

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA – UFSM
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Diego Cassiano Lorenzoni Carbone

**A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE
E AS AÇÕES AFIRMATIVAS.**

Santa Maria, RS
2017

Diego Cassiano Lorenzoni Carbone

A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, na Área de Concentração em Filosofia Teórica e Prática, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Filosofia.**

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Bins Di Napoli.

Santa Maria, RS

2017

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Lorenzoni Carbone, Diego Cassiano
A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E AS AÇÕES
AFIRMATIVAS. / Diego Cassiano Lorenzoni Carbone.- 2017.
100 p.; 30 cm

Orientador: Ricardo Bins Di Napoli
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Filosofia, RS, 2017

1. Teoria da justiça como equidade 2. John Rawls 3.
Ações afirmativas 4. Teoria ideal 5. Teoria não-ideal I.
Bins Di Napoli, Ricardo II. Título.

Diego Cassiano Lorenzoni Carbone

A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Área de Concentração em Filosofia Teórica e Prática, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Filosofia.**

Aprovado em 06 de março de 2017:

Ricardo Bins Di Napoli, Dr. (UFSM)
Presidente/Orientador

Noeli Dutra Rossatto, Dr. (UFSM)

Thadeu Weber, Dr. (PUC/RS)

Santa Maria, RS
2017

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo amor e suporte.

À Universidade de Federal de Santa Maria, pelo ensino público, gratuito e de qualidade.

Ao professor Dr. Ricardo Bins Di Napoli, pelos ensinamentos ao longo do mestrado e pela correção técnica e cuidadosa desta dissertação.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFSM, em especial na pessoa de Daniel de Moura Albano, pelo atendimento cortês e prestativo.

Aos meus amigos Juliana Mendonça e Guilherme Menegat, e à minha afilhada Maria, que, com suas presenças serenas e constantes (mesmo na distância física), trazem leveza à minha vida.

E, por fim, a todos os colegas que tive durante o curso, os quais, com ouvidos e mentes abertas, me ajudaram a encontrar o caminho a seguir.

- *E tu, como queres tu que continue a olhar para estas misérias, tê-las permanentemente diante dos olhos, e não mexer um dedo para ajudar?*
- *O que fazes já é muito.*
- *Que faço eu, se minha maior preocupação é evitar que alguém se aperceba de que vejo?*
- *Alguns irão odiar-te por veres, não creias que a cegueira nos tornou melhores.*
- *Também não nos tornou piores.*
- *Vamos a caminho disso, vê tu só o que se passa quando chega a altura de distribuir a comida.*
- *Precisamente, uma pessoa que visse poderia tomar a seu cargo a divisão dos alimentos por todos que estão aqui, fazê-lo com equidade, com critério, deixaria de haver protestos, acabariam essas disputas que me põem louca, tu não sabes o que é ver dois cegos a lutarem.*
- *Lutar foi sempre mais ou menos uma forma de cegueira.*

(José Saramago, Ensaio sobre a cegueira, 1995, p. 135).

RESUMO

A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS.

AUTOR: Diego Cassiano Lorenzoni Carbone
ORIENTADOR: Prof. Dr. Ricardo Bins Di Napoli.

John Rawls concebe a sociedade como um sistema de cooperação. Para reger esse sistema, desenvolveu a teoria da justiça como equidade (TJE). Sua teoria, do surgimento no início da década de 1970 até hoje em dia, tem sido comumente associada às políticas públicas denominadas ações afirmativas (AFs). Apesar dessa associação, há duas situações relevantes que merecem análise e nos levam ao nosso problema de pesquisa: Rawls nunca escreveu sobre ações afirmativas diretamente, apesar da grande extensão de sua obra; e existem argumentos sustentando a incompatibilidade entre a TJE e as AFs. Diante disso, o presente trabalho enfrentará o seguinte problema: existe incompatibilidade entre a teoria da justiça como equidade e as ações afirmativas? Nossas hipóteses são: (i) que as ações afirmativas não estão previstas na TJE e, em geral, não podem ser simplesmente derivadas daquela teoria; e (ii) que, apesar disso, não há incompatibilidade entre a TJE e as AFs. O objetivo mais amplo do trabalho, para além do objetivo específico de responder ao problema de pesquisa, será demonstrar que não há espaço para associações paroquiais entre a TJE e as AFs, pois há argumentos relevantes que devem ser enfrentados por quem pretender estudar o tema – seja para defender as AFs ou não –, sobretudo aqueles argumentos relativos à distinção de Rawls entre teoria ideal e teoria não-ideal. No primeiro capítulo, serão apresentados conceitos básicos para a compreensão geral da teoria da justiça como equidade. No segundo capítulo, após expor conceito e taxonomia das ações afirmativas, serão analisados alguns dos argumentos de Rawls que fundamentam os dois princípios de justiça da TJE, para verificar se tais argumentos apresentam alguma incompatibilidade com as ações afirmativas, e a seguir será analisada a validade de algumas objeções feitas por Robert Taylor no artigo *Ações Afirmativas Rawlsianas*, sustentando que determinadas categorias de ações afirmativas são incompatíveis com a TJE, nos cenários da teoria ideal e da teoria não-ideal. Ao final, serão expostas conclusões, no sentido de que: (i) as ações afirmativas não estão previstas na TJE e não podem ser simplesmente derivadas dela; (ii) que os argumentos de possível incompatibilidade, aqui analisados, são inválidos; e (iii) que, ressalvada a existência de outros argumentos aqui não estudados, tais políticas públicas não são incompatíveis com a teoria da justiça como equidade.

Palavras-chave: Justiça como equidade. Ações afirmativas. Teoria ideal. Teoria não-ideal. John Rawls.

ABSTRACT

THE THEORY OF JUSTICE AS FAIRNESS AND AFFIRMATIVE ACTIONS.

AUTHOR: Diego Cassiano Lorenzoni Carbone

ADVISER: Prof. Dr. Ricardo Bins Di Napoli.

John Rawls conceives society as a cooperation system. To govern this system, he developed the theory of justice as fairness (JAF). His theory, from its emergence in the early 1970s to the present, has been commonly associated with public policies called affirmative action (AFs). Despite this association, there are two relevant situations that deserve analysis and lead us to our research problem: Rawls never wrote directly about affirmative action, despite the large extent of his work; and there are arguments supporting the incompatibility between the JAF and the AFs. In view of that, this paper deals with the following problem: is there incompatibility between the theory of justice as fairness and affirmative action? Our hypotheses are: (i) that affirmative action is not provided for in the JAF and, in general, cannot be simply derived from that theory; and (ii) that, despite this, there is no incompatibility between the JAF and the AFs. The broader objective of this paper, besides the specific objective of responding to the research problem, will be to demonstrate that there is no room for simplistic associations between the JAF and the AFs, as there are relevant arguments that must be faced by those who wish to study the subject - either to defend the AFs or not - especially those arguments concerning Rawls's distinction between ideal theory and non-ideal theory. In the first chapter, basic concepts will be presented for the general understanding of the theory of justice as fairness. In the second chapter, after exposing the concept and taxonomy of affirmative action, some of Rawls's arguments that found JAF's two principles of justice will be analyzed in order to verify if such arguments present any incompatibility with affirmative action. Next, an analysis of the validity of some objections made by Robert Taylor in the paper Rawlsian Affirmative Action will be done, where Taylor argues that certain categories of affirmative action are incompatible with the JAF in the scenarios of ideal theory and non-ideal theory. Ultimately, conclusions will be drawn, in the sense that: (i) affirmative action is not foreseen in the JAF and cannot be simply derived from it; (ii) that the arguments of possible incompatibility analyzed here are invalid; and (iii) that, apart from the existence of other arguments not studied here, such public policies are not incompatible with the theory of justice as fairness.

Keywords: Justice as fairness. Affirmative action. Ideal theory. Non-ideal theory. John Rawls.

LISTA DE ABREVIATURAS¹

<i>AFs</i>	Ações afirmativas
<i>CAI, 2, 3, 4, 5</i>	Categoria de ações afirmativas (em numeração de 1 a 5)
<i>JE</i>	Livro <i>Justiça como equidade: uma reformulação</i> , de John Rawls
<i>IEO</i>	Igualdade equitativa de oportunidades
<i>LP</i>	Livro <i>O Liberalismo Político</i> , de John Rawls
<i>PD</i>	Princípio de diferença ou subprincípio de diferença
<i>TJ</i>	Livro <i>Uma Teoria da Justiça</i> , de John Rawls
<i>TJE</i>	Teoria da Justiça como Equidade

¹ Usaremos o itálico para grifar: (a) nomes de obras; (b) trechos de citações (caso em que sempre informaremos o grifo); (c) e, também, para darmos destaque a alguma ideia importante no texto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	16
1.1 UM CONTRAPONTO AO UTILITARISMO	18
1.2 UMA TEORIA CONTRATUALISTA E CONSTRUTIVISTA	21
1.3 O FOCO DA TEORIA DA JUSTIÇA: A ESTRUTURA BÁSICA	23
1.4 A POSIÇÃO INICIAL: COOPERAÇÃO SOCIAL, AGENTES HIPOTÉTICOS E VÉU DA IGNORÂNCIA	25
1.5 OS DOIS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA ESCOLHIDOS NA POSIÇÃO ORIGINAL.....	29
1.6 A PRIORIDADE DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E SEU ASPECTO MATERIAL	34
2 ARGUMENTOS DE INCOMPATIBILIDADE	38
2.1 A DEFINIÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS	42
2.2 A CLASSIFICAÇÃO DE R. TAYLOR	44
2.3 NOSSOS ARGUMENTOS.....	45
2.3.1 O primeiro princípio da justiça como equidade e as ações afirmativas.....	46
2.3.2 O segundo princípio da justiça como equidade e as ações afirmativas.....	50
2.4 AS OBJEÇÕES DE R. TAYLOR	59
2.4.1 O argumento das ações afirmativas supérfluas na teoria ideal	60
2.4.2 O argumento da violação à igualdade formal na teoria ideal	68
2.4.3 O argumento da violação ao <i>espírito</i> da teoria ideal em casos da teoria não-ideal	77
CONCLUSÕES	89
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

A associação da teoria da justiça como equidade (TJE), de John Rawls, a políticas públicas relacionadas à justiça social é fenômeno recorrente. Dentre essas políticas públicas associadas à teoria de Rawls, destacam-se as chamadas ações afirmativas (AFs). Em várias esferas busca-se apoio na teoria rawlsiana para justificar ações afirmativas: no debate público; em discussões político-partidárias; em fundamentações no sistema judiciário.

A despeito da força retórica, a validade e o rigor científico dessas associações entre Rawls e políticas sociais nem sempre são objeto da devida análise. Os argumentos em jogo são inúmeros, sobretudo diante da amplitude e densidade da fundamentação da TJE.

Com efeito, um indício preocupante da superficialidade de algumas análises feitas sobre o tema é o quase inexistente enfrentamento, no debate público e acadêmico brasileiro, da difícil questão da distinção entre a teoria *ideal* de Rawls, aquela destinada a reger uma sociedade bem-ordenada, onde em geral todos cumprem os princípios de justiça e as liberdades básicas estão implementadas, e a teoria *não-ideal*, que, resumidamente, serve para lidar com sociedades ainda não bem-ordenadas e outros casos de injustiça. A distinção é importante para o tema das ações afirmativas, pois o âmbito da teoria não-ideal provavelmente seria o mais adequado para o estudo das ações afirmativas, dado que, para o filósofo estadunidense, “os graves problemas atuais decorrentes da discriminação e das distinções baseadas em gênero e raça”² não fazem parte da teoria *ideal* (RAWLS, 2003, p. 93).

