvidas. A prática soberana de participação política direta na escolha dos representantes consiste, no passo inicial de construção da ação política, permanecendo intangível, inclusive, ao soberano tolher os direitos das pessoas de conduzirem suas vidas de modo que as mesmas persigam seus maiores objetivos.

O autodesenvolvimento democrático supre pelos meios regulares uma deficiência substancial, às vezes, encontrada no descompromisso legislativo do ente estatal, em setores específicos de carência social. A diuturna observação da distribuição dos bens e riquezas transfere a compatibilidade necessária à democracia autônoma, limitadora do poder do Estado e guardiã dos direitos e garantias fundamentais contra todos e qualquer desvio anômalo de seu desfrute pelos povos protegidos.

A evolução do conceito de igualdade no Estado liberal propiciou a difusão do pensamento de que a igualdade de direitos formalmente codificados não sepulta a desigualdade sucessivamente aperfeiçoada por estruturas políticas desreguladas. Por sua vez, pensamentos econômicos nocivos à busca pela felicidade das classes menos abastadas contribuem para o descompasso pouco aceitável de formalização dos direitos fundamentais compilados em nossa Carta Política de 1988.

Ingo Sarlet em nota conclusiva considera que “uma conceituação meramente formal no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição revela sua insuficiência também para caso brasileiro (...)”¹²³. A realidade de cada ordenamento constitucional é

¹²² HELD, David. **Models of democracy**. 2. ed. California: Stanford, 1996, p. 301.

¹²³ Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.89.

decisiva para o triunfo material de seu texto, verdadeiramente obedecido pela coletividade.

A separação terminológica entre os direitos fundamentais – elevados ao formalismo do reconhecimento constitucional perante aqueles que se depreendem do texto legislativo maior, ou por este é albergado, mas, de maneira implícita – supõem que façamos um exaustivo exame de eficácia social dos direitos fundamentais de modo a proteger seus destinatários contra atos dispostos a aniquilar as demandas básicas de subsistência e existência com um mínimo de dignidade. Esta dignidade constitucionalmente positivada como “dignidade da pessoa humana” corresponde a um critério balizador, uma categoria axiológica aberta em constante transformação dado a circunstância fática de que a mera categorização dos direitos fundamentais não repercute extrinsecamente na formação do pensamento clássico de que os seres humanos devam possuir uma ascensão social semelhante.

A dignidade da pessoa humana, ao longo dos séculos, transmutou-se do ideal de um direito antes natural para uma concepção laica que transcende a noção de igualdade e liberdade para todos. As sociedades democráticas contemporâneas ao tratarem do princípio da dignidade da pessoa humana, por vezes, denotam um conceito vago e impreciso carente de interpretação constitucional.

O favorecimento concedido a certos grupos menos abastados, na conjuntura dimensional, do princípio da dignidade da pessoa humana sustenta o campo de aplicação das ações afirmativas, dada a natureza de limite e tarefa dos poderes estatais. A manutenção da autodeterminação e autonomia dos seres humanos no meio em que vivem ultrapassa os diplomas legislativos rigidamente apresentados, na órbita do direito, impondo ao intérprete uma urgência na modificação em sua análise prévia da força obrigatória dos textos legais.

A obstinação do trato da norma jurídica como um preceito não concebido de maneira estanque infere no esforço aplicado à construção do direito como um complexo orgânico e aplicável à realidade das vicissitudes sociais. Confrontando a interpretação propalada por uma visão hodierna de reconstrução do direito com a velha e enganadora exegese afloram a

delimitação do objeto de estudo de cada uma destas ciências conservando cada qual suas qualidades.

Por parte da exegese deduz-se um modelo interpretativo que se atém ao texto dedicando-se maior atenção às palavras e seu sentido, despreocupando-as da obstinação mais do que notória de sua sistematização teleológica em um todo orgânico¹²⁴. É de se lembrar que o processo exegético de exame das matérias compiladas em repositórios legais críticos, de um dado dispositivo legal, não atendem ao escopo colimado do mesmo texto de forma a revigorar seu significado e alcance em cada caso concreto e não sobre o conteúdo normativo hipoteticamente considerado.

Em nosso país prevaleceu, de certa forma, o emprego da metodologia exegética de análise do texto em face da Constituição, executando-se uma análise preambular ou durante a apreciação do caso concreto pelo magistrado. A apreciação da constitucionalidade de lei ou regulamento permitirá que a esfera de atribuição do julgador se estenda à crítica precedente ao processo hermenêutico de interpretação, consistente na verificação da existência e da força obrigatória do preceito trazido à colação.

A força pandectologista motivada ao excessivo apego e admiração aos métodos arcaicos de exegese fulminou o sistema vanguardista e meritório de adaptação do texto legal ao alcance que o caso concreto determina. Este sistema tradicional foi aos poucos cedendo espaço ao esforço de se recompor a ordem jurídica dialogicamente com o progresso e complexidade das instituições. A conformidade do contexto evolutivo da hermenêutica com as diversas variações de seu meio passou a ser o objetivo inarredável da hermenêutica, cabendo aos seus operadores uma função de aderência da letra da lei às necessidades da prática evolutiva da coletividade.

A tendência atual de redução da atividade jurisdicional, pautada em diretrizes investigativas, incompatíveis com as exigências sociais atuais, não aglutina mais simples decomposição do texto compilado, retirando de forma insuspeita o sentido normativo da prescrição legal à época de sua publicação e oficialização.

¹²⁴ MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica...** ob. cit., p. 33.

Em sentido oposto a variação da exegese, participante da realidade social, redobra por parte dos entes estatais interpretações concomitantemente realizadas em dois planos distintos, quando versantes sobre as ações afirmativas: o plano formal e o plano material do princípio da igualdade. A igualdade formalmente verificada proporcionará vias de acesso mais amplo à igualdade material, experimentando os erros e acertos que as normas de princípio programático venham ecoar na redução das desigualdades.

Obviamente que na situação em destaque, a política de promoção da igualdade não encontrará preceito específico de aplicação, cujo sentido pode ser determinado para o modelo exegético admirador da sistematização de regras precisas, estanques, transmissoras de uma falsa segurança de um processo interpretativo justo.

A conciliação das exigências formais da igualdade e do princípio da dignidade da pessoa humana modificam substancialmente a missão expedicionária do intérprete, especialmente do juiz, nos caminhos tortuosos da norma jurídica. Sua atuação se dilata a uma apreciação combinatória a todo o ordenamento jurídico composto não apenas das normas jurídicas, como também dos precedentes judiciais, os costumes, sem contar o histórico dos direitos sociais orientadores da evolução institucional do Estado democrático de direito.

É de se recordar que o espaço recriado pela hermenêutica contemporânea cristaliza os instrumentos postos aos intérpretes avessos ao conservadorismo marcante em tempos passados. A vontade geradora dos direitos e garantias fundamentais inspiradores das ações afirmativas revelam não apenas o que o legislador quis, mas sim o que ele desejaria caso estivesse no meio atual, enfrentando o caso concreto a ele apresentado, diagnosticando as medidas plausíveis segundo as técnicas neoconstitucionais¹²⁵.

Insistimos no trabalho executado pelo magistrado, pois, é o juiz que concentra a pródiga análise minudente de um ponto de vista necessário sempre a partir de sua exposição¹²⁶.

¹²⁵ Idem, p. 38.

¹²⁶ SCHLEIEMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 5ª. Ed.Trad. Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 31.

A jurisdicionalização da luta pela igualdade cimentada em bases sólidas pela XIV Emenda à Constituição norte-americana mostrou-nos que coube ao Poder Judiciário norte-americano a argúcia de redesenhar uma doutrina de Ação Governamental, aplicável nos casos de lacuna legislativa ora avançando ora retrocedendo no trato da ação afirmativa posta em litígio. A neutralidade estatal, nos mais diversos casos de ações afirmativas de cunho privado, estabilizou a propalação do multiculturalismo e seu devido reconhecimento de identidades culturais diversas e fenômenos inerentes à expressão de sua própria identidade. O mais puro liberalismo se converte à materialização dos atributos vitais à sobrevivência equânime, constituindo a base dos já apontados bens primários (renda, saúde, educação, liberdades de religião, consciência, expressão etc). A manutenção do Poder Judiciário diverge, em um plano inicial, à manutenção seminal da neutralidade estatal constitucionalmente regulada sob a clivagem da liberdade de todos os cidadãos e da iniciativa econômica livre.

Ocorre que a avassaladora complexidade das relações sociais em conluio com a já disseminada igualdade substancial de aplicação das Leis incrementam a problemática constitucional de eliminação da discriminação, rompendo com a ortodoxia constitucional reinante até então em diversos países.

No Brasil o dilema constitucional em sede de ações afirmativas sujeitou-se a conclusão aproximada a do direito norte-americano, especialmente na incumbência de respaldar a constitucionalidade ou não da discriminação positiva ao princípio da igualdade, recorrendo à dignidade da pessoa humana como eficiente critério balizador no alcance de efetiva consecução da medida reducionista da discriminação e as contingências sociais presentes.

Compreendendo a superação da mera prática exegética, na extração do significado da lei, passamos, paulatinamente, a desenvolver doutrinas mais inteligíveis na acepção do Direito em seu mais amplo espectro construtivo priorizando-se as diversas maneiras de interação do ordenamento jurídico com o meio social, tornando-o orgânico e, porque não, mais consentâneo com a Constituição Federal.

O exame prévio da constitucionalidade do preceito tem por parâmetro a Carta Constitucional que significa em nosso país um afastamento do método empírico-dedutivo da realidade das ciências naturais. Pelo contrário o direito se situa no mais vasto leque de relações sociais, todas elas disseminadoras de fenômenos e realidades culturais essenciais para o surgimento da interpretação jurídica alheia a signos naturais, porém, atuante na constante determinação de um significado válido a partir de regras que por si só abarcam diversas outras soluções para o mesmo caso concreto¹²⁷.

A descrição construtiva, isoladamente apreciada, não dispõe de modelos enunciativos de interpretação jurídica eficiente dado sua aplicação particular a cada destinatário da norma jurídica, dotado de opiniões e convicções nem sempre descobridoras de um modelo jurídico isento de posições políticas sobre os mais variados assuntos.

Dworkin começa a refinar com intenso apego às práticas sociais o que veio a chamar de interpretação construtiva, estabelecendo com distinção certas etapas analíticas da busca pelo sentido e verdadeiro alcance do dispositivo legal. A primeira de tais etapas intitula-se como “pré-interpretativa”, dada à identificação de regras e os padrões que guarnecem a experimentação.

Como supedâneo da pré-interpretação urge a justificativa argumentativa de alcance dos principais elementos da prática interpretativa não inventiva de postulados inéditos, e sim de práticas consensualmente aceitas como métodos no comportamento humano, que acopla uma etapa pós-interpretativa perpassando os contornos delineadores da aplicação da norma ajustadora daquilo que a prática requer para melhor servir ao escopo sistemático do direito¹²⁸.

A inventariança dos instrumentos que melhor repercutem no âmago do real alcance do preceito revelado, caminha em sentido contrário àquele indicado por Richard Nixon ao assumir a presidência dos Estados Unidos da América, no início da década de 1970. Como nos explicita Dworkin o

¹²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 28.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império**... ob. cit., p. 82.

presidente Nixon mantinha especial afeição pelo modelo filosófico dos “construcionistas estritos”.

Segundo descreve o filósofo, em linhas gerais, os construcionistas estritos são favoráveis a uma rígida interpretação dos diplomas legais valorizadores da letra da lei. A ampliação de sua esfera de aplicação e análise de suas implicações contradiz com a proposta desta doutrina filosófica de rechaço às concepções liberais de interpretação da lei e excessiva ampliação dos direitos civis¹²⁹. Somatizam-se às razões justificadoras de Nixon, a violação aos padrões de decisão judicial, alusivos à Suprema Corte norte-americana. A usurpação de poderes alegada pelo então presidente dos Estados Unidos contou com outros simpatizantes do Congresso Nacional sedentos por reformar uma teoria construtivista surgida com o propósito de reler o Direito em sua amplitude.

A retórica conservadora enxovalhante da plenitude da mais elevada Corte de Justiça norte-americana deixa de atestar a tranquilidade sob a qual repousa a defesa sobrenatural de documentos como o *Bill of Rights*, integrado à Constituição em 1791 e a proteção irrestrita dos cidadãos remanescentes da *equal protection clause*.

Os revolucionários contemplados pela prerrogativa de redigir o mais importante texto legislativo do país, como se deu nos Estados Unidos, assim como ocorreu com a Assembleia Nacional Constituinte em nosso país, optaram por acrescentar em meio a regras específicas de outorga de direitos fundamentais e normas cogentes de limitação e regulação do poder estatal, certas restrições chamadas por Dworkin de padrões vagos escolhidos de maneira deliberada em oposição a um *Codex* composto de normas jurídicas específicas. Não haveria de se esperar consequência diversa daquela cuja interferência na prática democrática, neste caso brasileira, existe quando cláusulas como o devido processo legal ou o princípio da igualdade são trazidos a lume na projeção de decisão de conflitos em esferas como o segregacionismo, acesso a educação ou identidade nacional.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** ob. cit., p. 205.

A confusão intelectual provocada pelos adeptos ao construcionismo estrito é elucidada graças a conclusão unívoca de que a defesa de um conjunto mais liberal dos direitos impõem-se em face do arroubo legislativo imutável e transmissor de uma falsa ideia de realização da justiça, assim como Earl Warren compilava em suas decisões a antiquada doutrina “separados mais iguais” repercutida no caso *Plessy vs. Fergusson*.¹³⁰

Por vezes muitos críticos embarcam nos ataques corriqueiros de uma provável ingerência dos Tribunais em matérias já legisladas pelo Congresso ou distintos produtores de regras. A função do juiz e da Corte como intérpretes e aplicadores do direito devem ser alicerçadas em referência aos princípios dignamente pronunciados, sob pena de restrição a dogmas democráticos atentatórios da tripartição dos poderes. Neste sentido, Dworkin realiza importante dicotomia entre os programas de “ativismo judicial” e da “moderação judicial”, analisando a influência prática exercida pelas cláusulas abertas e dos argumentos de política voltados à decidibilidade do caso concreto e bem-estar da democracia.

A atividade pretoriana comentada por Dworkin seguiria tal como corroborado pelas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos já identificadas, uma “terceira via” entre aquelas que defendem uma constante revisão dos princípios constitucionais de acordo com a convicção moral da Corte e aquela adepta à fiel execução da lei, mesmo que prejudicial aos mandamentos nucleares do sistema. A interferência da chamada “deferência judicial” pressupõe a existência de direitos morais e jurídicos dos cidadãos e oponíveis contra o Estado admitindo, contudo, a reprodução dos debates entre as diversas instituições políticas além dos Tribunais com vistas a transparecer quais direitos serão realmente reconhecidos¹³¹.

A racionalidade decisória incumbida da predeterminação do direito prevalente entre as partes que litigam circunscreve decisões judiciais e políticas a partir do instante em que conferimos validade à tese dos direitos. Como já vimos esta validade recobra do intérprete uma intermitente análise dos

¹³⁰ REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002, p. 195.

¹³¹ Idem, p. 217.

valores e crenças que predominam na sociedade conjuntamente com os precedentes reinantes.

Põe-se evidenciado então o esclarecimento de uma teoria geral do conceito capaz de espelhar a ideologia da Constituição como um arrazoadado por vezes programático de um todo unitário e coerente. A dogmática contemporânea pressupõe que a Carta Política de um Estado, tal como o brasileiro pratique a interpretação sobre o texto constitucional iniciando a identificação de um princípio maior e equivalente, a estrutura fundante da ordem jurídica exultando conteúdo genérico e de certa forma abstrato, obcecado por pesquisar constantemente valores e comportamentos originados de regras concretas e codificadas.

Quando nos apegamos argutamente aos princípios, damos azo a superabilidade das regras e sua resistência quanto à interação, construção e alcance que a hermenêutica progressiva e balizada em princípios pode centrar em torno de si. É por esta razão que a já aclamada conceituação envolvendo o vocábulo princípio nos é desmistificada por Celso Antonio Bandeira de Mello pontificando não apenas a importância legiferante outorgada ao princípio mas sobretudo sua atuação como mandamento nuclear de um sistema alicerçando todo o ordenamento ao originar disposições fundamentais que se irradiam os mais díspares complexos legislativos, concebendo a lógica do sistema normativo estatal¹³².

Apenas uma avaliação pormenorizada nos exhibirá que o estudo dos princípios não pretende abolir a sistematicidade e dutilidade das regras, como normas de conduta até porque são justamente estas que produzem efeitos benéficos a valores prestigiados pelo ordenamento jurídico e definidores de postulados como segurança, paz, igualdade e outros que refletem garantias do homem frente à sociedade e o Estado¹³³.

Em se tratando de ações afirmativas cabe a ressalva da dualidade entre princípios e regras mesmo que a superação desta última pelos princípios

¹³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

¹³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 114.

se dá em casos excepcionais onde a exigência da construção de uma solução de um caso singular superpõe a promoção dos valores substancial e formal alusivas a toda e qualquer regra jurídica. Sua repercussão geral e a manutenção do equilíbrio da ordem jurídica conduzirão à minimização da resistência ao reformismo exigido pelo direito e a pacificação social incentivada pelo mesmo.

O destaque empenhado por esse estudo volta-se ao dinamismo e amplitude dos princípios fundamentais, aqueles em que são agrupadas as decisões políticas estruturais do Estado expressando as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Conforme exaltado anteriormente são sobre tais princípios que o panteão de ações afirmativas se justifica, clareando espaços discursivos devido à abstração que carregam em seu texto e a colisão que princípios de hierarquia semelhante proporcionam como mais um elemento a ser apreciado no alcance da melhor interpretação jurídica.

Qual será a partir de então o mecanismo interpretativo que melhor encare o duelo principiológico entre diretrizes constitucionais compositoras do emaranhado ambíguo de prescrições fundamentais inatos ao homem e refratários da prioridade legislativa do Estado? A essencialidade da prática estatal sob uma ordem contratualista de justaposição de direitos e deveres imputa à Administração Pública a percepção do sentimento e aspirações da moralidade coletiva prevalecente em um dado princípio, comparando-o com outros mandamentos com ele conflitantes. Por óbvio que a vontade unitária do Poder Constituinte interfere diretamente na compreensão unitária de suas normas para a clivagem de uma compreensão da Constituição delimite o espaço de harmonização ou otimização de suas normas produzindo um equilíbrio sem desconsiderar a eficácia dos princípios colidentes¹³⁴.

No sistema constitucional pátrio a busca pelo equilíbrio é obtida pela conciliação do princípio da unidade da constituição com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A otimização das tensões e contradições enraizadas no sistema normativo do texto maior assimila por fundamento a

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª. Ed.Rev atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 200.

exultação dos fins públicos supremos, calcados na igualdade substancial já evidenciada.

O princípio da razoabilidade fecundou-se como parâmetro valorativo dos atos protagonizados pelo Poder Público exercendo uma constatação lógico-dedutiva do valor superior vinculado à ordem jurídica qual seja, a justiça¹³⁵. O nascedouro do princípio em combate percorre os meandros do direito anglo-saxão remontando à cláusula *law of the land* descrita na Magna Carta de 1215.

A mobilidade deste importante documento que mais tarde impulsionou a evolução de relevantes diplomas constitucionais delineou a norma suprema do devido processo legal intangível no ordenamento norte-americano. Semelhantemente à efetivação do princípio da igualdade idealizada na revolução francesa, o tratamento das demandas judiciais pela jurisdição constitucional permite o prolongamento da concepção da convicção ao compor duas etapas que se complementam revestidas de um caráter processual e substantiva. Substancialmente elaborada a segunda etapa do princípio abre espaço para o desenvolvimento de uma hermenêutica progressiva e adepta à realidade das instituições e da vida em sociedade¹³⁶.

Se acompanharmos a formação do conceito do princípio da razoabilidade nos referimos à produção legislativa estatal e os fins colimados pelo legislador nas situações concretas prescribentes dos comportamentos humanos. Por vezes os objetivos criadores do direito transformados em normas jurídicas são colocados à prova em uma posição de confronto com outros cânones legislativos consagradores de valores coletivos como a ordem, a solidariedade, a vida ou a dignidade da pessoa humana. Regras precisas e ao máximo objetivas são propostas para que não possamos despir a norma de seus elementos estruturantes sem critério algum.

Luís Roberto Barroso defende a aferição da razoabilidade sobrelevando em um primeiro plano a razoabilidade interna aqui convenientemente pactuada como a existência de um liame causal entre a racionalidade oponível e o escopo finalista da norma constitucional (em que

¹³⁵ Idem, p. 224.

¹³⁶ Idem, ibidem, pp. 218-219.

pese a razoabilidade ser disponibilizada inclusive nas demais esferas legiferantes sistematicamente organizadas). A condicionante interna não padece de hostilidade desde que seja preservada a razoabilidade externa, obrigando-a por assim dizer sua colmatação ao texto constitucional, condicionando sua entrada em vigor à consecução de elementos pulsantes implícitos ao largo da constituição. Conclusivamente a técnica da razoabilidade desenvolve um senso marcadamente subjetivo pautado na verificação da relação custo-benefício da norma edificada modulando-a aos anseios coletivos protegidos¹³⁷.

Subsumindo as políticas públicas promovidas para a harmonização social em searas altamente discriminatórias, os aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais afloram como sinceros vetores de imbricação da pertinência da norma constitucional substancialmente volvida ao texto que a acolhe. O conflito reconhecido entre normas constitucionalmente dispostas, carecedoras de um equilíbrio refletido nos desígnios do Poder Constituinte, reproduzem o retorno triunfal do princípio da igualdade dissipando disparidades sociais graças a renúncia do Estado à sua histórica de marcante neutralidade, associando-o à razoabilidade externa pretendida.

A altivez do princípio da razoabilidade obriga a autoridade administrativa a majorar seu campo de incidência rompendo com a neutralidade outrora festejada onde as virtudes e capacidades dos indivíduos são desenvolvidas livremente, ocasionando como decorrência lógica de uma má utilização do princípio jurídico da igualdade formalmente concebido, uma zona ampliadora de desigualdades não rechaçadas pelas autoridades constituídas.

De fato a legitimidade da Administração Pública opera como ponto equidistante entre a liberdade dos indivíduos obedecerem às prescrições jurídicas, transformando-as em seus guias de conduta quando realmente dispuserem de força cogente e permissiva da reconstrução do ordenamento. Quando suas disposições apresentam vagueza e discricionariedade na caracterização do processo de escolha individual, sob o domínio pleno dos instrumentos de concretização das políticas públicas igualadoras, o Poder

¹³⁷ Idem, ibidem, pp. 226-228.

Executivo interfere no espaço destinado à discricionariedade individual provocando uma igualação efetiva nos setores social, político, econômico, sem contar outros pontos prioritários da atividade política sedentos por uma igualação até o momento em desequilíbrio.