Além disso, também é escassa a discussão na literatura nacional acerca de algumas objeções importantes de incompatibilidade da TJE com determinadas categorias de ações afirmativas, como as que estabelecem bônus de pontuação e reserva de vagas em processos seletivos, com base em critérios étnico-raciais. São exemplos dessas objeções aquelas feitas por R. Taylor, e que serão expostas no segundo capítulo.

Ao lado dessas objeções de incompatibilidade – raramente enfrentadas por quem busca na TJE apoio às AFs –, também nos conduz ao problema de pesquisa o fato de que John Rawls, apesar de sua vasta produção, nunca enfrentou especificamente a questão da compatibilidade das ações afirmativas com sua teoria - provavelmente por considerar que elas faziam parte da teoria não-ideal, como acima referido.

² Faremos referência à raça e etnia neste trabalho nas suas acepções tradicionais, e apenas para acompanharmos os argumentos em debate, pois os principais textos estudados utilizam esses termos (inclusive Rawls e Taylor). Não discutiremos, diante da complexidade envolvida na questão, a correção de tais termos, sobretudo o termo “raça”, fundado em critérios biológicos cuja própria existência, atualmente, é objeto de críticas.

O não enfrentamento da questão das ações afirmativas é reconhecido por estudiosos de Rawls. Um ex-aluno seu, Samuel Freeman, afirma categoricamente o não enfrentamento formal da questão por seu professor, embora sustente que Rawls teria dito, em suas palestras, que as ações afirmativas poderiam ser um mecanismo adequado para corrigir efeitos de discriminação pretérita, desde que de forma temporária (FREEMAN, 2007, p. 91). No mesmo sentido, Thomas Nagel, no seu artigo *John Rawls and Affirmative Action* (2003), também afirma que Rawls teria lhe dito, informalmente, que apoiaria as ações afirmativas, embora nunca tenha escrito sobre elas.

Assim, impende pôr em revista, em análise norteada pela filosofia, algumas questões relevantes no estudo da compatibilidade teórica entre as proposições da teoria da justiça como equidade e os fundamentos e finalidades das ações afirmativas.

Nesse sentido, formula-se o seguinte problema de pesquisa: existe incompatibilidade entre a teoria da justiça como equidade e as ações afirmativas? Nossas hipóteses são: (i) que as ações afirmativas não estão previstas na TJE e, em geral, não podem ser simplesmente derivadas daquela teoria – ao contrário do que alguns defendem no debate público e até mesmo em decisões judiciais; e (ii) que, apesar disso, não há incompatibilidade entre a TJE e as AFs.

Em vez de partir de uma argumentação que procurasse pontos em comum entre a TJE e as ações afirmativas, optamos por enfrentar alguns argumentos que sustentam a incompatibilidade entre as duas ideias. Assim, para que se possa, ao final, corroborar ou refutar as hipóteses acima indicadas, serão analisados os argumentos abaixo resumidos.

O primeiro argumento reúne alguns sinalizadores de incompatibilidade, que surgem da reconstrução da argumentação de Rawls para os princípios de justiça da TJE. Os demais repousam sobre questões mais específicas, colhidas na pesquisa bibliográfica.

(1) Argumentos *quanto à natureza dos princípios de justiça*. No primeiro princípio de justiça, a teoria de Rawls garante liberdades e direitos básicos, os quais constam em uma lista elaborada por aquele filósofo. Sustentaremos não haver dentre os direitos garantidos pelo primeiro princípio, nenhum que possa justificar diretamente as ações afirmativas. Já o segundo princípio de justiça impõe que desigualdades sociais e econômicas só existam em benefício dos menos favorecidos, e estejam ligadas a cargos acessíveis a todos, em igualdade equitativa de oportunidades. Como esse princípio fala expressamente em cargos e oportunidades, além de exigir compensação de desigualdades, poderia ser, em tese, associado às ações afirmativas (e, de fato, essa associação ocorre frequentemente, tanto que nos levou a escrever essa dissertação, para examiná-la). Todavia, é possível argumentar-se que, na

concepção do segundo princípio (e de seus dois subprincípios³), o objetivo primordial de Rawls foi impor um critério de compensação à loteria natural que continuaria regendo a distribuição de talentos, *mesmo em* um sistema de competição em que o Estado já se ocupou de garantir igualdade formal (vedação de discriminação *injustificada*) e igualdade material (condições materiais semelhantes para os competidores). E essa compensação, segundo se poderia interpretar da argumentação de Rawls, ocorreria com a melhora geral das perspectivas das pessoas menos favorecidas – assim avaliadas segundo critério relativo à expectativa de bens primários (critério que não engloba raça, gênero e etnia). Logo, o segundo princípio de justiça, tem como pressupostos: (a) que é dever do Estado implementar a igualdade equitativa de oportunidades, conceito que *não* implica ações afirmativas em geral; (b) que, mesmo com essa implementação, ainda haverá desigualdades (pois, dentre outros fatores naturais, os talentos implicam desigualdades); (c) e que essas desigualdades devem ser compensadas não para grupos selecionados por gênero, raça ou etnia, mas unicamente para os menos favorecidos em geral na estrutura básica. Em suma, o argumento é no sentido de que os princípios de justiça podem justificar e inclusive exigir algumas ações impeditivas de discriminação arbitrária, mas não servem, ao menos de forma direta, para justificar todas as ações afirmativas⁴.

(2) Argumento das ações afirmativas supérfluas na teoria ideal. Segundo Robert Taylor (2009), as normas da justiça como equidade só se aplicariam integralmente no cenário de uma teoria ideal, isto é, no entendimento do referido articulista, em uma sociedade *sem* injustiças *generalizadas* (como discriminações de gênero, raça etc.) nem contingências socioeconômicas ou políticas desfavoráveis (escassez exacerbada de recursos, governos ditatoriais etc.). Logo, a existência de discriminações *generalizadas*, baseadas em gênero, raça ou etnia – o que é uma das razões de ser das ações afirmativas –, seria situação incompatível com a sociedade de uma teoria ideal. Por outro lado, sendo a teoria de Rawls concebida para ser aplicada *em uma sociedade ideal* (salvo exceções feitas pelo próprio Rawls), não haveria, em tese, necessidade

³ A elaboração dos princípios de justiça será vista à frente. Provisoriamente, apenas se diga que o segundo princípio é dividido no que chamaremos, por motivos didáticos, de “subprincípios”: (a) igualdade equitativa de oportunidades; e (b) subprincípio de diferença. Assim, quando falarmos em *subprincípio* de diferença, estaremos nos referindo ao que Rawls chama de “princípio” de diferença.

⁴ O presente argumento também pode ser resumido de forma mais direta, da seguinte forma: Rawls reconhece a impossibilidade fática de existirem condições materialmente iguais de competição entre todos os candidatos a posições sociais, e, justamente por aceitar a existência dessa desigualdade, teria criado o princípio de diferença para compensá-las e justificá-las moralmente, pela geração do máximo benefício possível aos menos privilegiados. Veja-se o seguinte trecho de TJ: “*Na prática, é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para os que têm aptidões semelhantes e, por conseguinte, talvez convenha adotar um princípio que reconheça esse fato e também amenize os resultados arbitrários da própria loteria natural*” (RAWLS, 2008, p. 89).

de certos tipos de medidas afirmativas mais agressivas (como as cotas), pois *inexistiriam discriminações generalizadas*. Esse argumento de Taylor conta com a força das palavras do próprio Rawls, o qual atribui à teoria ideal o papel de definir um sistema perfeitamente justo em uma sociedade bem-ordenada; e à teoria não-ideal o papel de definir princípios para “enfrentar a injustiça” (2008, p. 305), abordando, dentre outros casos, a desobediência civil e a objeção de consciência.

(3) O argumento da violação da *igualdade formal* na teoria ideal. Um dos componentes do segundo princípio de justiça é o subprincípio da *igualdade equitativa de oportunidades*. Essa igualdade tem uma parte *formal* (também identificada pela expressão “carreiras abertas aos talentos”), a qual proíbe distinções entre concorrentes; e outra parte *material*, que impõe o Estado contrabalancear os efeitos que as diferenças de classe e de talento têm na capacitação dos concorrentes a posições sociais. Taylor (2009) sustenta que algumas AFs violariam o componente *formal* do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades, o qual, no seu entendimento, teria prioridade sobre o componente material.

(4) O argumento da *violação do espírito* da teoria ideal em casos de *teoria não-ideal*. Em uma sociedade em que haja discriminação *generalizada*, baseada em raça, gênero, ou outras características físicas ou culturais, não há como aplicar apenas as regras da teoria ideal, justamente porque essa teoria não foi concebida para esse tipo de sociedade. Nessas sociedades ainda sob o influxo de graves injustiças, mais se fazem necessárias as AFs. Esse cenário, contudo, exige aplicação da teoria não-ideal. Para isso, Taylor (2009) propõe adaptar as regras da teoria ideal, sobretudo argumentando que ações tomadas no âmbito da teoria não-ideal devem observar, se não a letra, ao menos o “espírito” da teoria ideal. Nessa linha de argumentação, referido articulista sustenta que algumas AFs seriam incompatíveis com a teoria rawlsiana em condições da teoria não-ideal, pois violariam o espírito da teoria ideal – espírito que, segundo Taylor, seria representado pela justiça procedimental pura.

Explicadas as hipóteses e os argumentos que provisoriamente a sustentam, registramos a justificativa para o presente estudo.

Ela reside, acredita-se, na circunstância de que a teoria de Rawls, além de ser um marco no renascimento da Filosofia Política⁵, está fortemente associada às ideias de justiça

⁵ Várias referências poderiam ser feitas nesse sentido. Cremos que a de seu ex-aluno Thomas Pogge sintetiza bem o contexto da importância de Rawls: “*Uniquely ambitious and illuminating, this theory is a brilliant achievement in political philosophy, the best there is. No one concerned for social justice in the real world can afford not to study it closely*” (POGGE, 2007, p. vii).

distributiva e de crítica à meritocracia⁶, e essas duas ideias, por sua vez, correntemente são associadas com ações afirmativas. Ou seja, há uma tendência muito forte a associar a teoria rawlsiana a medidas afirmativas.

E essa associação, com efeito, não é sem motivos, pois Rawls (2008, p. 89) entende haver um componente de arbitrariedade moral no sistema meritocrático sobre o qual se assenta a maioria das sociedades modernas (meritocracia associada à ideia de direito irrevogável de o indivíduo gozar individualmente dos benefícios daquilo que ele considera como produto unicamente de seus talentos e esforços pessoais⁷). Para Rawls, as posições ocupadas pelos indivíduos em determinadas sociedades não podem ser atribuídas exclusivamente a seu mérito pessoal, pois, na determinação dessas posições, atuam fatores intangíveis, como a natureza e o acaso. Por exemplo, fatores iniciais como talento natural, contexto familiar, e estrato social serão determinantes na fixação do papel social que cada indivíduo ocupará no futuro. E por esses fatores serem arbitrários sob o aspecto moral, seus efeitos também o são.

Ainda que inexista consenso sobre a validade dessa proposição de Rawls⁸, é inequívoco seu impacto sobre a fundamentação de políticas públicas nas sociedades contemporâneas, inclusive as AFs. Indicativa da importância do tema, por exemplo, é decisão do Supremo Tribunal Federal – corte encarregada de dar a última palavra na interpretação da Constituição – na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 (julgada em 26.04.2012), na qual se discutia reserva de cotas étnico-raciais na Universidade de Brasília. Em seu voto naquela ação, o Ministro Ricardo Lewandowski fez referência expressa aos dois princípios da TJE de Rawls, para justificar seu julgamento pela manutenção das cotas.