No evolutivo quadro social contemporâneo os procedimentos clássicos de ataque à discriminação não surtem os efeitos fortalecidos em uma dogmática retrógrada e desatenta da complexidade das relações sociais, retirando-se da batalha pela pluralidade e diversidade da ascensão de todos os cidadãos aos bens primários, cargos e oportunidades. Floresce em oposição ao sentido restrito da sustentabilidade das regras, as ações afirmativas, aclamadas como a mais avançada tentativa de clareamento da supremacia do princípio da igualdade predispondo de forma concreta o sentido objetivo e racional das desigualdades apresentadas e os competentes atos direcionados à mitigação dos danosos efeitos, que a desigualação do princípio da igualdade impõem contra as minorias socialmente renegadas.

A multiplicidade de modulações propostas pelas ações afirmativas resiste ao enraizamento oferecido pelos amantes das regras jurídicas e seus efeitos de pré-decisão mediante o exercício do poder legiferante. Quadra necessário assinalar que as ações afirmativas emergindo como postulado do princípio da razoabilidade, não obstem a argúcia da regra posta. Sua juridicidade e notória importância advêm da abstração do texto constitucional e da intangibilidade de certos direitos fundamentais abertos a uma carga valorativa vivificadora do parâmetro histórico vigente e do isolamento social a que se encontram sujeitas as minorias já evidenciadas.

Salienta-se por seu turno que o afastamento da controvérsia e da incerteza, peças-chave da imponência do sistema de regras não perde sua crucial importância para as ações afirmativas. O caminho traçado por ambas se entrecruza na defesa incondicional da ordem e convivência equânime. Contudo a superabilidade das regras pelos princípios sem reduzi-las a uma técnica legislativa de grau inferior comporta uma alternância de rumo aos já combalidos métodos clássicos de interpretação, de tal sorte que a análise dos preceitos e princípios sob a ótica de seus fins ou o impacto social da decisão judicial confere justiça ao caso concreto quando toda a ciência jurídica é

considerada no processo subsuntivo, almejando a escolha racional da norma mais justa, mesmo calcada em princípio e não em regras.

Cabe-nos agora apreciar, sem depositar um arremate à celeuma, de que maneira o princípio da razoabilidade há de ser compreendido pelo Poder Judiciário brasileiro mediante o controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos sem ingressar no conturbado tópico de afronta à margem criativa de políticas públicas ou ao ímpeto legislativo dos representantes democraticamente eleitos pela coletividade.

No direito pátrio a superação da intangibilidade das regras pela dualidade pormenorizada da razoabilidade interna, supõe que o tratamento constitucional do preceito ou o ato normativo colocado à prova extrapole a mera compatibilização meio-fim da norma. Amplia-se em larga escala a verificação da completude normativa ou das ações afirmativas aos valores constitucionais que de fato são relevantes para condicionar o objeto do controle de constitucionalidade abstrato ou concreto à igualdade jurídica na lei e perante a lei.

Perfila-se sem maior alarde que uma separação absoluta dos poderes é considerada como inaceitável e até mesmo impraticável motivada não somente pela nomenclatura técnica já sepultada segundo certas correntes filosóficas (elucidação Kelseniana que prefere a terminologia “divisão de poderes” ao invés de “separação de poderes”, dada a unicidade do poder e a sua segmentação) mas tempestivamente pelo desenrolar histórico-evolutivo da doutrina *rule of law*. Seu advento associou-se a uma objeção ao absolutismo reinante na Inglaterra do século XVII.

André Ramos Tavares explora o meandro do período, atentando que a divisão orgânico-funcional descaracterizadora da interferência precípua de um poder sobre o outro insere o monarca à submissão das leis remanescentes da vontade popular. É inarredável a elevação dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal destrinchando uma apatia reinante da independência dos “poderes” (funções atribuídas a órgãos do Estado), finalizando o tratamento dogmático da disciplina no equilíbrio dos poderes do Estado,

mediante um sistema vigilante de freios e contrapesos no qual se coloca a balança dos poderes¹³⁸.

O passeio histórico empreendido acima, converge para o pressuposto justificatório da interferência política na atuação jurisdicional do Tribunal Constitucional aqui avalizando ou não a constitucionalidade de políticas públicas de inclusão social ou redução das desigualdades sociais sob a roupagem de ações afirmativas. A retumbante tarefa de fiscalização da constitucionalidade merece o alcance de uma justa medida do teor de discricionariedade do Tribunal Constitucional, na formulação da norma subjetiva individual com o direito objetivamente pressuposto no texto constitucional.

Tecnicamente nos socorremos à lição de André Ramos Tavares e sua primaz concreção da dificuldade inquietante:

“Quando o Tribunal Constitucional concretiza conceitos fluidos da Constituição atua, nesse sentido, politicamente. Há aí, sem dúvida, uma boa carga de criação do direito e, se se considera esta como atividade política, então o que se tem é uma tarefa em suas linhas gerais política, porque gera normas jurídicas e integra o quadro normativo do Estado de Direito. Contudo, estará o Tribunal a exercer essa tarefa legitimamente, uma vez que, em toda interpretação, há uma certa dose de criação jurídica. Qualquer órgão judicial, ao aplicar o Direito, necessariamente, interpreta-o numa primeira fase, para só então aplicá-lo”¹³⁹.

Portanto a forma judicial pela qual se reveste a decisão do Tribunal Constitucional abomina comentários e ilações de que a mesma estaria eivada de discricionariedade. O ingresso de elementos extrajurídicos apenas descreve em uma espécie de geometria despretensiosa, o substrato político a ser moldado na prolação da decisão judicial. Temos assim que a politicidade da matéria passa por uma manipulação jurisdicional, retomando as rédeas da atividade judiciária elaboradora de uma jurisprudência socialmente aceitável até mesmo pela vontade do legislador.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 165-167.

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. Saio Paulo: IBDC, 1998, p. 54.

As decisões judiciais exaradas situam-se assim em parâmetros plásticos e mutáveis adaptando-se sem restrições aos mais variados aspectos advindos da atividade social. Ao magistrado caberá proceder de forma humanitária no trato do processo decisório, descarregando valores isentos e incidentes em sua personalidade que se distinguem da pura e simples neutralidade processual. O segredo da justiça acarretará a participação do juiz constitucional que se coloca ativamente na pessoa das partes litigantes ou da coletividade.¹⁴⁰

Ao final o princípio da razoabilidade como fio condutor da justa medida das ações afirmativas, incrementa à problemática constitucional o prenúncio de uma solução justa para o caso concreto marcado pela contradição fixada pela igualdade formal e a igualdade efetiva de resultados. A insuficiência da definição de igualdade redobra a atenção dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na fundamentação das políticas governamentais e seu banimento. Para tanto curial importância advém da adequação da medida ao fim orquestrado, além da igualdade efetiva alcançada pelos valores constitucionais.

7.3. As ações afirmativas no Brasil e sua adequação à justiça como equidade em Rawls

A Constituição Federal de 1988 seguindo a divulgada cartilha revolucionária do século XVIII tornou os principais direitos inatos ao homem acessíveis mediante o depósito em seu texto constitucional de um externo rol de direitos e garantias fundamentais não excludentes de outros que gozam de equivalente credibilidade no sistema jurídico.

Problema semelhante pelo qual padeceu os diplomas constitucionais seguidores da ideologia de prerrogativas insofismáveis conferidas ao homem acometeu nossa Carta Magna ao não inovar em seu texto a inserção de uma postura detalhista de ampla propagação dos meios de exequibilidade do

¹⁴⁰ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção – aspectos da lógica da Decisão Judicial**. 2ª. Ed. Campinas: Millennium, 2003, pp. 16-20.

princípio da igualdade, de forma a sanear desigualdades crônicas perpetradas em uma isonomia formal de mero banimento da discriminação sem contudo atribuir solução de continuidade à matéria candente.

A fuga do plano estritamente jurídico (sem distanciar totalmente de sua ideia motriz de pacificação social) constitui o ponto de partida da ação afirmativa. Isto não quer significar que “agir” em conformidade com a proposta da ação afirmativa implique na ruptura total ou alteração da compreensão deôntica que o direito impinge na ordem social. Coloca-se a proposta em um plano complementar de superação do aparelho jurídico do Estado pela vontade política do legislador, do administrador, exultando igualmente o labor do Poder Judiciário, fiel da balança na guarda da constituição e profícuo provedor do reconhecimento jurídico dos atos praticados pelos outros “poderes”.

Paulatinamente nestes mais de vinte anos do feito histórico de promulgação de nossa Lei maior os debates têm-se contornado para o florescimento de uma igualdade de resultados vigilante à unidade de ações governamentais concordes com as prioridades do país, conjuntamente com sua adequação aos requisitos objetivos da constitucionalidade circundantes de um típico Estado de Direito.

O fator hermenêutico de maior importância emerge da interpretação da constituição evitando ou extirpando contradições entre as normas de seu texto. A compreensão global do conteúdo premiado à categoria constitucional, vislumbrando a harmonizar os espaços de tensão existentes à categoria entre as normas a serem concretizadas, desfecha o princípio da unidade da Constituição cristalizada por Canotilho e aplicada pelo intérprete que se ocupa de considerar os preceitos jurídicos de maneira integrada como em um sistema unitário de normas e princípios¹⁴¹.

É de pleno conhecimento que a legitimidade do poder político não se funda somente nos axiomas de liberdade econômica, política e do exercício do direito de propriedade. As motivações teóricas que preponderaram na construção de um Estado neoliberal, passam agora por uma reestruturação

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. Ed.Rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 227.

devido à agudeza e emergência de problemas sociais que apenas se agravaram na roda gigante da liberdade de desenvolvimento de virtudes e capacidades atualmente desigualadoras.

A teoria contratualista empregada por John Rawls para explicitar a máxima da justiça como equidade transita de uma ideia legitimadora da situação do *status quo* que fundamenta a atividade do Poder Constituinte para uma concepção de justiça estruturada nos princípios eliminadores das injustiças sociais e retomada do rumo da justiça procedimental. Orienta-se por consequência ações políticas coesas e circunstanciadas para o alcance de uma sociedade justa, evidenciando à luz da teoria da justiça um indispensável esquema de cooperação social e redução das desigualdades sociais sedimentadas no artigo 3º da Constituição Federal brasileira.

Consequentemente a legitimidade do Estado democrático-constitucional comporta em um estágio inicial o processo de fixação de um ordenamento jurídico-constitucional, formador da vontade política e responsável pela cessação dos problemas de distribuição dos bens. Em um semblante posterior multiplica-se a preponderância da ordem constitucional formada para aspirar a credibilidade de justiça devido a consensualidade marcante de seu nascimento e o compromisso assumido pelos subscritores do documento constitucional. O dualismo entre legitimidade material e a legitimidade processual é o amálgama de uma constituição justa ao passo que atenderá aos propósitos da justiça como equidade.

O jurista lusitano citado, realiza conclusiva observação sobre o que ele compreende ser uma perspectiva metodológica de apreensão da legitimidade processual e material do direito constitucional:

“A legitimidade processual aponta, no Estado constitucional, para o problema do poder constituinte: quem tem o direito de fixar as regras fundamentais da titularidade e exercício do poder? A legitimidade material aponta, por sua vez, para a transparência dos princípios, fins e programas a estabelecer na constituição e para a necessidade destes princípios se converterem em princípios básicos de *justiça* de uma sociedade ordenada (J. Rawls). Uma ordem constitucional democrática será, por conseguinte, uma *ordem legítima* quando o

processo de formação e de decisão política, desenvolvido segundo regras formais de procedimento se orienta para a realização de pretensões básicas da justiça. O domínio político justifica-se, deste modo, através de um processo misto de racionalidade formal e material (Vorlander)¹⁴².