A pesquisa proposta, em suma, justifica-se por haver uma forte e difundida associação entre a teoria rawlsiana e as ações afirmativas – associação que, em nosso entendimento, nem sempre ocorre com a adequada fundamentação, pois, como dito acima, ainda são incipientes os estudos nacionais que enfrentem importantes objeções de incompatibilidade entre a TJE e as AFs e o problema da teoria não-ideal. E tudo isso é agravado pelo silêncio de Rawls sobre

⁶ Nesse sentido, Thomas Nagel (1973, p. 222) lembra que um dos elementos controvertidos da teoria de Rawls é justamente sua “anti-meritocracia”.

⁷ Embora fora dos limites da pesquisa, seria interessante examinar a meritocracia à luz do conceito de propriedade de John Locke (1973, p. 51-52), pelo qual “o homem que retira algum bem do estado comum (provido da natureza)”, anexa a esse bem, por seu trabalho, “algo que exclui do direito comum de outros homens”, logo, “desde que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, este tem direito exclusivo aos frutos dele advindos”.

⁸ Para Kersting, ao contrário de Rawls, não há injustiça na distribuição desigual de talentos (2006, p. 207): “Por mais vantajosa que possa ser a dotação natural de aptidões de um indivíduo para a realização de seu plano de vida, e por mais que possam parecer pobres os talentos naturais de alguém outro em comparação com aqueles, aqui não aconteceu nada de injusto, aqui não aconteceu nada de moralmente arbitrário”.

o tema.

Para além do objetivo específico de responder ao problema de pesquisa, este trabalho também objetiva, de forma mais ampla, demonstrar que não há espaço para associações paroquiais entre a TJE e as AFs, pois há argumentos relevantes que devem ser enfrentados por quem pretender estudar o tema – seja para defender as AFs ou não –, sobretudo aqueles argumentos tocantes à questão da aplicabilidade da teoria de Rawls em condições ideais e não-ideais.

Para atingir os objetivos acima elencados, o trabalho será desenvolvido em dois capítulos. No primeiro capítulo, serão apresentados conceitos básicos para a compreensão geral da teoria da justiça como equidade. No segundo capítulo, com passagem breve pelo conceito, finalidades e taxonomia das ações afirmativas, serão analisados alguns argumentos relativos à associação entre a TJE e as AFs. Na primeira série de argumentos (itens 2.3.1 e 2.3.2) será realizada uma reconstrução do raciocínio de Rawls na construção dos dois princípios de justiça, para verificar se tais princípios podem derivar as AFs ou, caso negativo, se apresentam alguma incompatibilidade com elas. Na segunda série de argumentos (itens 2.4.1 a 2.4.3), serão analisadas objeções apresentadas por Robert Taylor no artigo *Ações afirmativas Rawlsianas* (2009), no sentido de que determinadas categorias de ações afirmativas seriam incompatíveis com a TJE, conforme se trate do cenário da teoria ideal ou da teoria não-ideal. Ao final, serão expostas conclusões sobre a validade dos argumentos de incompatibilidade analisados, bem como sobre as hipóteses inicialmente levantadas.

Em relação à metodologia, partindo da noção de ser o objetivo da pesquisa proposta corroborar ou refutar as hipóteses levantadas, adotar-se-á o método dedutivo, pela exposição de conceitos-chave da teoria da justiça como equidade e das ações afirmativas, para posterior avaliação da validade dos argumentos selecionados que sustentam a incompatibilidade entre a TJE e as AFs.

Quanto aos procedimentos adotados, será utilizada pesquisa bibliográfica e análise documental ou de conteúdo, tendo por base a literatura brasileira e estrangeira.

1. A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Henry David Thoreau, em *Desobediência Civil* (2011, p. 10), escreveu: “Deixemos que cada homem faça saber que tipo de governo mereceria seu respeito e este já seria um passo na direção de obtê-lo”.

Essa citação é pertinente neste momento inicial, porque a obra de Rawls representou um grande avanço na discussão sobre o tipo de sociedade (e, portanto, de governo) que indivíduos racionais e morais conceberiam como ideal. E, de fato, cremos que o primeiro passo para lidar com um mundo injusto é estabelecer princípios de justiça que todos estejam dispostos a cumprir.

Assim, o objetivo do presente capítulo é fornecer uma visão geral da teoria da justiça como equidade (doravante, apenas TJE), aquela concebida por Rawls para reger uma sociedade bem-ordenada de pessoas racionais, morais e dispostas ao cumprimento estrito de suas regras. Depois, poder-se-á discutir que lugar possuiriam (se é que possuiriam) as ações afirmativas nessa sociedade bem-ordenada, e também cogitar do lugar dessas políticas no mundo real, imperfeito e sob condições bem desfavoráveis ao cumprimento generalizado das normas.

Este capítulo inicial, portanto, é instrumental: sua finalidade é possibilitar a compreensão dos argumentos que serão expostos no segundo capítulo. Nessa perspectiva, buscamos apresentar os conceitos básicos da TJE, de modo a expor sua essência da teoria rawlsiana.

De outro lado, se optamos por incluir algumas informações aparentemente acessórias ou secundárias (como, p. ex., a breve explicação abaixo acerca da evolução da TJE ao longo das obras posteriores de Rawls), o fizemos porque reputamos necessário inclusive para dar uma dimensão mais precisa da complexidade da teoria rawlsiana – o que frequentemente não é observado em análises mais açodadas sobre a TJE – e porque isso atende ao objetivo mais amplo deste trabalho: trazer à luz parte da miríade de questões a serem enfrentadas por quem se aventurar na empresa de estudar esse tema.

Dentre as inúmeras obras de Rawls, a pedra fundamental da TJE é o livro *Uma Teoria da Justiça* (doravante: TJ), publicado originalmente em 1971. A primeira parte desse livro, abrangendo os capítulos I (“Justiça como equidade”); II (“Os princípios de Justiça”); e III (“A posição original”) contém o suporte básico para compreender o conceito rawlsiano de justiça como equidade, e, por conseguinte, compreender como funcionaria a sociedade justa proposta pelo autor.

Todavia, é importante observar a ocorrência de uma alteração bastante relevante no enfoque que Rawls inicialmente dera à TJE.

Como noticia Erin Kelly (*apud* RAWLS, 2003), Rawls, após estabelecer as bases de sua principal teoria em 1971, dedicou-se a desenvolver uma argumentação no sentido de que a TJE se tratava de uma concepção *política* de justiça, e não de uma doutrina moral abrangente⁹. Em razão disso, publicou em 1985 a obra *A teoria da justiça como equidade: uma teoria política, não metafísica*. Essa ideia foi rematada posteriormente na obra *O liberalismo Político (LP)*, composta de conferências proferidas por Rawls durante a década de 1980. Nessa obra, Rawls não alterou de forma relevante a base dos princípios da TJE, porém, fez afirmações que podem servir para a discussão das ações afirmativas. Por exemplo, ele refere expressamente que, em *Uma Teoria da Justiça*, dedicou-se apenas a questões essenciais para a criação de um sistema justo de cooperação, partindo do enfrentamento de alguns problemas clássicos da tradição da filosofia política, sobretudo aqueles relativos aos direitos fundamentais, às garantias do império da lei, e às desigualdades econômicas e sociais. Em consequência disso, muita coisa ficou de fora na análise feita em TJ (inclusive, segundo sustentaremos, o tratamento das ações afirmativas). As palavras de Rawls são expressas quanto à limitação do foco de sua teoria (2000, p. 37):

O pressuposto subjacente é que uma concepção de justiça desenvolvida com foco em uns poucos problemas clássicos e de longa data há de ser correta ou, pelo menos, apresentar diretrizes para a resolução de outras questões. Esse é o raciocínio que fundamenta a focalização em uns poucos problemas clássicos centrais.

Digno de menção, na cronologia das obras de Rawls, é o livro *Justiça como Equidade: uma reformulação (JE)*, que se trata de compilação de palestras daquele filósofo em Harvard na década de 1980. Inclusive, o manuscrito desse livro foi revisto pelo autor quando ele estava terminando de escrever *O liberalismo Político*. Em *JE*, diferentemente do que ocorreu em *LP*, onde houve a afirmação de uma concepção totalmente nova da teoria da justiça como equidade (que passou de doutrina moral à doutrina política), Rawls não procedeu a modificações de concepção geral; apenas retificou o que considerou falhas na teoria original.

⁹ Sobre a concepção política e algumas de suas implicações importantes, recomenda-se o artigo *Os limites da teoria de John Rawls: uma teoria política e não metafísica*, no qual Dalsotto (2015, p. 139) observa, acertadamente, que “a finalidade da justiça como equidade não está atrelada ao objetivo de ser uma teoria moral geral, assim como a de Kant ou de Mill. Mas sim de tratar questões bastante específicas e importantes da vida política das sociedades democráticas, tal como o tema da justiça.”

Isso implicou, inclusive, alteração na redação dos princípios de justiça inicialmente expostos em *TJ*.

Portanto, para adequada compreensão da TJE, as três obras acima devem servir de guia, não obstante alguns argumentos relevantes – sobretudo no que toca à questão da teoria não-ideal – possam advir de outras obras, como é o caso de *O direito dos povos* (RAWLS, 1999).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, relativos à apresentação do primeiro capítulo e à cronologia das obras, faremos ainda outras duas observações prévias – antes de expor especificamente a ideia central de TJE. Essas observações decorrem de advertências iniciais feitas por Rawls no prefácio de *Uma Teoria da Justiça* (2008, p. XLIV).

1.1 UM CONTRAPONTO AO UTILITARISMO

Como recorda J. Habermas (1995, p. 109), a teoria de justiça de Rawls é um marco crucial (“pivotal turning point”) na história recente da filosofia aplicada, sobretudo por ele ter retomado discussões há tempos abandonadas pela investigação filosófica, como a justiça das instituições sociais.

Mais do que essa importância no cenário da filosofia política recente, é relevante destacar, para os fins deste trabalho, que a teoria da justiça de Rawls surgiu como um deliberado contraponto à teoria até então dominante no campo da filosofia moral: o utilitarismo.

De fato, como lembra Álvaro de Vita, na introdução à edição brasileira de *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 2008), desde a publicação dos escritos políticos dos cânones do utilitarismo (em especial os de John Stuart Mill entre 1859 e 1863) até a década de 1960, não houve teorização mais relevante na seara da teoria política.

O pensamento utilitarista iniciado com Claude-Adrien Helvétius (1715-71) e desenvolvido principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e o já citado Mill, teve grande influência a partir do século XVIII na vida pública das sociedades modernas, tendo inclusive inspirado a Revolução Francesa de 1789 (MARCONDES, 2007, p. 116).

O utilitarismo, em linhas gerais, é uma teoria ética que utiliza como critério para decisão, em questões de como agir ou como viver, a maximização da utilidade ou da felicidade. Na formulação de J. S. Mill, as consequências das ações são avaliadas segundo os

graus de felicidade a elas associados; e, para Bentham, a felicidade se reduziria à presença de prazer ou dor (BLACKBURN, 1997, p. 396-397). No ponto, o que nos interessa é que, para essa doutrina moral, a utilidade social das ações é medida pela quantia de felicidade que promove para maioria das pessoas interessadas, ainda que a felicidade de alguns seja diminuída ou mesmo suprimida (MÖLLER, 2006, p. 24).

Ocorre que, para Rawls, o utilitarismo clássico¹⁰ não consegue justificar uma noção de justiça amplamente difundida na tradição dos Estados contemporâneos: os direitos fundamentais. Por outro lado, a teoria que ele propõe (TJE) o conseguiria. E a diferença repousa, sobretudo, no fato de que a primeira doutrina (utilitarista) é teleológica, e a segunda (TJE), deontológica. O que Rawls quer dizer com isso?