Um a vez que a base valorativa do direito constitucional organiza os princípios de concretização de uma ideia de justiça sem preocupar-se detidamente com sua definição, caberá a teoria contratualista de Rawls o labor de responder positivamente às inquietações sociais advindas de uma desgastada proteção moral dos direitos e garantias fundamentais.

No Estado brasileiro de maneira diferenciada dos países aqui referenciados essencialmente os Estados Unidos da América, as políticas públicas de discriminação positiva estão dispersas entre os mais variados entraves discriminatórios o que vale dizer que o princípio da igualdade designa um comportamento ativo do intérprete na erradicação da desigualdade enraizada. Logo, programas de ação afirmativa não encontram notoriedade majorada na fixação de cotas raciais para ingresso nas instituições de ensino ou no trato constitucional das pessoas portadoras de deficiência. O quadro empírico trazido a lume nos mostra que aspectos alusivos à profusão dos latifúndios, controle do fluxo de riquezas pelas oligarquias brasileiras do período imperial, prejudicaram o desenvolvimento pleno da cidadania dos homens livres (aqui conforme evidenciado nos itens anteriores, ex-escravos e pequenos agricultores não escravos).

A cultura política do mando e da subserviência, coronelismo e padrões privatistas ainda encontram espaço em nossa sociedade tida como evoluída socialmente. Parece-nos que a mudança da cultura política do século XXI alterou sua roupagem da cidadania concedida pelo senhor de engenho, por aquela regida pelo neoliberalismo e a força da acumulação do capital por intermédio de especulação e descaso pelo semelhante, em detrimento do pleno emprego em condições imparciais de igualdade.

A igualdade social aclamada pela legitimidade processual do texto constitucional transformou-se em um mero fetiche frente ao distanciamento

¹⁴² Idem, p. 151.

cada vez maior das relações de classe e do formalismo e convencionalismo transcendente à criação da sociedade justa. O resplandecimento dos disparates sociais na convivência dos indivíduos ressoa diretamente na escassez agregada de recursos e na má distribuição das riquezas existentes ainda que o Brasil não seja um país parco de insumos na ordem econômica mundial.

O contingente populacional posicionado abaixo da linha da pobreza acentua enormemente o descompasso da capacitação formal dos objetivos lapidados nos fundamentos da República Federativa do Brasil e a impossibilidade substancial de concreção valorativa das normas-programa e normas-princípio, endeusadas em um esquema desértico e hostil de cooperação social.

Passa-se assim a suprir lacunas criadas pela desigualdade social vigente, conservando-se como premissa interpretativa a construção de uma teoria atenta à organização das sociedades contemporâneas. A distribuição de direitos e deveres aos indivíduos determinará o futuro da estrutura básica da sociedade e os primados da justiça serão novamente observados pelos destinatários deste esquema.

Em nosso país a amplitude da perspectiva geral de redução da desigualdade propiciará que a arena utilitarista recheada de expectadores inertes à proliferação do lucro em oposição a igualdade equitativa, cede espaço para estratégias de redução da pobreza e maior distribuição de renda *per capita*. Sabemos com igual relevância que meras políticas assistencialistas não auxiliam na cura desta grave patologia denominada desigualdade. Apenas com um diagnóstico eficiente é que medidas ostensivas tendentes a expurgar a opulência deste devastador vírus serão bem sucedidas, ao passo que a escolha do medicamento e neste caso dos princípios a serem aplicados nos obriga a avaliação moral da situação de desequilíbrio e escolher os princípios preponderantes sob o estado do véu da ignorância e sua finalidade restritiva.

Muito antes, porém, de apreciarmos *in loco* as medidas concretas tendentes à elucidativa redução das disparidades emancipadas pela Administração Pública Federal brasileira, palma adequar a diminuição das

vicissitudes à teoria contratualista ofertada por John Rawls e o estabelecimento de parâmetros pioneiros da reestruturação do contrato social de Rousseau.

A transformação persistente na teoria de Rawls criou uma imbricada rede de superação das desigualdades preponderantes na sociedade carente da predisposição de termos equitativos de cooperação, capazes de liderarem uma revolução socioeconômica geradora de equilíbrio desejado sob os já instados adjetivos da racionalidade e da razoabilidade. Uma teoria da justiça capaz de atender aos interesses coletivos apreendidos da multiplicidade das relações sociais em voga no Brasil exige uma adequação plúrima do dinamismo histórico dos distintos movimentos sociais e o respeito das instituições políticas básicas criadas ao longo dos séculos.

Concebemos assim a justiça na sociedade política brasileira na exortação de princípios escolhidos pelos indivíduos na posição original impactantes nas áreas econômica, social, política e cultural. A compatibilidade de interesses dos cidadãos brasileiros em traçar um plano de vida melhor em condições equânimes de acesso a cargos e oportunidades deságua em uma tipologia própria de avaliação moral da situação básica que correspondam à plêiade de vontades particulares selecionadas por homens livres e racionais, atentos ao tratamento de seu semelhante sempre como finalidade última de suas normas de conduta, jamais como meio de alçar um voo utilitarista por potencialidades econômicas mal exploradas pela lógica da mais valia.

A noção própria da sociedade cooperativa emerge como elemento necessário do ineditismo teórico de Rawls, atingindo regras eficientes de associação entre seus membros difundindo ideias de reciprocidade tangenciadas na sociedade liberal para o banimento da escassez de recursos. Submissos ao modelo democrático focalizado pelo neoliberalismo político e econômico, tendo no primeiro ente um exemplo de neutralidade estatal junto às demandas sociais básicas e o segundo um emaranhado complexo de relações multimodais da propagação do lucro e de cumplicidade com o capital da sociedade alia-se à consecução jusnatural de consensualidade e bem comum.

Ordenados lexicalmente, os princípios identificadores da ordem social não de sobrepujar os bens primários idealizados por Rawls como a liberdade, renda, poder, e vinculação dos princípios à plena realização dos planos

racionais de vida atrelados à felicidade inelutável dos homens. Assim ao firmarmos o projeto de democracia social brasileira, temos de privilegiar a proposição de limites jurídicos ao poder estatal com a resultante causal da instituição de direitos civis e políticos.

Figura o Estado como principal ente garantidor tanto das liberdades fundamentais impingidas aos cidadãos brasileiros exercitando de maneira abstrata a criação de um sistema público de regras estruturado sob uma base comum de expectativas mútuas de justa medida da justiça, composto com igual relevância e consideração à revelação substancial da igualdade como efetiva condição de justiça.

Alusivamente a pormenorização dos princípios estruturantes da justiça como equidade, a ideologia de uma democracia liberal sustenta-se pela superação do pós-capitalismo e convergência para a revelação de uma sociedade justa, consistente na repartição equitativa dos recursos e na elaboração de perspectivas palpáveis de administração da liberdade de acesso a cargos e oportunidades sob condições hábeis de representação política. De fato a distinção dos princípios que farão parte dos termos associativos da coletividade brasileira, atenderá às forças políticas predominantes na compilação das normas do texto constitucional associadas às vontades particulares já evidenciadas na vontade coletiva e racional dos homens livres.

A ordenação social representativa dos princípios de justiça cunhados no ambiente da posição original admite por assim dizer três postulados indeclináveis expostos por Josué Emilio Moller da seguinte forma: Preambularmente dá-se a especificação de determinados direitos, liberdades e oportunidades básicas, nitidamente encontradas nos principais regimes constitucionais, assecuratórios de um núcleo irreduzível de princípios imodificáveis. Por outro lado a atribuição de um senso comum na eleição dos princípios de justiça obrigará o indivíduo a priorizá-los de forma a reverter as benesses equitativas para toda coletividade inclusive o sujeito individualmente compreendido. As condicionantes de apreciação dos princípios no modelo de justiça como equidade, desfecham com a percepção de sua operacionalização aqui apreendida como o emprego de medidas que visem a todos os cidadãos

os meios político-jurídicos adequados para o irrestrito acesso a liberdades e oportunidades pela pluralidade dos indivíduos representativos¹⁴³.

Vê-se que o arquétipo social desenvolvido por Rawls enuncia a concepção política de justiça fluindo por princípios criteriosamente selecionados pelos cidadãos ideais na posição hipoteticamente original. O destino do método cooperativo pelo qual seguirá a coletividade abrangida no pacto social será selado com a aceitabilidade moral dos sujeitos envolvidos no trato social e a elevada instrumentalidade dos mecanismos de justiça procedimental pura, descritos no aparelho estatal. A supremacia das regras, guardada com distinção pela justiça substantiva, regulará em justa e acabada medida a forma ideal de dosagem, aplicativos das normas embrionárias do sistema constitucional que se irradiam pela órbita do direito e da política.

A racionalização da conduta individual ganha espaço no projeto de desenvolvimento do Estado não restrito a suas instituições componentes, mas canalizando a vontade popular como pretensão moral de validade das normas por ele editadas. Singelas descrições do método hodierno descrevendo pensamentos da cultura política, não são suficientes para o entrosamento pretendido por Rawls em sua teoria da justiça.

O ser humano como partícipe do processo de criação de uma sociedade digna da nomenclatura da equidade, incorpora seus valores morais em uma aproximação incessante de seu estado frente ao mundo e seus desejos de realização expressados em sentenças morais que por um lado aspiram clamores individuais, mas, que escolhidas sob um plano racional tomarão em punho a espada da validade pública e a universalização da aceitação pelos participantes do contrato social.

Cabe por assim dizer, sedimentar os parâmetros da deliberação inicial dos indivíduos empregando o véu da ignorância e o equilíbrio refletido. A probabilidade de êxito da justiça equitativa creditada no véu da ignorância é obtida por meio dos indivíduos hipotéticos que ficam privados de todas as suas informações capazes de fomentar disparidades entre os indivíduos

¹⁴³ MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, pp. 43-44.

representativos orientados em última *ratio* por seus preconceitos e postulações voltadas a obtenção de vantagens pessoais. Definitivamente o atendimento a compromissos individuais fundamentando a parcialidade privada de grupos dominantes é expurgada da teoria da justiça, alçando voo em seu lugar o elenco de qualificações essenciais democraticamente concebidas e sinônimas de uma imparcialidade equânime e convergente dos princípios da justiça¹⁴⁴.

Imiscuindo-se com igual relevância ao véu da ignorância o denominado “equilíbrio refletido” consiste em uma passagem análoga ao teste de universalização circundante do imperativo categórico Kantiano. Nele o consenso abrangente vem concluir pela prevalência de princípios aceitos pela coletividade da mesma maneira que se manteriam incólumes na percepção individual.

A situação do equilíbrio ponderado, a previsibilidade das consequências de condutas díspares à ordem jurídica, econômica e social instaladas, exulta o enfoque positivo do véu da ignorância como consectário moral da escolha racional dos princípios referenciados. O passo seguinte consistirá na estruturação de suposições básicas garantidoras da intangibilidade dos preceitos alicerçados blindando-os a condicionantes externas repletas de hostilidades.

O acordo coletivo celebrado sobre o que é ou não justo ditará as previsões específicas do sistema constitucional compartimentado das expectativas de justiça. A prescrição de condutas, poderes e imunidades dialogam eficientemente com os ditames da moral substantiva e suas diferentes cosmovisões fundadas nos planos racionais de vida. O princípio da diferença responsabilizar-se-á pelo arranjo institucional sob o ponto de vista prático quanto a distribuição de riquezas e aproveitamento sustentável das carreiras abertas a talentos, implicando na materialização da justiça distributiva.

¹⁴⁴ Idem, p. 49.

7.3.1. O Programa Bolsa Família e o Programa Universidade para Todos: tentativas concretas para a promoção da equidade

O entusiasmo da teoria da Rawls em disciplinar uma teoria da justiça como equidade imantou interesses individuais e coletivos em uma escala superior convergente a um ideal comunitário.

A sabedoria de um soberano plano de cooperação social trata com minudência sobre aspectos curiais da formatação deste esquema segundo elementos básicos compilados sob a ideia de razão pública, de reciprocidade e vantagem racional adquirida pelos sujeitos sociais agrupados em setores representativos democraticamente reconhecidos¹⁴⁵.

É por tal razão que ficará a cargo das instituições elaborarem planos contingenciais acompanhando o já ventilado aspecto da justiça procedimental pura para o atingimento do prodigioso processo distributivo justo corrigindo vicissitudes provocadas no processo econômico e social. Validamente lembramos que a teoria da justiça aqui exposta não abomina os predicados definicionais do capitalismo, entranhados e até institucionalizados na ordem política e jurídica pátria.

A redefinição do papel desempenhado pelas instituições públicas no projeto rawlsiano reduz os impactos negativos que a ausência do senso de justiça e ponderações utilitaristas acarreta à estrutura básica da sociedade deliberadora de princípios de justiça, por vezes díspares da influência econômica voraz gerada por um desenfreado regime de maximização das riquezas.

A base de justificação pública das instituições, reclama o compartilhamento de razões comuns presumindo a ação direta e congruente do princípio da diferença. Pretende-se por hora que a cooperação repousada em um sistema equitativo distinto de uma atividade social propriamente dita, de exposição exegética do conteúdo formal dos preceitos legais, atinja o sentido de admiração intangível de todos os cidadãos livres subscritores da nossa ordem que reconcilia a liberdade e a igualdade entre todos.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p.88.

Passaremos a explicitar de maneira porfiosa a dicção do segundo princípio de justiça concebido na justiça como equidade em Rawls, analisando o quadro exposto do prévio reconhecimento das desigualdades sociais e econômicas que extrapolam o esquema hipotético da justiça distributiva sem contar a ação pontual e necessária do sacramento da desidiosa realidade.

Rawls não se prende em crenças filosóficas ou políticas vanguardistas de retrospecto socialista que vigeram em épocas passadas. Seu dinamismo no trato do aviltamento da igualdade passa pela organização das instituições básicas, acariciando especificidades subordinada às qualificações de cada problema social posto a prova. Impõe-se por medida corretiva a divisão do governo em quatro partes, cada qual constituída por seus órgãos e atividades afins interessados no equilíbrio entre os planos racionais de vida e a busca da felicidade e o escopo cristalizado de avanço em sua realização.

Sem prejuízo de assaltar as minúcias dos setores decorrentes da fragmentação da atuação governamental, iremos nos ater ao setor de transferências na realização do estudo comparativo com as políticas afirmativas das autoridades brasileiras, estruturadas na amortização dos impactos adversos do contexto socioeconômico. Rawls exulta o setor de transferências descrevendo que a ideia essencial é levar em conta as necessidades e atribuir a elas um peso apropriado com respeito a outras reivindicações¹⁴⁶.

Cabe assinalar que a opção metodológica de eleição dos programas Bolsa Família e Universidade para todos assentam-se não em insinuações de que sua preponderância teórica e prática se destacam frente a outros programas governamentais mas sim pela identidade assimilada por ambos os programas na explicitação da influência direta da teoria da justiça de John Rawls, neste estado de transição da igualdade estática ao conceito embrionário de equidade substancial da promoção da justiça social. Sem demover a sabença dos principais problemas coletivos que solapam o enraizamento da justiça como equidade, quedamos por dois temas que resplandecem frutuosamente na ciranda das relações mútuas entre democracia e igualdade: a

¹⁴⁶SOARES, F.V. e outros. **Programas de transferência de renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade**. Rio de Janeiro: Ipea, 2006, texto para discussão nº 1.228.

redução da desigualação social pelas transferências de recursos garantindo terreno fértil ao bem-estar e o acesso à educação como vislumbre posterior de conformação da igualdade de oportunidades.

Induzidos à investigação científica dos programas exortados no final do ano de 2003 surgiu o Programa Bolsa Família consistente na transferência mensal de renda a partir da unificação de uma série de outros programas já em curso quando de sua instalação. A disposição estrutural do programa atende a famílias cuja renda familiar *per capita* não exceda a R\$60,00 (sessenta reais) por mês, contemplando igualmente a famílias de gestantes, crianças e adolescentes até a idade de 15 (quinze) anos desde que a renda *per capita* voltada ao sustento seja inferior a R\$120,00 (cento e vinte reais).

Circunscrevemos no presente estudo a aclimação da política social não recebendo maior arroubo a discussão dogmática ao universo estatístico de digressões gráficas e numéricas dos resultados práticos do programa ao largo de seu período de vigência. Cabe palmar porém que o Programa Bolsa Família em seu formato contemporâneo garante com superfluidade voejante seu desígnio de transferência direta de renda e alocação de recursos à população desprovida de meios participativos no contexto social de igualdade.

Focalizou-se a iniciativa do governo federal ao propósito implícito no texto legal de evitar a acomodação das famílias beneficiadas que ao atestarem o abrigo seguro do Estado em prover pontualmente a transferência de renda, desobriga os destinatários ao sáfaro labor de praticarem a contrapartida estatuída pelo comando legal legitimador da medida de discriminação positiva. Por óbvio que a contradição pertinentemente ofertada pelos críticos acena para uma concepção errônea e até mesmo interesseira de gozar do beneplácito estatal, burlando os valores morais ratificados pelos membros atuantes da sociedade na posição original.

Em rebate aos argumentos consignados, elencamos os fatores afirmativamente asseverados inferindo a fluidez do programa e a rotatividade das famílias agraciadas e incluídas na iniciativa aberto ao debate. O intento das autoridades mentoras do Programa Bolsa Família se distancia da contumaz inércia dos destinatários em lograr os meios econômicos conducentes a exclusão do programa não por irregularidades praticadas, mas pelo alcance da

condição socialmente propícia de inserção no mercado econômico e social, livre e competitivo.

O programa assegura por excelência a estabilidade de rendimentos que inócorre em diversas outras práticas laborativas determinando um cuidado com causalidades ininterruptas, alusivas à sustentabilidade das novas rendas e a consequente exclusão do beneficiado. Por óbvio que a integração do Programa Bolsa Família junto a outras medidas de transferência de renda e capacitação popular, é pulsante e indispensável no processamento do princípio da diferença evitando a título de quadro hipotético a troca de transferências estáveis do programa por rendas dúbais associadas a outro trabalho qualquer. O propósito central do programa visa não mais expor o beneficiário a um desvirtuante quadro de informalidade quanto à precariedade do ofício executado ainda que defeso por regras cerebrinas do estatuto obreiro.

Desde a criação da política afirmativa, as propaladas inovações tangenciadas pelo Programa Bolsa Família aliam transformações sociais estruturais de inestimável enfoque democrático. Ao contrário da perspectiva primitiva de política assistencialista sem respaldo constitucional de manutenção do princípio da igualdade, a textura equitativa de consenso com o contrato social rawlsiano é conquistada com os desígnios conexos e plúrimos do benefício de prestação continuada sob enfoque.

Desta feita o alívio da pobreza em um exíguo espaço de tempo com a imediata transferência de renda, combate antigo vício social brasileiro de desinteresse no aporte de capital monetário no capital humano. Não menos importante exulta-se a exigência de condicionalidades das famílias beneficiadas em adstringir seu compromisso com a Administração Pública por meio do estreitamento com os equipamentos públicos como saúde e educação¹⁴⁷. Ampliando-se a demanda por serviços de natureza social pelo menos em direção da proposta hipotética do Programa Bolsa Família, a igualdade de oportunidades e controle do desequilíbrio da distribuição de bens e riquezas como princípios da justiça serão trilhados.

¹⁴⁷ Idem, SOARES F.V. e outros.

A transferência focalizada pelo Programa Bolsa Família mostra-nos a atividade criadora do aparato legislativo em instrumentalizar transformações nos sistema previdenciário, mormente na distinção de importantes facetas da proteção social do brasileiro mergulhado em uma encruzilhada caótica de problemas, todos eles agravados proporcionalmente quando nos afastamos dos grandes centros cosmopolitas e regiões metropolitanas avocadoras de riqueza e oportunidades às mais diferentes classes sociais.

Nota-se que o espírito coletivo assume feição objetiva com o avanço da medida social inclusiva contando com o aval deliberativo da razão pública imbuída de cidadania criativa, compromissada e porque não preocupada em experienciar novas e fulgentes doutrinas políticas engendrantes de premissas sociais e culturais arvoradas para equitativa participação dos cidadãos nos intercâmbios sociais e comerciais reinantes forcejando a igualdade de imbricação política aos grupos representativos participantes das decisões de maior vulto e estremecedoras do ambiente institucional.

A feição única delegada ao governo federal de multicolorir um trato monocromático e estanque da igualdade formal codificada em textos ortodoxos cuida da prospecção e posterior manutenção do mínimo social pressupondo que os grupos sociais signatários e sabedores dos princípios de justiça, acolham com a beleza exuberante da reciprocidade assente nos arranjos sociais prudencialmente fecundados quando as distorções no mercado são explícitas e recrudecedoras da desigualdade de oportunidades.

Sabemos que o fundamento real e iniludível, cimentado na sedutora ciência econômica afoita pelo bem-estar por vezes inescrupuloso, extirpa do tabuleiro do jogo político os sujeitos situados abaixo da linha da pobreza e que nada tem a agregar no progredimento de incentivos econômicos a privilegiados conglomerados comerciais praticantes de uma democracia de coalizão onde a supremacia da representação política determina os rumos da mesma quando compreendida como um jogo de interesses. A questão encetada por Rawls deposita esperança na postura cognitiva de apreensão do significado dos princípios da justiça exercitados, no setor de transferências e administrados sem temor pelo princípio da diferença.

A satisfação completa do programa assistencial troquelado pelo setor de transferências sujeitar-se-á no conhecimento empiricamente comprovado da renda total daqueles que se posicionam na condição de menos favorecidos e seu desenlace social rumo a maximização de suas expectativas no longo prazo. A encruzilhada conclusiva de Rawls reúne a integração política e econômica das principais contingências sociais em torno do Estado Democrático de Direito, fundado na simbiose transparente e clarividente entre a justiça substantiva volvida às instituições e a justiça procedimental pura disposta propositadamente aos indivíduos como legado histórico de sua cultura e influências deletérias que obstaram o desenvolvimento harmônico e a pacificação coletiva.

Diante do que se expôs o ímpeto do Estado para com o brasileiro não é disforme a tendência mundial à ideologia da igualdade, colimada como a transmutação de diplomas legais delineadores da matéria à espessa trama de políticas afirmativas de combate a manifestações flagrantes de discriminação. A vivificação do princípio da reparação como estandarte da eficácia dos males sociais não deve solver a indissociabilidade já conhecida entre as desigualdades distributivas e a formação cultural dos homens menos abastecidos na repartição de riquezas idealizada. Alocar recursos exige um consenso político extremamente complexo e prudente, de predileção sustentada por carências iminentes e insanáveis apenas com os mecanismos debutados pela mera reparação.

Problemas endêmicos merecem soluções definitivas que o contrabalanceamento de expectativas é incapaz de validar. A teoria da justiça foi inicialmente modelada como observadora acurada da vida social e coletiva, determinando o justo onde inexiste virtude nas relações sociais de igualdade. O princípio da diferença emergirá com sua força construtiva e construtora da igualdade jurídica de longo prazo, ultrapassando regiões fronteiriças de participação no mercado econômico, supridas pelo setor de transferências para sobrepujar-se na alocação de recursos a longo prazo, orientando a sociedade à ordenação de condicionantes de valoração da autoestima e da honradez individual aflorada a partir da união social.