Partindo do pressuposto de que os conceitos de *bem* e de *justo* sejam centrais às teorias morais (RAWLS, 2008, p. 29)¹¹, estas podem ser definidas pelo modo como os articulam. A teoria será teleológica¹² se definir o *justo* com base em uma determinada consequência, ou um dado *bem*; ou deontológica se o justo não for definido com base no bem. Assim, no exemplo do utilitarismo, se o *bem* supremo é a felicidade, *justa* será toda ação que promover a maior felicidade.

No lugar de *felicidade*, outros valores ou desejos podem ser colocados. Logo, em uma forma mais abstrata, o utilitarismo se baseia no princípio da utilidade: bem é a satisfação de um desejo racional (RAWLS, 2008, p. 31).

Em suma, o critério utilitarista de justo é promover ao máximo o bem, entendido este como satisfação de um desejo racional. Esse critério pode orientar tanto indivíduos quanto toda sociedade. Mas, quando o critério serve à sociedade como um todo, a utilidade social pode conflitar com a utilidade individual.

Eis o problema apontado por Rawls: o utilitarismo não se importa se, para aumentar a satisfação geral dos desejos racionais da sociedade, alguns direitos individuais, em última instância, sejam totalmente suprimidos.

¹⁰ Por utilitarismo clássico, Rawls se refere precipuamente a J. Bentham e Henry Sidgwick, conforme esclarece em TJ (2008, p. 39).

¹¹ Apesar dessa afirmação de Rawls, CANTO-SPERBER e OGIEN (2004, p. 27-28) lembram que, embora a noção de bem seja “a noção central da filosofia moral desde a Antiguidade até o fim do século XVIII”, atualmente “numerosas correntes filosóficas pleiteiam substituir o bem como primeira noção de filosofia moral pelas noções de dever (na tradição kantiana) ou do justo (nas tradições contratualistas)”.

¹² Usamos o termo “teleologia” conforme empregado por Rawls em *TJ*. O dicionário Oxford, contudo, usa definição semelhante à de Rawls para o verbete “consequencialismo” (BLACKBURN, 1997, p. 73). Cremos que Rawls evita esse termo porque considera que “todas as doutrinas éticas dignas de atenção levam em conta as consequências ao julgar o que é certo” (2008, p. 36).

É dizer, da perspectiva do utilitarismo clássico, em tese alguém poderia argumentar ser justificável matar um indivíduo para salvar a vida de duas ou mais pessoas, ou mesmo torturar uma criança para que um terrorista revele a localização de uma bomba que mataria milhares de indivíduos¹³.

Se o valor “vida” for adotado como critério de decisão nesses exemplos, toda medida que o promova ao máximo seria justa. Logo, em uma linha utilitarista, o sacrifício da vida de um indivíduo seria justo para salvar a vida de dois ou mais, assim como seria justo torturar alguém para salvar a vida de várias pessoas, pois o resultado (saldo) final seria a satisfação maior do bem em questão.

É claro que o Direito da maioria dos Estados contemporâneos proibiria o sacrifício da vida de qualquer pessoa para gerar um benefício social¹⁴. Isso graças, principalmente, às teorias dos direitos fundamentais, as quais, em geral, resguardam um feixe mínimo de direitos aos indivíduos, e o revestem com propriedades de inviolabilidade¹⁵ e inalienabilidade¹⁶ (dentre outras). E é justamente essa noção elementar de justiça, emanada do reconhecimento dos direitos fundamentais, que o utilitarismo não consegue justificar.

Já a teoria rawlsiana da justiça como equidade *não* é uma teoria teleológica como o utilitarismo, pois ela não traz um determinado bem (fim) como sendo critério do justo. Ela é uma teoria deontológica, no sentido de que prevê normas (princípios) que dão o caráter de justiça às ações, independentemente de fins predeterminados pelos indivíduos (como o desenvolvimento da virtude, ou a maximização da utilidade). Uma vez fixadas as normas de justiça, todas as ações e bens compatíveis com essas normas são aceitáveis moralmente.

A citação é esclarecedora (RAWLS, 2008, p. 38):

Podemos expressar essa ideia dizendo que na justiça como equidade o conceito do justo precede o do bem. Um sistema social justo define o âmbito dentro do qual os indivíduos devem criar seus objetivos, e serve de estrutura de direitos e oportunidades e meios de satisfação, dentro da qual e pela qual se pode procurar

¹³ Exemplos retirados da obra *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, de Michael Sandel (2014).

¹⁴ Ressalva-se a previsão da pena de morte em alguns países, cujos fundamentos não podem ser analisados neste espaço restrito – sejam eles utilitaristas ou não.

¹⁵ A *inviolabilidade* dos direitos humanos fundamentais, no Brasil, está estampada no *caput* do Art. 5º da Constituição Federal (1988): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a *inviolabilidade* do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

¹⁶ A *inalienabilidade* dos direitos humanos está prevista, dentre outros estatutos, nas considerações iniciais da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948): “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e *inalienáveis* constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”. Grifo nosso. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 15 jan. 2017.

alcançar esses fins. A prioridade da justiça se explica, em parte, afirmando-se que os interesses que exigem violação da justiça não tem nenhum valor. Não tendo mérito absolutamente nenhum, não podem anular as exigências da justiça.

Portanto, como a TJE não trabalha com um raciocínio utilitarista, ela não se vincula a nenhum bem específico (como, p. ex., no caso das ações afirmativas, a promoção da diversidade, a justiça social etc.), mas também não impede que esse bem seja perseguido, *desde que* não viole o critério de justiça consubstanciado nos princípios escolhidos na posição original. E essa é uma observação importante que permeará toda a análise feita na segunda parte deste trabalho: por maior que seja o benefício social trazido pelas ações afirmativas (i.e., por mais que promovam eficazmente certo valor almejado pela sociedade), elas não podem ser consideradas compatíveis com a TJE se violarem o seu critério de justiça, dado de antemão pelos princípios de justiça.

De outro lado, se na TJE não há um bem supremo servindo de critério fixo de justiça (como a virtude ou a felicidade ou a justiça social), pode-se dizer que o grande trabalho dessa teoria será demonstrar e justificar como é possível haver *um modo específico de criação* de normas justas. E para entender esse modo específico de criação dessas normas, é preciso fazer o segundo esclarecimento inicial: a teoria da justiça, além de ser deontológica, é uma teoria contratualista.

1.2 UMA TEORIA CONTRATUALISTA E CONSTRUTIVISTA

Nos termos em que o próprio Rawls registra no prefácio de *Uma Teoria da Justiça*, ele assume claramente sua tradição contratualista: “Tentei generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social tal como formulada por Locke, Rosseau e Kant” (2008, p. XLIV)

Com efeito, esse esclarecimento não nos parece supérfluo.

Primeiro, é importante para que se tenha noção do que está em jogo: se a base da teoria é *um contrato*, não de existir agentes contratantes e um cenário em que ocorre a contratação. Segundo, porque é importante saber se esses agentes e esse cenário são reais ou hipotéticos. E, terceiro, porque toda a discussão existente na primeira parte de *Uma teoria da Justiça* orbita entorno do que os agentes contratantes de Rawls deliberam sobre justiça.

Aqui, também vale uma breve digressão afeta à metaética, a qual nos ajudará a bem fixar a natureza do procedimento utilizado por Rawls para deduzir seus princípios de justiça,

além de auxiliar a compreender a explicação subsequente sobre a posição original e o véu da ignorância. Inclusive, a natureza hipotética do procedimento (com seus agentes idealizados e suas condições favoráveis), terá peso nas discussões sobre “teoria não-ideal”, que ocorrerão na segunda parte desta dissertação.

Nesse sentido, sob o ponto de vista metaético, o contratualismo de Rawls se insere em uma tradição *construtivista*. Conforme Darwall *et al* (2013, p. 42), a teoria construtivista defende a existência de uma objetividade para fundamentar juízos morais. Todavia, trata-se de objetividade diversa daquela inerente aos juízos empíricos, pois estaria atrelada ao raciocínio prático de um agente idealmente racional, ou seja, o raciocínio daquele agente capaz de escolher os meios mais aptos a alcançar seus interesses. Esse raciocínio ocorre em um cenário também hipotético, em que os indivíduos buscam definir o que é justo. Daí porque Darwall *et al* (2013, p.45) referem:

(...) construtivista é um procedimentalista hipotético. Ele endossa um procedimento hipotético que determina quais os princípios que constituem os padrões válidos da moralidade. Esse procedimento pode referir-se a um acordo a respeito de um contrato social, ou pode referir-se também, digamos, a uma decisão a respeito do código moral que deve ser apoiado em uma sociedade.

Shafer-Landau (2003, p. 39) ainda faz uma subdivisão do construtivismo, referindo que se poderia falar em *subjetivismo* construtivista e *objetivismo* construtivista: o primeiro representa uma visão de que o certo, moralmente falando, é construído por acordos reais entre indivíduos; já o segundo (visão objetivista) pressupõe algum grau de idealização dos agentes que deliberam sobre a moral. São do tipo objetivista o kantismo e o rawlsianismo, dentre outros.

Com efeito, a teoria da Rawls é do tipo *construtivista objetivista*, pois propõe um procedimento hipotético para determinar quais principais de justiça devem reger uma sociedade. Nesse procedimento hipotético, os contratantes e o cenário não são reais, mas idealizados¹⁷. E das circunstâncias desse procedimento hipotético emanará a justiça dos

¹⁷ A idealização fica bastante clara no seguinte trecho (RAWLS, 2008, p. 14): “Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça”. Em *O Liberalismo Político*, Rawls reforça essa assertiva, dedicando a ela um parágrafo denominado “O acordo inicial como hipotético e não-histórico” (§6º) na conferência VII (RAWLS, 2000a, p. 324).

princípios escolhidos pelos agentes bem como os valores políticos que tais princípios buscam defender.

Portanto, adiantando a discussão sobre a posição original, a forma construtivista do raciocínio de Rawls evidencia-se preponderantemente no modo como ele caracteriza seus agentes hipotéticos como sendo pessoas livres, racionais e iguais, e situadas em um cenário em que todas estão em posição de equidade recíproca (ninguém goza de privilégios).

Além de servir para ilustrar construtivismo rawlsiano, essa simples descrição dos agentes e do cenário, também serve para destacar que nesse procedimento hipotético já aparecem os valores primordiais da tradição liberal-igualitária¹⁸ perfilada por Rawls, os quais ele pretende harmonizar com sua teoria: a liberdade e a igualdade.

Em suma, fechando o parêntese metaético, a estrutura construtivista objetivista da TJE, com seus agentes e cenário hipotéticos, diz muito sobre a essência da teoria rawlsiana. E isso o auxiliará inclusive na interpretação daqueles argumentos, expostos na segunda parte do trabalho, relativos à aplicabilidade da teoria em condições diferentes daquelas em que ela foi concebida, ou seja, nas condições do mundo real. Em condições reais, geralmente é o espectro da teoria não-ideal que deve ser estudado.

1.3 O FOCO DA TEORIA DA JUSTIÇA: A ESTRUTURA BÁSICA

Ao fixar o foco de sua teoria, Rawls parte de um princípio elementar: por mais diferentes que sejam as concepções humanas acerca do que é justo¹⁹, algum *mínimo consenso* é necessário para a vida em sociedade. Portanto, Rawls propõe que imaginemos uma situação hipotética em que agentes racionais, porém sem características pessoais que os tornassem

¹⁸ O termo “liberal”, nos Estados Unidos, não significa o mesmo que no Brasil e na Europa. Como lembra Vita, na introdução a obra LP, o *liberal* norte-americano seria algo aproximado ao *social-democrata* na Europa. Explica, ainda, que a corrente liberal forte busca implementar “mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado” (VITA *apud* RAWLS, 2000a, p. 5). Não confundir, também, *liberais* com *libertários*. Estes últimos, segundo o dicionário Oxford de Filosofia, “defendem a maximização dos direitos individuais, em especial aqueles relacionados ao funcionamento do livre mercado, e a minimização do papel do Estado” (BLACKBURN, 1997, p. 225). O grande expoente dessa teoria é Robert Nozick, o qual defende o que Vita chama de “vertente ‘libertariana’ do neoliberalismo moral”, corrente fundada basicamente nas liberdades básicas, mas que não se preocupa com a garantia à implementação de direitos mínimos, e, sim, apenas com a garantia de não violação de direitos e de não-intervenção do Estado (VITA, 2007, p. 31).