Inobstante a ideia de estabilidade social ressurgir como horizonte de sobrevivência da teoria contratualista de Rawls, os resultados práticos não partirão das proposições normativas troqueladas na Carta Política de um país ou na elevação da estima de conceitos jusnaturalistas daquilo que é correto ou justo por indivíduos éticos, racionais, livres e iguais.

Distante do rigor metodológico do senso de justiça, concebido unicamente na robustez filosófica, a elucidação dos alarmantes dados empíricos obtidos em setores estratégicos da política estatal, como se dá na área da educação recobra das instituições e dos signatários do contrato social uma postura proativa de apoio a medidas reducionistas do nível de evasão.

Ao cabo de um processo de maturidade das instituições básicas salientou-se a riqueza e a evolução social que o fornecimento de meios para o acesso a educação traz fidedignidade à concepção política de justiça. No Brasil o marco regulatório na seara educacional deve admitir proposições seguras de imposição de forma e limite para o desenvolvimento de técnicas, remuneração dos docentes, material didático e demais nuances pormenorizadas ou ao menos encaminhadas pela Lei de Diretrizes e bases (Lei nº 9.397/96) em seu ofício capiteneador da regulação do ensino privado.

Contudo ainda não dispúnhamos de um emaranhado normativo justaposto ao conteúdo puro do entendimento disposto por regras cerebrinas. A tutela estatal foi ampliada por desígnio constitucional à família e a sociedade, responsáveis solidários pela formação intelectual do indivíduo preparando-o para um estágio posterior de exercício pleno e racional de sua cidadania e qualificação para o trabalho em bases plenas de igualdade com o restante da comunidade.

Agindo afirmativamente e pondo de lado uma postura neutra cultivada em campos estéreis, o governo federal fecundou o Programa Universidade para Todos (Prouni) por meio da Medida Provisória nº 213 de 10 de setembro de 2004. Em linhas gerais o Prouni é destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e parciais (na ordem de 50%) para cursos de graduação e

sequenciais de formação específica em instituições privadas de ensino superior possuindo ou não estas, fins lucrativos¹⁴⁸.

Os valores democráticos específicos como a igualdade e dignidade foram sopesados de forma insinuante e inédita, delimitando o público por meio do estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola pública ou em instituição privada na condição de bolsista integral, abarcando o acadêmico portador de deficiência sem deixar de acalentar com similar apreço o professor da rede pública de ensino que se candidate a cursos de licenciatura destinada ao magistério e educação básica e pedagogia, independente da renda.

A minudência do programa redutor de disparidades ao alcance do direito à formação acadêmica discorre com promissora sabedoria jurídica que as entidades inscritas pelo governo federal como destinatárias dos recursos alocados desembocam na isenção de importantes tributos antes devidos pelos estabelecimentos de prestação de serviços educacionais.

A ilustração do princípio da diferença explicado de maneira homogênea infere uma distinção nítida entre o beneficiamento de grupos majoritários e a equivalente maximização da situação lamuriante dos não tão favorecidos. Comete-se um esquema de injustiça a partir do instante em que as expectativas mais altas dependam da violação de princípios de igual primazia como a justiça equitativa e a igualdade de acesso a cargos e oportunidades.

No Programa Universidade para Todos se condensa uma compatibilidade plausível entre o princípio da diferença e da eficiência, amortizando-se prejuízos que obviamente diminuiriam os ganhos resultantes da livre iniciativa obtidos com os serviços educacionais. A redução legalmente estatuída da carga tributária empreende a justa medida do modelo empregado, fortalecendo o continuísmo da estabilidade social e a substancial movimentação do outrora estático princípio da igualdade. O discurso meritório praticado pelos defensores do mérito acadêmico como elemento estruturante do acesso ao ensino superior aviltam parâmetros históricos preponderantes e que não passam ao largo dos objetivos constitucionais mais amplos, voluntariosos de uma igualação jurídica efetiva.

¹⁴⁸ http://www.prouni.com.br/indez.php?edição_id=1&menu_id=27. Acesso em 08 de julho de 2009.

A crítica outrora feita à exegese nada progressiva do positivismo agora é observada quando comparamos a iniciativa legislativa instituidora da política afirmativa de fomento à educação (PROUNI) cuja validade é reconhecida pelo nosso ordenamento e a eficácia social gerada pela adesão de milhares de estudantes e instituições aludem claramente à combinação antes inimaginável do positivismo e construtivismo jurídico¹⁴⁹

Parece-nos claro que alocações de recursos no universo educacional concedem cidadania e igualdade de participação política acalorando assim o debate institucional já perecido por um vício de fundo e originando por fatores naturais e dotes inatos. Tais aspectos que no contexto utilitarista constituem um componente a mais na condução de um plano de vida lucrativo e feliz para o indivíduo, sob o bastião do princípio da diferença hão de ser administrados como reforço no inarredável auxílio àqueles não agraciados pelo positivo infortúnio. Este liame entre a moralidade institucional do Programa Universidade para Todos e o princípio da diferença incorpora a cosmovisão de uma concepção do valor da vida humana e a *práxis* institucional representativa da intenção política e pública.

¹⁴⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional – temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143.

8. Conclusão

O descaso e a negligência a que eram sujeitas as classes minoritárias, dentre estas, as desafortunadas contaram com repetidas manifestações desapropriantes de direitos e prerrogativas dirigidas aos indivíduos pela sua própria existência reveladora de seu dever-ser real e essencial.

Questões de ordem política e setorizadas estrategicamente na correlação institucional do sistema estatal pátrio foram engatilhadas como prioridade de John F. Kennedy, até então, senador norte-americano durante a década de 60. Partindo de um cenário desolador de promoção das políticas públicas na educação, saúde, previdência social, mercado de trabalho e afirmação histórica da identidade conquistada pelas minorias, como cidadãos reconhecidamente pertencentes à ordem social posta, o partido democrata obteve, além do cobiçado cargo da Presidência da República, a maioria em ambas as casas legislativas, o que cotejou a promissora solução de erradicação das disparidades sociais.

A discriminação e o preconceito outrora ocultos em regiões afastadas dos grandes centros ou nas metrópoles, em bairros humildes, desprovidos de segurança, saneamento básico e infraestrutura urbana; ou alento protetivo quando situados na zona rural, povoou a agenda política do Estado de bem-estar social avesso ao isolamento das camadas pobres de sua população. Mudanças comportamentais eram mais do que urgentes para a recomposição social de uma remodelação da estrutura institucional do Estado por meio de medidas pontuais, socialmente desejadas, porém, ameaçadoras de interesses espúrios de grupos menores que eram detentores de vasta parcela das riquezas anualmente produzidas pelo Estado.

Inexiste dúvida que o ponto de partida aproximado do êxito das ações afirmativas ronda um eficiente esclarecimento sobre os critérios objetivamente reconhecidos e, acima de tudo, aceitáveis pela coletividade, salvaguardando interesses jurídicos aquilatados pelo princípio da igualdade e alicerçados em nível sistêmico sobre disposições exibidoras de outras facetas emergentes da situação de desigualdade.

As orientações distributivas avivadas pelas ações afirmativas sempre constituíram uma fórmula passível de rejeição por parcelas da população não abrangidas, sob o âmbito subjetivo da disposição constitucional iniciada pela décima quarta emenda à Constituição norte-americana. Aos juízes constitucionais fora confiado o preenchimento elucidativo da norma hipotética fundamental, mediante a prática hermenêutica de leitura da ordem jurídica indicadora da concordância jurídico-científica do escopo finalístico da norma constitucional.

A fixação de um novo padrão do exame constitucional das leis instituidoras das políticas de discriminação positiva rompeu as algemas da escravidão jurídica a que estava empedrada o nível de abordagem. O singelo desfecho investigativo da norma jurídica restritiva ou ampliadora do princípio da igualdade realçou que o julgamento padronizado e reverenciado pela Corte Warren (1953-1969) simbolizava uma inconstitucionalidade prévia comungada pelo Poder Judiciário, rechaçando *ab initio* a recomposição da ordem social reveladora da *equal protection clause* no caso concreto.

O comprometimento estatal com a inequívoca enumeração da obediência a interesses estatais cogentes evidenciou um momento histórico da democracia constitucional norte-americana que sustentava sua longevidade em teorias de justificação política e econômica dos construcionistas estritos e adeptos ao conservadorismo respeitado pelo partido republicano e seus atuantes membros e patronos de uma oligarquia legitimada. A limitação condenatória do avanço das ações afirmativas minimizou seus nefastos efeitos com o julgamento do caso *Regents of the University of California vs. Bakke*. O resultado afortunado do caso, como se viu, não se refugiou na decisão em benefício de Alan Bakke, mas, do “padrão intermediário”, alavancado pelo Ministro Brennan, e revolucionário ao permitir a penetração de um elemento moderador identificado e defendido por uma sociedade justa e a partir do voto ministerial alcançável pelo esforço da mudança.

A síntese da dialética política moderna empenhou-se em agir progressivamente encetando políticas com isenção de ânimo Estatal, de beneficiamento a interesses pessoais de membros convictos do poder que possuem nos grupos representativos que defendem. Cada vez mais o refúgio

político e a propalação de ideologias socialistas e neoliberais desatinam a ascensão de tendências mais profundas de pensamentos arraigados e acostumados com a maciça inamovibilidade de conceitos e *standards* de conduta. A básica e derradeira fixação do pilar político da democracia representativa ou de um regime totalitário é diretamente proporcional à concretude da vertente histórica prevalente no Estado contextualmente estudado.

Dissecando a assertiva proferida, a relevância da história como fiel depositária dos fatos socialmente, politicamente e economicamente decisivos, para retrocesso ou avanço da cultura de um povo mergulhado em uma complexa trama de relações sociais, capta a partir do entrelaçamento fático pretérito, a predominância de interesses conflitantes e simultaneamente impeditivos de uma exegese progressiva da democracia. Nos Estados Unidos os embates se customizaram entre o empregador vs. empregado; capitalistas das mais diversas magnitudes (sem perder o rótulo conquistado) vs. massas trabalhadoras. A longa dicotomia apresentada e que ardentemente tomou conta de vastas produções bibliográficas da história dos séculos XIX e XX cedeu espaço para o renascimento da divisão social contemporânea, mas não menos desigual, geradora de uma classe mais afortunada e outra condenada à retidão e o esquecimento.

A existência, nas nações economicamente avançadas, dos ricos e pobres sobreviveu na psique pública como fator discriminatório entre aqueles que se encontravam confortavelmente instalados e outros economicamente desafortunados, sem levarmos adiante outros preconceitos ainda candentes como a etnia, sexo e nacionalidade, todos perpetrados desde os primórdios da noção jurídico-política de Estado¹⁵⁰.

Notemos que o raio de ação insinuado, na história do século XXI, trouxe consigo dificuldades endêmicas de equiparação social entre os ricos e pobres. Como se sabe os ricos e aqueles bem situados na pirâmide estamental são mais articulados politicamente. Abandonando os escombros da até então sociedade capitalista. Esta nova classe ascendente manipula a justificação

¹⁵⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: uma perspectiva humana**. trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 8.

política e econômica de decisões estatais seguindo o arbítrio de grupos majoritários e compostos pelos detentores de excessivo poder, distante, portanto, das minorias e de ideologias de justa repartição dos recursos.

O apoio incondicional ao lucro e a maximização de riquezas infestou o ambiente de utópica igualdade, agora reclusa à letra fria do dispositivo exegeticamente interpretado. Até mesmo a democracia queda-se reticente e empedernida na mente dos menos favorecidos, como estigma imutável e materializador dos anseios dos menos afortunados.

E não é para menos. No transcorrer das últimas décadas, até um passado recente, o reconhecimento do papel do governo recebeu dúbias implicações pelos setores sociais. Enquanto para as minorias descorçoadas o governo contrata e capacita políticas garantidoras do bem-estar social e a subsistência básica de segurança alimentar daqueles que recheiam as estatísticas da pobreza, para os ricos simbolizam mais um ônus a ser despejado no depósito de produtos a serem descartados sem ao menos passarem por uma reciclagem. Para a classe dominante o Estado significa um empecilho ao progresso, um desacerto à lógica do grupo e da livre concorrência em larga escala desleal. O lampejo coletivo de recordação da tutela estatal oriunda do contrato social se dá apenas em falhas da selvagem engrenagem industrial, onde o socorro governamental a instituições financeiras falidas, incremento de despesas militares e da previdência social confortam e engessam a concepção paternalista do Estado em prol dos seus filhos mais queridos¹⁵¹.

Para o intérprete historicista desde a grande depressão norte-americana, majorada pela quebra de bolsa de New York em 1929, até os dias atuais o aporte infinito de montantes de dinheiro público saneou as peripécias financeiras no mercado *subprime*. E a postura do Estado alternou uma insólita neutralidade deturpadora da igualdade de oportunidades em favor dos oprimidos, ou de um excesso de zelo para com a manutenção do metabolismo econômico gerador de divisas para poucos, porém, notáveis conglomerados industriais travestidos de bons empregadores ainda que às custas do sofrimento das minorias.

¹⁵¹ Idem, p. 9.

O tradicionalismo político, encravado na evolução histórica dos Estados, mobilizou as forças políticas dominantes do poder e suas vertentes opositoras em infindáveis embates teóricos, por vezes, estafantes e limitadas a escassez argumentativa como em uma tediosa ficção.

Sustentar o socialismo como a justa política de uma sociedade equânime, ou o capitalismo desenfreado e contemplado por medidas econômicas neoliberais de privatização em massa, e desregulamentação do mercado financeiro, implica em denotar o realce dos fatos históricos sobressalentes legitimamente contrários a supostos triunfos político-partidários construtores de ideologias e doutrinas definidoras dos rumos históricos do povo e da própria nação.

A fuga do pensamento decisionista, de primitiva ação política, apenas decompõe o relacionamento social e critica as iniquidades positivadas no repositório legislativo retrógrado. O alcance da sociedade justa, por onde irradiam os efeitos do contrato social vigorosamente edificado, torna indispensável a imposição de uma regra dominante historicamente alheia a ideologia e a doutrina, mas, aos fatores predominantes do caso específico. Ilusões anteriores, atos costumeiros cristalizados na *mens legis* do legislador recebem nova indumentária universalizada, e unida nos méritos sociais e econômicos do caso específico.

O retorno à lúcida dicotomia entre a sociabilidade como traço distintivo do homem e sua extraordinária interação na *polis* imprime clara influência da caracterização grega nutrida pela concepção Aristotélica das atividades necessárias nas comunidades humanas, tributáveis ao rótulo de “animal social” conferido ao homem. Antônio Gomes Penna pontifica que entre todas as atividades depositadas na contextura ininterrupta da dialética humana somente duas mereciam maior consideração política e constituinte daquilo que Aristóteles convencionou de *bios politikos*: a ação (*práxis*) e o discurso (*lexis*) a partir dos quais se estribam a esfera dos negócios humanos e excludentes de forma a aproveitar e aperfeiçoar apenas o necessário e útil¹⁵².

¹⁵² PENNA, Antônio Gomes. **Introdução à psicologia política**. Rio de Janeiro: Imago, 1995, p. 15.

Decerto que a ciência política e racional sobre a qual paira diversos outros ramos como o direito, gratifica o renascimento de uma nova e inadiável era do conhecimento humano, de raiz sociológica e elemento teleológico da observação do fato. Esta era que recebeu, por parte de John Kenneth Galbraith, a nomenclatura de “era do julgamento prático”, passa a mitigar os danosos efeitos que legislações corporificadas e adaptadas aos anseios de poucos grupos ascendentes transmutem por uma compatibilização substancial e inclusiva de todos os sujeitos sociais agrupados ou não na *polis*¹⁵³.

Ademais a ação integrada do Estado como entidade transcendental e Deus terreno da longevidade das relações institucionais frutificarão no espírito coletivo a semente da sociedade justa, promotora da igualdade racial, étnica, origem nacional e acessibilidade de todos aos cargos e oportunidades instrumentalizados como mecanismos cogentes de alcance a um plano de vida ordenado pelo indivíduo.

Agindo afirmativamente o Estado recrutará o princípio basilar da interpretação legal para agregar às suas ações políticas contingências de eliminação da desigualdade reparando-a onde a lâmina cortante da história decepou a substância jurídica igualitária da coletividade. Ações apropriadas, e até mesmo interventivas do Estado, no campo econômico principalmente, controlarão a maximização do lucro pessoal quando respingar no descaso social para a coletividade, além de regulamentar relações sociais estagnadas por uma geometria econômica pretensiosa maculada pelo utilitarismo.

O estudo atento e a apreciação inteligente do caso específico e propício a contundente implementação da ação afirmativa não atinge e nem sequer alude a doutrinas ou ideologias políticas da situação ou oposição. Apenas a ação afirmativa tangencia a rota correta do rumo da história obstando que gritantes índices de injustiça social padeçam de hostilidade por meio dos tempos. Logo o julgamento prático transita do plano formal ao material por meio da ação afirmativa que por sua vez resultará na insofismável sociedade justa.

¹⁵³ GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa...** ob.cit. p. 22.

A transitoriedade evolutiva para uma sociedade justa necessita ainda que tardiamente explorar, demover e emendar erros e acertos preteritamente consumados não apenas pelo Estado, mas pela sociedade de um modo geral. A justeza nas relações humanas aproxima o acesso a uma vida gratificante a todos os indivíduos independentemente de sexo, etnia ou nacionalidade descontando diferenças indubitáveis de aspiração e qualificação pessoal.

O determinismo econômico e político deve atender prontamente a disponibilidade de oportunidades aos grupos dominantes e minoritários preenchendo lacunas sociais do repositório de políticas distributivas, além de encampar fragmentos perversos de distribuição de recursos públicos em matéria de educação e emprego, para citar atrocidades imobilizadas na memória.

Cabe, porém, esclarecermos que desde a prática da democracia direta reduto mais belo do civismo da civilização grega clássica, o valor que o cidadão credita ao Estado como oferta tem se dispensado progressivamente, seja pela não interferência governamental, no vetusto terreno da livre concorrência; seja pela descrença até então relutada dos desafortunados pela concretização de um mundo justo pela democracia. Salientamos sem reboço o escólio de Paulo Bonavides ao dissertar sobre a inexistência de dualidade de interesses na democracia direta grega:

“Basta a percepção jurídica deste hiato de valores, desta separação axiológica entre o indivíduo e o Estado, entre o homem e a coletividade, para demonstrar que estamos diante de dois pólos, em presença de dois antagonismos, em face de duas forças distintas, que correm mais em sentido contrário do que em sentido convergente ou sequer paralelo”¹⁵⁴.

O retrato democrático hodierno exprime uma face aprisionada que o homem carrega consigo ainda que detentor de poderoso instrumento de garantia preservacionista de direitos fundamentais, aperfeiçoado pelo voto popular. Considerando-se o afastamento do homem em relação ao Estado, patrocinado pela democracia representativa, gizamos na aclamação de uma sociedade justa e igualitária a interpretação simultânea das políticas públicas

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência...* ob.cit. p. 269.

de ações afirmativas em pretórios diferentes. Por um lado remanesce a concretização do princípio constitucional da igualdade material corrigindo ou mitigando discriminações passadas. Por outro as ações afirmativas preocupar-se-ão com a construção psicológica de personalidades emblemáticas capazes de exemplificar com fidalguia a mobilidade real do instituto na consecução da justiça ideologicamente arquitetada pela conduta individual e coletiva.

Sob a validez interna da conduta individual, a justiça é definida especulando-se o justo como proporcional e circunscrito à descrição da microjustiça. A partir de então o apreço humano se eleva para um nível de consideração interacional escorado e explicado pela macrojustiça. O senso comum hipotetiza a distribuição geral dos recursos e bens sociais entre as camadas sociais marginalizadas, colocando em pauta recursos multifacetados e ordenados para grupos de propriedades características e exploradas sob os níveis individual, grupal e social. Antes, porém, a complexidade e relevância da equidade é verificada como uma das causas ensejadoras da justiça distributiva promovendo-se a investidura de outros critérios como a igualdade e a necessidade. Torna-se provável que experimentos psicológicos comprovem a presença do estereótipo do justo na distribuição de recursos escassos pela via da alocação proporcional.

Para outros, a exteriorização da justiça se resume na distribuição em partes iguais, admitindo ainda um terceiro e contundente nível de entendimento se levarmos em conta a distribuição das mesmas riquezas e oportunidades para aqueles rotulados como desprovidos dos mais elementares meios de subsistência em um estado falimentar explícito de privação¹⁵⁵.

A feição psicológica que as ações afirmativas emprestam ao princípio da igualdade amolda a realização da justiça às dísticas variáveis acima apresentadas, listadas pelos indivíduos a partir de esquemas práticos de cooperação ou individuação descrita da justiça. Conforme o contexto de estudo empírico resumir-se-á a maximização do bem-estar revelado por intermédio de um observador racional, compreensivo e imparcial, que se identifica com os

¹⁵⁵ASSMAR, Eveline Maria Leal; RODRIGUES, Aroldo. **Razões Para alocação de recursos em situações e de perdas num contexto de justiça distributiva**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, 38(2). Rio de Janeiro, abr/jun, 1986, p. 36.

desejos dos membros componentes da sociedade, ocupando-se de modo como a soma das satisfações vem a ser distribuída ao longo do tempo.

Admitimos que uma preciosa análise do caso específico permitirá ao executor da ação afirmativa, preocupado com o impacto social de sua instalação nos diversos níveis de relações interpessoais do funcionamento dos grupos sociais, uma coerente dilatação do preceito multidimensional da justiça. Gera-se, assim, a medida de discriminação positiva repousada na equidade quando propensa a abolir distúrbios econômicos entre as classes ou assente na necessidade quando concebida a suprir pendores assistenciais¹⁵⁶.

A acepção literária psicológica da justiça concebida como pano de fundo nas ações afirmativas preparou o terreno para a justificação filosófica da base expositiva da teoria da justiça de John Rawls e o construtivismo jurídico entabulado por Ronald Dworkin. Um procedimento reflexivo entrelaça a ciência do direito à feição hodierna do Estado, transportando a vigência dos direitos fundamentais da liberdade pessoal, econômica e política, todos processados para a perceptível neutralidade estatal, para o exame estável e legítimo dos direitos sociais constituídos pela primazia e austeridade das lutas sociais dos trabalhadores, pela participação no poder político e alocação coesa da riqueza social.

Estabelece-se na cultura liberal da sociedade moderna uma concepção política de justiça, concentrada em princípios selecionados por cidadãos ideais como definidores dos termos equitativos de cooperação social regentes da sociedade democrática de que virão a fazer parte como cidadãos atuantes e responsáveis. O consenso obtido com a justificação realizada demoverá os valores não políticos deduzindo nova e concreta regra social sujeita à maturada experimentação social de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) equacionado somente com valores políticos e operacionalizados¹⁵⁷.