¹⁹ O reconhecimento de que a sociedade moderna contém uma miríade de doutrinas religiosas, filosóficas e políticas abrangentes levou Rawls a reformular sua teoria, como já referido anteriormente. Em razão disso que ele chamou de “pluralismo razoável”, Rawls passou a tratar a TJE como uma concepção política, e desenvolveu o conceito de consenso sobreposto, que permitiria conciliar tais doutrinas abrangentes, em princípio incompatíveis entre si, sob a regência de alguns princípios básicos de justiça: os princípios oriundos da escolha racional na posição original. Nesse sentido, a explicação na introdução da obra LP (RAWLS, 2000a, p. 24).

parciais (ou lhes desse poder de barganha), deliberassem sobre o que é básico em termos de justiça. Uma vez encontradas essas normas elementares de justiça, elas passariam a reger a *estrutura básica da sociedade*.

O que Rawls entende por *estrutura básica da sociedade*? É o arranjo daquelas instituições²⁰ políticas, sociais e econômicas essenciais – isto é, aquelas instituições que permitem a existência de um sistema cooperativo, por distribuírem direitos e deveres fundamentais, e por determinarem a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 2000, p. 8).

E por que Rawls exige que os princípios primeiros de justiça incidam apenas sobre a estrutura básica? A resposta é simples.

Primeiro, Rawls não concebe sua teoria como sendo geral e abrangendo todos os objetos de discussão moral ou política, mas a concebe apenas como definidora de princípios básicos, a partir dos quais, aí sim, haveria uma sequência de outros acordos, mais específicos para determinados objetos morais (RAWLS, 2000, p. 313).

Em segundo lugar, a escolha recai sobre a estrutura básica porque esta é a encarregada de distribuir direitos e deveres fundamentais, e os articular de modo a permitir o acesso aos bens primários sociais – que são bens básicos e universalmente necessários para um indivíduo racional desenvolver seu plano de vida (RAWLS, 2008, p. 110)²¹. Portanto, se os princípios de justiça regulam as instituições básicas, eles comunicam seu caráter de “justo” ao produto dessas instituições, seja qual for tal produto. Trata-se de uma situação de justiça formal²² que, associada à justiça substancial dos princípios de justiça (reconhecida por todos), torna a estrutura básica justa.

Imagine-se, por exemplo, uma constituição política que preveja o respeito ao direito de propriedade, o alistamento militar obrigatório, estabeleça uma economia de mercado e fixe normas mínimas para acesso a cargos públicos (exatamente como a Constituição Federal do Brasil de 1988). Aí se têm o exemplo de normas que afetam diretamente a estrutura de uma

²⁰ Instituições são sistemas públicos de normas, com cargos, funções, direitos e deveres (RAWLS, 2000, p. 66), e seus exemplos são a constituição política, ao estabelecer as normas que regulam o governo, os processos legislativos e judiciários; o sistema de mercado e de propriedade privada, e a família (FREEMAN, 2007, p. 101).

²¹ Rawls (2003, p. 82-83) apresenta uma lista de bens primários, compreendendo, *inter alia*, direitos e liberdades básicos; renda e riqueza; e poderes e prerrogativas de cargos e de posições de autoridade. Kersting (2006, p. 193) define bens primários como “bens fundamentais que são úteis universalmente e são as condições institucionais e materiais da realização bem sucedida de toda estratégia individual de interesses”. Para Möller (2006, p. 56), eles são o “denominador comum mínimo existente entre concepções particulares de bem permissíveis”.

²² Justiça *formal* é entendida como aplicação imparcial e coerente dos princípios que regem as instituições (RAWLS, 2008, p. 70).

sociedade, condicionando o modo de vida dos indivíduos e, em especial, o modo pelo qual podem obter recursos mínimos para seguir seus projetos individuais de vida. Se tais regras forem cumpridas rigorosamente e para todos, haverá justiça formal. E se tais regras tiverem sido editadas segundo princípios de justiça escolhidos na posição original, haverá justiça substancial.

Destarte, fixar o foco na estrutura básica – aquela composta apenas das instituições essenciais à cooperação social²³ –, a par de permitir a construção de uma teoria mais enxuta, torna mais provável o acordo entre os agentes na posição inicial, pois eles só precisam concordar com os princípios de justiça básicos, os quais incidirão sobre a estrutura básica e irradiarão seus efeitos sobre todos os acordos posteriores, pois tudo o que for construído normativamente a partir da estrutura básica reproduzirá (ou, pelo menos, respeitará) as concepções de justiça existentes nos princípios primeiros.

Há, em suma, uma reprodução exponencial dos princípios de justiça, mais ou menos da seguinte forma: eles fundamentam inicialmente o contrato social (definindo a estrutura básica), depois a elaboração de uma constituição (estrutura um pouco mais ampla), depois a legislação em geral (com escopo bem mais ampliado) e depois a aplicação das normas pelo Judiciário e Administração Pública (escopo no caso concreto). Em cada uma das fases subsequentes à primeira, multiplicam-se as normas, mas sempre respeitando os princípios definidos no início.

Aliás, esse foco na estrutura básica também se relaciona com a ideia de que os princípios de justiça aplicam-se em estágios ou fases, o que será analisado só mais à frente, pois essa ideia pressupõe já termos conhecimento sobre o “véu da ignorância”.

Vejamos, agora, quais as condições necessárias para se entabular o contrato inicial hipotético que dará origem aos princípios da justiça como equidade.

1.4 A POSIÇÃO INICIAL: COOPERAÇÃO SOCIAL, AGENTES HIPOTÉTICOS E VÉU DA IGNORÂNCIA

Para Engels (1975, p. 1999):

²³ Nesse sentido, Freeman (2007, p. 102): “The distinctive feature of the basic social institutions that constitute the basic structure is that they are, in some form or another, necessary for productive social cooperation, and hence for the continued existence of any society [...]”

Quanto mais progride a civilização, mais se vê obrigada a encobrir os males que traz necessariamente consigo, ocultando-os com o manto da caridade, enfeitando-os ou simplesmente negando-os. Em uma palavra: elabora-se uma hipocrisia convencional, desconhecida pelas primitivas formas de sociedade e pelos primeiros estágios da civilização, que culmina com a declaração de que a classe opressora explora a classe oprimida exclusiva e unicamente para o próprio benefício desta. E, se a classe oprimida não o reconhece, e até se rebela, isso, além do mais, revela sua mais negra ingratidão para com seus benfeitores, os exploradores.

Essa citação serve para introduzir o que será dito nesta seção do trabalho. Como sinalizado na seção 1.2 supra, o contratualismo objetivista rawlsiano baseia-se na ideia de que agentes idealizados, colocados em uma posição inicial hipotética, concordariam com princípios de justiça para reger a sociedade²⁴. Esses contratantes hipotéticos, na posição original, são muito diferentes de indivíduos reais que interagem em uma determinada sociedade, sobretudo em uma sociedade em que houvesse exploração entre classes, como aquela retratada por Engels. Em contraste com os indivíduos da sociedade retratada na citação supra, os indivíduos hipotéticos de Rawls não nutrem sentimentos de exploração ou ingratidão entre si, e objetivam estabelecer uma relação de benefícios mútuos bem definida, regida por critérios públicos que todos consideram justos. Esses elementos caracterizadores da sociedade a ser construída pelos agentes hipotéticos (benefícios mútuos e termos justos) compõem uma noção orientadora do procedimento de construção dos princípios de justiça: a noção de sociedade como um *sistema equitativo de cooperação*.

Essa noção é orientadora porque é a partir dela que Rawls derivará a concepção de pessoa para sua teoria, ou seja, a concepção dos agentes hipotéticos na posição inicial. Essa é sua advertência expressa em *O Liberalismo Político* (2000a, p. 61):

Como nossa visão de justiça como equidade começa com a ideia de que a sociedade deve ser concebida como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo entre as gerações, adotamos uma concepção de pessoa condizente com essa ideia.

O que exatamente significa *sistema equitativo de cooperação*? É aquele no qual se fazem presentes seus três elementos constitutivos (RAWLS, 2000a, p. 58-59)²⁵: (i) a *razão pública*, permitindo que a cooperação ocorra conforme regras e procedimentos públicos e

²⁴ O procedimento rawlsiano, observa Möller (2006, p. 82), desenvolve-se em dois níveis de fundamentação. Um, ocorre com a escolha dos princípios, trabalhando as ideias de posição original, agentes hipotéticos e véu da ignorância. Outro, com a articulação das noções de consenso sobreposto e equilíbrio reflexivo. Optamos por abordar apenas o primeiro nível, diante do caráter instrumental deste primeiro capítulo.

²⁵ O conceito de sistema equitativo de cooperação exposto em LP é o mesmo exposto na obra *Justiça e Democracia* (RAWLS, 2000b, p. 214-215).

aceitos por todos; (ii) a *equidade dos termos de cooperação*, da qual emana a reciprocidade, que é a possibilidade de todos que obedecem as regras e procedimentos se beneficiarem de forma apropriada, ou seja, segundo os princípios de justiça; (iii) e *vantagem racional*, que é a possibilidade de cada cooperante perseguir o bem que deseja obter.

Justamente dessa noção de sistema cooperativo, Rawls (2000a, p. 62 e P. 356) extrairá características que definirão os agentes hipotéticos: eles terão duas faculdades morais (capacidade de ter um senso de justiça e capacidade de ter uma concepção de bem) e serão racionais.

Note-se que essas características decorrem dos elementos acima indicados como sendo os elementos constitutivos da sociedade cooperativa: os agentes têm senso de justiça porque têm capacidade de respeitar os termos equitativos de cooperação (e com isso também são razoáveis²⁶), e possuem capacidade para identificar o bem que racionalmente podem obter pela cooperação. Em decorrência dessa última característica (identificar o bem e escolher o melhor meio para obtê-lo), os agentes também são definidos como racionais.

Ocorre que, além de definir que um sistema equitativo de cooperação é o estado ideal de coisas a ser alcançado pela TJE, Rawls também lembra que sua teoria dá por pressuposta a adoção da “tradição do pensamento democrático”, significando, com isso, que todos os cidadãos devem ser livres e iguais (2000a, p. 61).

A liberdade e igualdade dos agentes hipotéticos, por sua vez, derivam do exercício da razão e das faculdades morais, como esclarece RAWLS (2000, p. 61):

Como partimos da tradição do pensamento democrático, também consideramos os cidadãos pessoas livres e iguais. A ideia básica é que, em virtude de suas duas faculdades morais (a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem) e das faculdades da razão (de julgamento, pensamento e inferência, ligados a essas faculdades), as pessoas são livres. O fato de terem essas faculdades no grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade torna as pessoas iguais.

Esses agentes idealizados, com suas faculdades morais e racionais, interagirão na chamada “posição original”, que é o cenário hipotético dentro do qual os contratantes,

²⁶ Razoável difere de racional. Razoáveis são as pessoas dispostas a propor ou reconhecer termos equitativos de cooperação e respeitá-los, mesmo mediante sacrifício de interesses próprios (RAWLS, 2003, p. 9).

analisando as opções disponíveis²⁷, escolherão os princípios fundamentais de regência da estrutura básica²⁸.

Nesse cenário imaginário, os contratantes querem cooperar (pois sabem que isso é melhor para todos), mas, ao mesmo tempo, reivindicam vantagens sociais moderadamente escassas²⁹ (RAWLS, 2008, p. 153-155). E, como são pessoas morais e racionais³⁰, devem escolher regras *justas* para dividir tais vantagens. Para permitir que o procedimento de escolha conduza necessariamente a regras justas, Rawls impôs, além das condições já elencadas (pessoas morais, racionais, livres e compatíveis com a cooperação social), que esses contratantes desconheçam certas informações que, se possuísem, fariam com que escolhessem princípios que os beneficiariam de forma exclusiva ou preponderante.

É dizer, para evitar que cada contratante busque estabelecer regras a partir do seu interesse próprio e contingente, ou utilize características pessoais para fim de barganha, Rawls utiliza do artifício do véu da ignorância³¹. Em suas palavras (2008, p. 166):

Presume-se, então, que as partes [sob o véu da ignorância] não conhecem certas particularidades. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é seu lugar na sociedade, classe nem status social; além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força, e assim por diante. Ninguém conhece também a própria concepção do bem, as particularidades de seu projeto racional de vida, nem mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo.

Trata-se, como se vê, de um mecanismo hipotético que afasta dos contratantes a influência de quaisquer contingências arbitrárias. Não é preciso, aqui, adentrar em minúcias acerca da natureza do véu da ignorância, nem fazer defesa da correção dos argumentos de Rawls para defender seu uso. A ideia básica é que esse recurso serve como “uma situação ficcional de escolha coletiva na qual a imparcialidade está garantida por um véu de ignorância que priva a quem convém o consenso de toda informação específica acerca de suas

²⁷ Rawls enumera algumas “concepções tradicionais da justiça” que seriam analisadas pelos agentes na posição original, como formas de utilitarismo e concepções de intuicionismo (RAWLS, 2008, p. 150-151).

²⁸ No Capítulo III de *TJ*, Rawls descreve a posição original, e, depois, caracteriza as partes contratantes. Optamos por descrever primeiramente os agentes e, depois, colocá-los na posição original, porquanto são os agentes que usarão o véu da ignorância. O motivo da inversão é didático: facilitar a compreensão.

²⁹ Isso resume o que Rawls entende por “circunstâncias da justiça” (2008, p. 155).

³⁰ O conceito de racionalidade, em *TJ*, é dado no sentido usual, como faculdade de elencar preferências e implementá-las segundo critérios de eficácia (RAWLS, 2008, p. 174).

³¹ Não é objeto deste trabalho analisar as várias discussões sobre o argumento da posição original e do véu da ignorância. Mas, para interessados em aprofundar-se no ponto, uma das críticas mais veementes à posição original foi feita por J. Habermas (1995, p. 110), o qual duvida que as características da posição original permitam julgamentos imparciais que levem aos princípios de justiça. Para outras críticas, sobretudo as comunitaristas, recomenda-se Gargarella (2008).

circunstâncias particulares” (GUTIÉRREZ, 1993, p. 227) e, com isso, afasta a interferência de fatores acidentais no processo de deliberação.

De fato, é importante observar que os princípios de justiça que regerão a estrutura básica são escolhidos por indivíduos hipotéticos que não têm a mínima ideia se são caucasianos ou afrodescendentes, se são ricos ou pobres, nem mesmo se são homens ou mulheres. Mais do que isso, são pessoas hipotéticas que não têm acesso a detalhes específicos da história de sua sociedade, dispondo tão-somente das “informações entendidas como essenciais para a celebração de um acordo racional” (MÖLLER, 2006, p. 49). Complementando, vejam-se as seguintes advertências de Rawls sobre o que ocorre detrás do véu da ignorância (2000, p. 67):

[...] não é permitido que as partes conheçam a posição social daqueles que representam, ou a doutrina abrangente específica da pessoa que cada uma delas representa. A mesma ideia é aplicada à informação sobre a raça e o grupo étnico, o gênero e dos diversos talentos naturais, tais como força física e inteligência, tudo isso dentro do leque normal da variação.

Isso é relevante para o tema em análise porque sinaliza que a compensação de injustiças históricas (um dos fundamentos das ações afirmativas) não seria uma preocupação dos agentes na posição inicial, dado que questões mal resolvidas do passado não são de conhecimento das partes *na posição original*, assim como não são de conhecimento seu gênero, raça ou etnia (argumento que desenvolveremos melhor na parte final do item 2.3.2).

1.5 OS DOIS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA ESCOLHIDOS NA POSIÇÃO ORIGINAL

Segundo Piketty (2014, p. 9):

Quando a taxa de remuneração do capital ultrapassa a taxa de crescimento da produção e da renda, como ocorreu no século XIX e parece provável que volte a ocorrer no século XXI, o capitalismo produz automaticamente desigualdades insustentáveis, arbitrárias [...] Existem, contudo, meios pelos quais a democracia pode retomar o controle do capitalismo e assegurar que o interesse geral da população tenha precedência sobre os interesses privados, preservando o grau de abertura econômica e repelindo retrocessos protecionistas e nacionalistas.

Muito antes de o economista francês acima citado realizar profundo estudo sobre a evolução da distribuição da riqueza, e propor mecanismos de reequilibrar o capitalismo com o

interesse comum³², Rawls já antecipara que um critério adequado de justiça, para as instituições da estrutura básica da sociedade, deveria prever alguma forma de compartilhamento da riqueza. Esse critério se mostrará nos princípios de justiça que agora exporemos, sobretudo no subprincípio de diferença.

Recapitulando, viu-se que, na posição original, os agentes contratantes são morais, racionais, cooperativos e estão encobertos por um véu de ignorância. Nesse cenário, quais princípios básicos seria racional a esses contratantes escolher, de modo a permitir que cada indivíduo pudesse garantir para si o mais alto índice de *bens primários sociais* – ou seja, aqueles bens básicos e universalmente necessários para cada um desenvolver seu plano de vida?³³

A resposta de Rawls é fundamentada de forma gradual, e seu argumento baseia-se intensamente na intuição de pessoas racionais, razoáveis e morais. Para fim de compreensão geral do raciocínio das partes na posição geral, pode-se dizer que esses agentes se perguntariam: qual o princípio razoável mais elementar de divisão de bens entre pessoas iguais e mutuamente desinteressadas? Sua resposta inicial e provisória seria o *princípio igualitário*.

Isto porque, diante da posição equitativa, simétrica, dos agentes, a divisão igualitária de qualquer bem é tão óbvia que “ocorreria imediatamente a qualquer pessoa” (RAWLS, 2008, p. 183). Portanto, a premissa inicial é que provavelmente pessoas racionais e iguais tenderiam a concordar com uma divisão igualitária de liberdades, oportunidades, renda e riqueza, na qual todos recebem uma parcela idêntica.

Como os bens primordiais para os agentes na posição original são as *liberdades fundamentais ou básicas*³⁴ (pois os agentes adotam, como afirma Rawls, a tradição liberal-democrática), e como todas essas liberdades podem ser igualmente divididas, pois não são recursos materiais escassos, não haveria, em princípio, motivo para dividi-las de forma assimétrica.

³² Estamos nos referindo à obra da qual foi retirado o excerto: *O capital no século XXI* (PIKETTY, 2014).

³³ Para outros detalhes sobre bens primários, vide item 1.3.

³⁴ Rawls fala em liberdades fundamentais em *TJ* (2008, p. 247) e em liberdades básicas em *JE* (2003, p. 63). São expressões sinônimas. Essas liberdades são especificadas por uma lista de direitos básicos, como veremos a seguir. Em nosso país, elas equivaleriam a alguns dos “direitos e garantias fundamentais” previstos na Constituição Federal de 1988 (Título II). Optamos, contudo, por manter as expressões originais.

Portanto, a divisão *intuitiva* das liberdades fundamentais seria no seguinte sentido: que sejam iguais para todos e tão extensas individualmente quanto for possível³⁵, ou seja, não deve haver uma restrição geral e igual de liberdade, salvo se necessária para preservar cada liberdade individual.

Todavia, os contratantes são pessoas racionais e dispõem de conhecimentos mínimos de economia. Em razão disso, saberão que uma distribuição inicialmente *desigual* de renda, riqueza e oportunidades (que são bens escassos) pode gerar uma situação final, para todos os contratantes, *melhor* do que a situação inicial de distribuição igualitária.

Isto é, os agentes na posição original, ao considerarem “razões de eficiência econômica, e as exigências organizacionais e tecnológicas” (RAWLS, 2008, 183), fariam um segundo raciocínio: concluiriam que uma divisão desigual de bens, riqueza e posições de autoridade e de responsabilidade produziria para todos, ao final das contas, uma cota de bens primários maior do que aquela que tocaria numa divisão inicial absolutamente igualitária.

Esse segundo raciocínio, portanto, levaria as partes na posição original a escolherem o subprincípio de diferença, que visa justamente a garantir que diferenças de oportunidades, renda e riqueza sejam revertidas em favor de toda a sociedade, e, em particular, dos menos favorecidos.

Assim, após esse conjunto de raciocínios e ponderações³⁶ - e considerando que não seria racional escolher princípios que redundassem em um resultado pior -, os contratantes chegariam aos dois princípios que serviriam para estruturar uma sociedade justa, que seriam os seguintes:

a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

³⁵ Quanto à máxima extensão das liberdades básicas, lembra Kersting (2006, p. 195) que o primeiro princípio não se satisfaz com uma distribuição meramente isonômica, essa distribuição também “tem que cumprir a exigência de formatar o sistema dos meus direitos básicos de tal modo que se torne possível uma liberdade individual máxima”.

³⁶ A rigor, no raciocínio que leva à escolha dos dois princípios de justiça, os agentes da posição inicial também os comparariam com outros princípios possíveis, como o princípio da utilidade média. A exposição desse raciocínio completo, e do argumento do equilíbrio reflexivo dos agentes idealizados (RAWLS, 2008, p. 58), contudo, foge ao objetivo deste trabalho. Para aprofundamento do tema, sugere-se a leitura da seção 26 de *TJ* (O raciocínio que conduz aos dois princípios de justiça) e as seções 27 e seguintes de *JE*.

Aqui deve ser feito um parêntese para observação importante. A redação acima é aquela que aparece em *O Liberalismo Político* (2000a, p. 47). Como já dito alhures, a obra *LP* é uma reunião de conferências proferidas em momentos distintos. A formulação escolhida consta na *Conferência I*. Como o próprio Rawls explica, na terceira nota de rodapé do §1º da Conferência I, ele *modificou os princípios* descritos em *Uma Teoria da Justiça*, na tentativa de responder a críticas de H. L. A. Hart. Essa modificação ocorreu originariamente no texto *The Basic Liberties and their priority*, constante de *Tanner Lectures on Human Values*, vol. III, publicada originalmente em 1982.

Há dois problemas quanto à redação dos princípios.

Em primeiro lugar, na edição de *Uma Teoria da Justiça*, revisada pelo autor em 1997 (e que usamos neste trabalho), Rawls não incluiu o “valor equitativo das liberdades políticas” na formulação do primeiro princípio de justiça (como aparece na redação que transcrevemos acima), muito embora essa revisão tenha ocorrido posteriormente à publicação da versão original da Conferência I acima referida (onde os princípios foram retificados).

Em segundo lugar, na mesma obra *O Liberalismo Político*, mas na Conferência VIII, Rawls descreve os princípios inicialmente com redação diversa dessa que optamos acima, ou seja, sem incluir o “valor equitativo das liberdades políticas” (2000a, p. 345).