O ajuste metodológico do liberalismo político de Rawls, originado na crença condensada do consenso sobreposto, emprega parâmetros equitativos

¹⁵⁶ ASSMAR, Eveline Maria Leal. **A psicologia social e o estudo da justiça em diferentes níveis de análise**. Psicologia: Reflexão e Crítica, 2000, 13(3), p. 505.

¹⁵⁷ FELIPE, Sônia T. (org). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas**. Florianópolis: Insular, 1998 . pp. 216-217.

de avaliação, graças a identificação do véu da ignorância compromissada pela privação dos indivíduos hipotéticos de todas as informações criadoras de disparidades entre os homens. A consciência social de escolha do véu da ignorância é singelamente compreendida nas representações práticas sociais.

Imaginemos apenas que as relações situacionais e interpessoais trazidas a tona pela psicologia social avantajem o domínio da perspectiva equitativa unidimensionalmente concebido pelo justo equiparado ao proporcionalmente conquistado pelos sujeitos. Inferindo a ausência do véu da ignorância, as deliberações dos grupos sociais legitimadores do liberalismo político congratulariam o atendimento de interesses privados e, portanto, paralisadores da intelectualidade de uma sociedade justa.

Predominando o emprego do véu da ignorância todas as diferenças incrustadas no interior das doutrinas individuais de justiça e bem comum são encobertas e subtraídas do expectador compreensivo, assegurando unicamente informações complementadoras da celebração do acordo social dito racional.

Este nível elementar de dilatação e aperfeiçoamento da posição original enunciará os princípios de justiça orientadores de todas as ações institucionais sociais básicas e distribuidoras de direitos, deveres e vantagens protetivas dos termos cooperativos. Os fundamentos morais daquilo que possui valor na vida humana, transmuta-se para a perspectiva do participante elevada à cosmovisão incorporada no âmago do indivíduo. Os mais distintos contextos assecuratórios da descrição humana sobre o mundo submetem-se a julgamentos refletidos, de indivíduos confrontados com os juízos ponderados e liberados pelos participantes da posição original e atuantes membros que são da sociedade democrática contemporânea.

O contraponto posto em prática com a largueza das influências e do momento histórico da eleição dos princípios lexicalmente organizados na posição original expandem-se pela aplicação cotidiana de cada cidadão. Permitir-nos-emos uma intermitente investigação filosófica entre os princípios formulados e o senso de justiça desejado por Rawls e aperfeiçoados ao longo da história institucional.

Questões de psicologia social, etnologia, antropologia e juridicidade premeditadas pelos princípios constitucionais são contrabalanceadas e revistas no processo de feição geral e universal da síntese lógica do desenvolvimento da reflexão racional. A conformação adequadamente ordenada da situação inicial, nivelada por fundamentos morais não-públicos, remunera a esfera da validade pública potencializada pelo equilíbrio reflexivo de aparência estética e formozuada pelo princípio da igualdade. Ainda que a pluralidade de interesses estigmatizadas na grande maioria das democracias ocidentais abra a igualdade de oportunidades aos severos efeitos da máquina econômica, as ações afirmativas ainda asseguram a consciente fonte dos princípios constitucionais estatutos e seguidos pela nação.

A sensível similitude das ações afirmativas encorajadoras do diálogo preciso com a situação preambular exultante da posição original e o princípio da diferença, sintetizador da segunda parte do segundo princípio de justiça da teoria de John Rawls, descortinam qualquer encruzilhada teórica disseminadora de incongruências ainda existentes acolhendo ao final o aporte filosófico instigador como máxima realização dos fundamentos do Estado democrático de direito, entre os quais o brasileiro.

As mudanças econômicas e sociais se valeram, então, como a marcha inicial de concepção de políticas e de mecanismos de inclusão disseminados por entidades públicas, privadas arvoradas com irreduzível independência sistêmica pelos órgãos estruturados na repartição dos Poderes, com a competência jurisdicional de verificação da congruência normativa das leis infraconstitucionais com o texto maior lançado na Constituição Federal.

Em consequência da substância política encravada nas políticas de ação afirmativa, a figura do juiz constitucional, e porque não do juiz ordinário clareia a melhor leitura do texto legal, ainda que no controle difuso de constitucionalidade. O fragmento evolutivo do direito e da hermenêutica, de forma específica, cumprirão o papel imposto ao pretório jurisdicional de criar politicamente o direito, adaptando-o aos princípios de justiça¹⁵⁸.

¹⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 55.

O vigor ostentado pela exegese dos códigos não mais concilia o indivíduo em seu tempo e lugar na história social do século XXI. A concretização do direito como fenômeno deontológico de recomposição do repertório jurídico pressupõe um específico problema e seu equacionamento evolutivamente destrinchado no aspecto renovado da jurisdição sobre matéria política. Apenas a explicação homogênea e abrigada, nos distintos elementos integradores dos direitos, como a sociologia e a psicologia poderão pinçar o que demais justo aflora da norma subjetiva concretizada em cada precedente sustentado ao estudioso a tarefa de cogitar até que momento a diferença de tratamento entre os cidadãos, formalmente iguais, se justifica ou não e se a interpretação compreendida em um contexto jurídico há de ser imaginado diferentemente do anterior¹⁵⁹.

A força gravitacional do precedente outorga parâmetros jurídicos a questões fundamentais da vida do Estado ressuscitadas por valores práticos operados no espírito coletivo, como exemplares argumentos formadores da tese dos direitos. A síntese do pensamento de Dworkin como se pode explicar concentrou uma aversão ao exagero discricionário praticado pelos magistrados norte-americanos ao subsumir casos eivados de lacuna legislativa aos princípios constitucionais.

Eliminar contradições aparentes na decidibilidade dos casos difíceis comporta o polimento intencional dos direitos políticos que passam assumir a função criadora da história e da moralidade. Assim, pratica-se, por meio das ações afirmativas, o escopo distributivo de toda e qualquer instituição política atenta aos fatores do passado retidos no rigorismo lógico da função racional e imóvel do princípio da igualdade e no cumprimento exato do alcance material do epicentro jurídico e moral do direito: a igualdade.

O desembaraço institucional e sutil priorizado pelo Estado com o fortalecimento interventivo em setores estratégicos de nossa sociedade provocará a combinação propugnada pelo liberalismo clássico e a carga humanitária e idealista imperativamente modelada para extirpação ou atenuamento de descompassos tão explícitos. Ainda nos reportando ao salutar

¹⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p. 38.

caso *Regentes of the University of Califórnia vs. Bakke*, o objetivo ainda que remediador de utilizar o sistema de quotas baseadas em fatores raciais, como porta de acesso a minorias subrepresentadas historicamente, não tenha sido suficiente para demover dos ministros da Suprema Corte o espírito ortodoxo da velha escolástica. A essência moderna das ações afirmativas nos mostra que a consciência racial é o único programa de ação afirmativa eficiente para a qualificação educacional dos estudantes¹⁶⁰.

Enfim, ao circunscrever o princípio da igualdade apenas na retórica política, e abalada por desígnios pessoais, ou torná-la refém do espírito desprovido de talento criador do texto constitucional não se revela suficiente ao desiderato social de inclusão ampla e irrestrita dos cidadãos. As ações afirmativas surgirão como medidas avançadas de concretização do princípio da igualdade, dada sua estreitíssima virtuosidade com o depurado texto da lei volvida igualmente à universalidade abrangente dos princípios constitucionais e mergulhada ao tônico fortificante e permissivo da suave transição da abstração da lei à realidade prática dos sujeitos sociais.

¹⁶⁰ BALL, Howard. **The Bakke case: race, education, and affirmative action**. Lawrence: University Press of Kansas, 2000, p. 69.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Marcia Cristina de Souza . **A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988**. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO), v. 10, 2008.

ARAUJO, L. A. D. (Org.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ARAUJO, L. A. D. . **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 3ª.ed. Brasília-DF: CORDE, 2003.

_____; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9º. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSMAR, Eveline Maria Leal. **A psicologia social e o estudo da justiça em diferentes níveis de análise**. Psicologia: Reflexão e Crítica, 2000, 13(3).

ASSMAR, Eveline Maria Leal; RODRIGUES, Aroldo. **Razões Para alocação de recursos em situações e de perdas num contexto de justiça distributiva**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, 38(2). Rio de Janeiro, abr/jun, 1986

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALL, Howard. **The Bakke case: race, education, and affirmative action**. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª. Ed. Rev atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª. Ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional – temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª. Ed. Vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAGGIANO, Monica Hermam Salem. **Sistemas eleitorais X representação política**. São Paulo, 1987. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Congressional research service. Disponível na Internet:
<http://www.opencrs.com>. Acesso em 20 de março de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. Ed.Rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Direito da mulher: igualdade formal e igualdade material**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE, Moisés (orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999.

FELIPE, Sônia T. (org). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas**. Florianópolis: Insular, 1998.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pião: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes**. São Paulo: Expressão popular, 2005.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: uma perspectiva humana**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUNTHER, Gerald. **Constitucional Law**. 12. ed. Westbury: The Foundation Press Inc., 1991.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol.I. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAFT, Fritjof. **Direito e linguagem**. *In*: Introdução à filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneas, A. KAUFMANN e W. HASSEMER (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HELD, David. **Models of democracy**. 2. ed. California: Stanford, 1996.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

LUÑO, Antônio-Enrique Perez. **Soberania popular y Estado de derecho.** *In:* Constitución: problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2003.

MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Minority Rights. Fact Sheet nº 18, Geneva. Centre for Human Rights, 1992.

MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitucional Law.** 5. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995.

PAES de BARROS, Ricardo; CAMARGO, J. M. **Em busca dos determinantes de bem estar na América Latina.** *In:* Pesquisa e planejamento nº. 3.Vol.3, 1993.

_____; MENDONÇA, Rosane; HENRIQUES, Ricardo;. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil.** Disponível na Internet: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em 27 de março de 2009.

_____; _____; _____. **O combate à pobreza no Brasil: dilemas entre políticas de crescimento e políticas de redução da desigualdade.** In: R. Henriques (Org.), Anais do Seminário Desigualdade e Pobreza no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, Agosto de 1999.

PASCAL, Georges. **Coompreender Kant.** Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2007.

PENNA, Antônio Gomes. **Introdução à psicologia política.** Rio de Janeiro: Imago, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

PIRES, Maria José Morais: **“A discriminalização positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem”.** In: Documentação e Direito Comparado, n. 63/64, 1995.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção – aspectos da lógica da Decisão Judicial.** 2ª. Ed. Campinas: Millennium, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade – uma reformulação.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O direito dos povos.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RE, Edward D. **Stare Decisis.** In: Revista de Informação Legislativa, v. 122. maio/jul. 1994.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court.** New York: Vintage Books, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** In: Revista Trimestral de Direito Público. Nº15/85.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem burguesa e liberalismo político.** São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** 5ª. Ed. Trad. Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2000.

SOARES, F.V. e outros. **Programas de transferência de renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade**. Rio de Janeiro: Ipea, 2006, texto para discussão nº 1.228.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

The Constitution Of The United States. New York: Barnes & Noble Books, 2002.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Terras de Quilombo: caminhos e entraves do processo de titulação**. Belém: Secretária Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006.

UROFSKY, Melvin I. **Affirmative action on trial: Sex discrimination in Johnson v. Santa Clara**. University Press of Kansas, 1997.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editoral UnB, 1991.

WUCHER, Gabi: **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do século XVII ao XXI**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.