A resolução disso, acredita-se, está na seção 7º dessa mesma *Conferência VIII*. Nessa última conferência de nossa edição de *LP (Conferência VIII)*, Rawls (2000a, p. 386) deixa claro que passa a incluir o valor equitativo das liberdades políticas no primeiro princípio, tal qual consta na redação existente na *Conferência I* da mesma obra. Além disso, também recorreremos à literatura especializada. Assim, embora muitos autores de respaldo usem até hoje a versão original dos princípios de justiça, aquela constante em *TJ*³⁷, buscamos apoio na leitura de Thomas Pogge (aluno e depois colega de Rawls em Harvard), o qual refere expressamente que a redação que utilizamos no texto foi a “mais recente” formulação do primeiro princípio de justiça, ou seja, já com a inclusão do valor equitativo das liberdades políticas (POGGE, 2007, p. 82).

Fechado esse parêntese, destacamos que primeiro princípio de justiça tem com objetivo garantir e efetivar “certas liberdades que são assinaladas como básicas ou

³⁷ Aliás, esse longo parêntese justifica-se exatamente porque a redação dos princípios que consta na edição revisada de *TJ* é a que corriqueiramente aparece nos trabalhos sobre Rawls. Se estivermos corretos, todas essas citações estão em descompasso com a última redação dada por Rawls aos princípios de justiça.

fundamentais por serem entendidas como condições necessárias ao pleno exercício da cidadania democrática” (MÖLLER, 2006, p. 67).

Com efeito, Rawls entende que, na posição original, as partes contratantes, seguindo a tradição democrática, escolheriam uma lista de liberdades fundamentais para servir de base aos dois princípios de justiça³⁸. Uma vez escolhida essa lista e articulada com os princípios, as partes optariam pela justiça como equidade em detrimento das teorias tradicionais (em especial o utilitarismo e o perfeccionismo).

Já o segundo princípio é composto pela articulação do *subprincípio*³⁹ da igualdade equitativa de oportunidades e do *subprincípio* de diferença (PD).

O primeiro subprincípio, ao se basear em “igualdades equitativas de oportunidades”, é comumente associado à igualdade material; e o segundo, ao objetivar o maior benefício aos menos privilegiados, possui viés redistributivo. Em razão disso, ambos subprincípios têm sido associados com o tema da justiça social e, inclusive, com a fundamentação de ações afirmativas. Esse último tipo de associação é o que nos interessará no segundo capítulo desse trabalho.

Os princípios de justiça acima mencionados⁴⁰ seriam aplicados em *quatro estágios consecutivos*, cada qual acompanhado de um grau de conhecimento sobre os fatos do mundo real (RAWLS, 2008, p. 239-247).

O *primeiro estágio* de aplicação é justamente aquele em que ocorre a escolha dos princípios, no qual as partes estão completamente envoltas pelo véu da ignorância.

Após, no *segundo estágio*, as partes formariam uma assembleia constituinte. Nesse estágio, o véu da ignorância é levantado parcialmente, possibilitando às partes conhecerem fatos genéricos acerca de sua sociedade (recursos naturais, nível de desenvolvimento econômico, cultura política) para que, a partir deles, possam escolher a constituição que melhor aplique os princípios escolhidos no estágio um. Nessa fase constitucional, são estabelecidos os direitos previstos no primeiro princípio de justiça.

³⁸ Dados os limites deste trabalho, não é possível expandir a explicação sobre o modo como as partes chegam a essa lista de liberdades fundamentais, mas Rawls aborda esse ponto, em especial, nas páginas 344 e seguintes de *O Liberalismo Político*. A lista conteria: “liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei” (RAWLS, 2000a, p. 345).

³⁹ Como antecipamos em nota de rodapé na introdução, usaremos a expressão “subprincípios” (que não é usada por Rawls) sempre que nos referirmos aos componentes do segundo princípio de justiça, o que reputamos necessário para a clareza da explicação.

⁴⁰ Aprofundar-se-á a análise dos princípios de justiça acima declinados no segundo capítulo deste trabalho, ao se analisarem os argumentos e contra-argumentos que os envolvem.

No *terceiro estágio*, denominado de legislativo, serão produzidas normas que devem respeitar os princípios de justiça e também as limitações impostas pela constituição. É pela legislação que deve ser implementado o segundo princípio de justiça.

Por fim, no *quarto estágio* ocorre a aplicação das normas a casos específicos pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, sendo que o véu da ignorância encontra-se completamente levantado nesse momento - até porque devem ser analisados os dados de cada situação concreta (RAWLS, 2008, p. 239-247).

Para finalizar esse ponto sobre os princípios de justiça, convém fazer uma pergunta: se o segundo princípio de justiça exige que as desigualdades sociais e econômicas - além de estarem vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de iguais e equitativas - produzam o maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade, seria possível adotar medida que melhorasse a situação da camada inferior da sociedade, porém suprimisse direitos fundamentais da camada superior? Ou seja, é possível sacrificar o primeiro princípio para aplicar o segundo?

Essa é uma questão muito pertinente também à discussão sobre políticas sociais (inclusive as ações afirmativas). A seguir, tentar-se-á respondê-la, ao menos no plano ideal da teoria.

1.6 A PRIORIDADE DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E SEU ASPECTO MATERIAL

Como visto acima, o primeiro princípio de justiça é aquele que garante um sistema amplo de proteção das liberdades fundamentais. O segundo princípio trata de acesso a posições sociais e da garantia de benefícios à parte inferior do estrato social.

Na articulação desses dois princípios, Rawls coloca o primeiro em posição de *prioridade* sobre segundo, da seguinte forma: as liberdades fundamentais do primeiro princípio só podem ser restringidas por força de conflito entre elas (entre as liberdades fundamentais), mas nunca podem ser restringidas para aplicar o segundo princípio, muito menos “por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas” (RAWLS, 2000, p. 349).

Ainda, conforme Rawls (2008, p. 668), as partes na posição original escolheriam a prioridade do primeiro princípio porque não trocariam uma liberdade fundamental menor por

benefícios econômicos - embora ressalve que, em uma sociedade não bem-ordenada⁴¹, em que não há implementação plena das liberdades básicas, se admitiria a supressão temporária de algumas dessas liberdades. Ou seja, apenas quando as condições sociais não permitem a implementação das liberdades básicas, é que elas podem sofrer restrição – e, mesmo assim, desde que seja para “aprimorar a qualidade da civilização de forma que, com o tempo, todos possam desfrutar dessa liberdade” (RAWLS, 2008, p. 668). Como todas as questões relativas a uma sociedade não bem-ordenada, em condições sociais desfavoráveis, esse caso também deve ser apreciado pela teoria não-ideal⁴² (trataremos da teoria não-ideal no segundo capítulo).

Os fundamentos dessa escolha hipotética da primazia das liberdades são expostos na *Teoria da Justiça* (§ 82) e retomados em *O Liberalismo Político* (Conferência VIII). Embora tais fundamentos sejam complexos e múltiplos, a linha central de argumentação é a seguinte: Rawls considera a distribuição igualitária de liberdades fundamentais uma das bases sociais do *autorrespeito*, ou seja, é pela igualdade de direitos básicos (e não pelo poder econômico) que os indivíduos gozam de autoconfiança e podem executar exitosamente seus projetos e interesses pessoais (RAWLS, 2008, p. 672).

Em suma, como as partes sabem que a renda e a riqueza sempre serão oscilantes em uma sociedade (mesmo com um ponto de partida justo), elas não escolheriam renda e riqueza como critérios de status social; elas escolheriam, isso sim, a igualdade de liberdades fundamentais, algo que é factível e sempre garantirá que todos possuirão o mesmo grau de respeito e consideração social – independentemente de seu patrimônio ou renda. Por isso, na escolha dos princípios básicos, essas partes exigirão que as liberdades fundamentais nunca sejam sacrificadas em prol de uma maior ou menor renda e riqueza. Daí porque estabeleceriam a primazia do primeiro princípio.

Assim, respondendo à pergunta feita no encerramento do item anterior, a ordem de prioridade entre os dois princípios de justiça impede, no âmbito *da teoria ideal*⁴³, que se adote

⁴¹ Como se verá no segundo capítulo, a sociedade não-bem ordenada é definida por oposição à sociedade bem-ordenada. Esta última é uma “sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios” (RAWLS, 2008, p. 560) e na qual estão satisfeitas necessidades materiais básicas (RAWLS, 2008, p. 670).

⁴² Como se retomará no segundo capítulo, a teoria ideal elabora os princípios que caracterizam uma sociedade bem-ordenada; e a teoria não-ideal elabora os princípios para uma sociedade em condições mais “desafortunadas” (RAWLS, 2008, p. 304).

⁴³ No âmbito da teoria não-ideal, como se verá no segundo capítulo, não vige a prioridade entre os princípios de justiça.

medida que melhore a situação da camada inferior da sociedade ao custo do sacrifício de liberdades fundamentais (seja de que camada for) protegidas pelo primeiro princípio.

Note-se, porém, que a prioridade mencionada não impede, de modo algum, que seja regulamentado o *exercício* das liberdades fundamentais. A regulamentação das liberdades fundamentais é permitida – e isso ocorre sempre que seu exercício é disciplinado por normas que não suprimem sua esfera central de aplicação, ou seu núcleo essencial. Por exemplo: estabelecer regras para organizar o direito à livre manifestação do pensamento é permitido (fixar horários, locais etc.), desde que essas regras não restrinjam o conteúdo da expressão. Isto é, nem todos podem falar ao mesmo tempo e em qualquer local – como é intuitivo. Logo, é necessário organizar o uso da palavra. Todavia, não podem ser admitidas quaisquer regras que proíbam manifestação sobre algum tipo de conteúdo (censura prévia), pois poder falar sobre qualquer assunto é o núcleo essencial ou “esfera central de aplicação” do direito à livre manifestação de pensamento (RAWLS, 2000, p. 349-350).

Por fim, há de se destacar um aspecto relevante da teoria da justiça, exposto na Conferência VIII do *Liberalismo Político*. Trata-se da distinção entre as liberdades fundamentais (formalmente concebidas) e o valor dessas liberdades fundamentais (seu aspecto material, equivalente à efetiva possibilidade de fruição). Para Rawls, uma coisa são os direitos e deveres decorrentes das liberdades fundamentais; outra coisa é a possibilidade material de os indivíduos exercerem tais direitos. Por exemplo, mesmo na miséria absoluta poderia se dizer que existe o direito (formal) à vida, à liberdade, à livre manifestação do pensamento. Todavia, o *valor* desses direitos é praticamente nulo em tal condição, pois são mínimas as condições de exercê-los na miséria absoluta.

Essa diferenciação permite compreender que as liberdades fundamentais garantidas pelo primeiro princípio (liberdade de expressão, de religião etc.) são iguais e formais⁴⁴, mas o *valor* delas deve ser efetivado pelo princípio da diferença, o qual se encarrega de permitir que os menos favorecidos tenham bens primários (que aumentam o valor das liberdades) em quantia maior que teriam em qualquer outro arranjo distributivo.

Esse, com efeito, é um dos objetivos primordiais da teoria da justiça: equilibrando liberdade e igualdade, criar uma estrutura social justa, cujas desigualdades inevitáveis e

⁴⁴ Duas observações. Lembramos que estamos falando de uma sociedade bem-ordenada. Portanto, mesmo sendo meramente formais as liberdades, estão supridas as necessidades básicas e interesses vitais de todos (VITA, 2007, p. 206). Em segundo lugar, exceção deve ser feita aos direitos políticos protegidos pelo primeiro princípio, pois, como já mencionamos, Rawls incluiu o “valor equitativo dos direitos políticos” na redação do primeiro princípio. Logo, só esses direitos políticos devem ser garantidos materialmente pelo primeiro princípio.

previsíveis de renda, riqueza e poder maximizem os bens primários disponíveis ao menos favorecidos, de modo a permitir que as liberdades fundamentais garantidas pelo primeiro princípio sejam adequadamente fruídas por todos (RAWLS, 2000, p. 382).

Apesar desse objetivo nobre da TJE, e dos motivos igualmente nobres das ações afirmativas, é no capítulo que segue que avaliaremos se estas podem derivar daquela, e se há incompatibilidade entre as duas.

2. ARGUMENTOS DE INCOMPATIBILIDADE

O problema proposto neste trabalho consiste na seguinte pergunta: existe incompatibilidade entre a teoria da justiça como equidade e as ações afirmativas?

No presente capítulo, com auxílio dos conceitos e informações expostos acima, analisaremos argumentos da literatura para verificar nossas hipóteses para esse problema, que são: (i) de que as ações afirmativas não estão previstas na teoria da justiça como equidade e, em geral, não podem ser simplesmente derivadas delas; e (ii) que, apesar disso, não há incompatibilidade entre as AFs e a TJE.

O objetivo *geral* deste capítulo é demonstrar a existência de questões complexas que devem ser enfrentadas por aqueles que desejarem utilizar a TJE para fundamentar ações afirmativas, como, p. ex.:

- i) o fato de os princípios de justiça *não* abordarem direta ou indiretamente as ações afirmativas, seja na argumentação que os justifica, seja em seu objeto;
- ii) e a intrincada discussão sobre teoria ideal e teoria não-ideal.

Creemos que esse objetivo geral será atingido com a exposição de algumas objeções intuitivas – que emergem da reconstrução dos argumentos que dão origem aos princípios de justiça –, e com a exposição de alguns argumentos mais específicos de incompatibilidade entre a TJE e determinadas formas de AFs. Sobretudo pensamos que o objetivo *geral* (mostrar a complexidade dos fundamentos em jogo) pode ser atingido independentemente de as objeções de incompatibilidade procederem ou não.

O objetivo *específico* do capítulo, por sua vez, é justamente verificar se as hipóteses levantadas devem ser corroboradas ou refutadas.

Assim, o presente capítulo abordará argumentos de *possível* incompatibilidade entre as políticas públicas denominadas ações afirmativas⁴⁵ (classificadas segundo taxonomia abaixo apresentada) e os princípios de justiça de teoria da justiça como equidade de John Rawls.

São quatro os argumentos a serem analisados neste capítulo, sobre quais cumpre-nos fazer breve observação, começando pelos três últimos.

Os três últimos argumentos (2 a 4 abaixo) foram extraídos de Robert S. Taylor, professor de filosofia política na Universidade da Califórnia. Em 2009, ele publicou na revista

⁴⁵ Para definição de ações afirmativas, ver item seguinte.

*Ethics*⁴⁶ um artigo chamado *Ações afirmativas rawlsianas*. Nesse artigo, como já deixamos entrever na introdução, ele fez várias objeções à compatibilidade entre ações afirmativas e a teoria de Rawls. Com base nessas objeções e considerando certa classificação de que se valeu (indicada no item 2.2 abaixo), Taylor concluiu que algumas categorias de AFs são compatíveis e até mesmo exigidas pela teoria da justiça como equidade; mas outras categorias, por seu turno, são com ela incompatíveis.

Taylor também fez importante distinção entre incompatibilidade na *teoria ideal* e incompatibilidade na *teoria não-ideal*.

Assim, os argumentos mais relevantes de Taylor, no artigo *Ações afirmativas rawlsianas*, serão expostos nesse capítulo, bem como cotejados com alguns contra-argumentos, inclusive os levantados por Andrew Valls⁴⁷ e D.C. Matthew⁴⁸.

Todavia, por questão metodológica, antes de analisarmos as objeções de Taylor, trataremos de alguns argumentos de nossa própria autoria (sem descartar, é claro, a possibilidade de que já tenham sido abordados por outrem na vasta bibliografia sobre o assunto).

Os argumentos de nossa autoria serão apresentados por primeiro porque contêm, basicamente, uma reconstrução de alguns raciocínios subjacentes aos princípios de justiça e, por isso, poderão contribuir também para a análise dos argumentos seguintes. Nessa primeira série de argumentos (item 1 abaixo), apresentaremos algumas de objeções intuitivas, que indicam que as ações afirmativas não poderiam ser derivadas diretamente da teoria de Rawls. Essas objeções, em alguns momentos, inclusive sinalizam uma *possível* incompatibilidade entre a TJE e as AFs – e por isso também as chamamos de argumentos de incompatibilidade, embora possamos antecipar que essa incompatibilidade se revelará apenas aparente.

Prestadas essas informações introdutórias ao capítulo, recapitulemos, tal como anunciamos no começo do trabalho, quais serão os argumentos que abordaremos adiante.

1) Argumentos *quanto à natureza dos princípios de justiça*. O primeiro princípio de justiça, por sua natureza liberal e seu objetivo restrito (proteger uma lista sucinta de liberdades básicas) não serviria como fundamentador geral das AFs. Isso será tratado no item 2.3.1. Em seguida (item 2.3.2), analisaremos o segundo princípio (comumente associado a políticas

⁴⁶ Vinculada à Universidade de Chicago, a revista *Ethics* foi fundada em 1890, conforme informação disponível em <<http://www.journals.uchicago.edu/journals/et/about>>, acesso em 08 dez. 2016.

⁴⁷ Professor Coordenador do Programa de Ciência Política da Escola de Políticas Públicas da Universidade de Oregon (EUA), conforme <<http://liberalarts.oregonstate.edu/spp/polisci/andrew-valls>>, acesso em 13 dez. 2016

⁴⁸ Professor do Departamento de Filosofia da York University (Canadá), conforme <<https://yorku.academia.edu/DaleMatthew>>, acesso em 13 dez. 2016.

públicas de cunho social), o qual é composto de dois subprincípios: igualdade equitativa de oportunidades e princípio de diferença. Mostraremos que no conceito de igualdade equitativa de oportunidades há dois componentes – igualdade formal e igualdade material (ou substantiva) –, e que, na configuração desses componentes, Rawls não levou em conta desigualdades de gênero, raça ou etnia – a não ser no sentido de que elas são proibidas.

Argumentaremos, também, que Rawls levou em conta que, mesmo considerando-se uma sociedade bem-ordenada, ainda assim a eficaz e integral aplicação do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades não impediria a existência de desigualdades de renda e riqueza no curso do desenvolvimento da sociedade, em razão de continuarem a existir contingências arbitrárias e não suprimíveis da vida normal (distribuição de talentos naturais, por exemplo). E tais desigualdades, segundo a TJE, devem ser compensadas.

Para compensar (e não corrigir) tais desigualdades originadas de fatores incontroláveis e inevitáveis, Rawls agregou o subprincípio de diferença, destinado a fazer com que desigualdades revertam para a melhoria do estrato inferior da pirâmide.

Em suma, faremos quatro objeções específicas no item 2.3.2: (i) desigualdades de raça, etnia e gênero não são fatores considerados por Rawls na concepção dos dois subprincípios que compõe o segundo princípio de justiça; (ii) o segundo princípio não objetiva, pelo menos diretamente, compensar ou corrigir os efeitos de tais desigualdades; (iii) o subprincípio de diferença destina-se não a qualquer grupo discriminado, mas especificamente ao grupo dos menos favorecidos, que não é definido com base em raça, gênero ou etnia; e (iv) não haveria motivos razoáveis para crer que as AFs seriam previstas na posição original, mesmo com um espesso véu de ignorância.

As conclusões desses primeiros argumentos (itens 2.3.1 e 2.3.2) serão que: (a) a TJE não trata de ações afirmativas, e seus princípios não servem, ao menos de forma direta, para justificar essas políticas públicas (à exceção de algumas formas de proibição de discriminação); e (b) e, apesar disso, não há incompatibilidade entre os argumentos subjacentes aos princípios de justiça e as AFs – muito embora outros argumentos de incompatibilidade devam ser analisados, como os que seguem abaixo.

2) Argumento das AFs supérfluas no cenário da *teoria ideal*. Robert Taylor (2009) acompanha outros intérpretes de Rawls ao fazer uma distinção entre a teoria ideal e a teoria não-ideal. Com base nessa distinção, aduz que a justiça como equidade aplicar-se-ia ao pé-da-letra (sobretudo no que toca aos dois princípios de justiça e a ordem de prioridade entre eles)

apenas no cenário da *teoria ideal*, por ele concebida, segundo sua interpretação de Rawls, como sendo aquela *sem* injustiças *generalizadas* (como discriminações de gênero, raça etc.) ou contingências prejudiciais em curso (governos autoritários, por exemplo). Desse modo, discriminações generalizadas, baseadas em gênero, raça ou etnia – um dos motivos das ações afirmativas –, sequer existiriam na sociedade de uma teoria ideal e, portanto, nela seriam supérfluas tais políticas públicas.

3) O argumento da violação do componente *formal* do princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Essa objeção, novamente trazida por Robert Taylor (2009), assenta-se no que chamamos de subprincípio da *igualdade equitativa de oportunidades*, o qual compõe (ao lado do subprincípio de diferença) o segundo princípio de justiça. Referido filósofo dirá que esse subprincípio tem duas partes. Uma parte *formal* (também identificada pela expressão “carreiras abertas aos talentos”), a qual proíbe distinções entre concorrentes iguais; e outra parte *material*, que impõe ao Estado contrabalancear os efeitos das diferenças de classe e de talento na capacitação dos concorrentes a posições sociais.

A partir dessa diferenciação, Taylor sustentará que algumas AFs violariam o componente *formal* do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades, pois impediriam o acesso formalmente igualitário a carreiras. Essa violação seria vedada, pois, no entendimento de Taylor, para Rawls, o componente formal (carreiras abertas aos talentos) teria prioridade sobre o componente material (igualdade material ou equitativa).

4) O argumento da violação ao espírito da teoria ideal em casos de AFs necessárias em um cenário de *teoria não-ideal*. Eis o argumento mais intrincado, pois adentra em área que não foi o foco principal de Rawls. Partindo da distinção acima referida sobre teoria ideal e não-ideal, Taylor (2009) vai sustentar que, nesse último caso (teoria não-ideal), impõe-se adaptar e flexibilizar as regras da teoria ideal. Nesse sentido, Taylor argumenta que as ações tomadas no âmbito da teoria não-ideal devem observar, se não a letra, ao menos o “espírito” da teoria ideal. E aponta que, mesmo no cenário da teoria não-ideal, no qual há apenas cumprimento parcial das regras da teoria ideal, algumas AFs seriam incompatíveis com a teoria rawlsiana, pois violariam seu “espírito”.

Antes de expor os argumentos acima, daremos uma definição de ações afirmativas, e desde já apresentaremos a classificação que usaremos doravante.

2.1 A DEFINIÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Há múltiplas definições de ações afirmativas (AFs). Como lembra Piscitelli (2007, p. 50), a maioria delas contém os termos “igualdade material”, “políticas públicas”, “intervenção estatal”, o que já dá uma boa dimensão do alcance da expressão. Dentre as definições compiladas por Piscitelli, consideramos uma das mais completas aquela produzida pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa (*apud* PISCITELLI, 2007, p. 51):

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, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (...). Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

A definição de Barbosa, contudo, peca ao indicar apenas duas das finalidades das ações afirmativas, deixando de fora uma das finalidades mais importantes para tais políticas públicas.

Não se objetiva aqui amplo estudo sobre as finalidades das AFs. Mas pode-se afirmar, com segurança, que as três principais finalidades são: (i) promoção da igualdade de oportunidades, já indicada no conceito acima; (ii) compensação por efeitos ainda vigentes de injustiças históricas, também indicada por Barbosa; (iii) e promoção da *diversidade*.

Com efeito, o argumento da diversidade, não indicado por Barbosa, deve ser mencionado porque ele é amplamente presente nas discussões sobre AFs no país que foi um dos berços dessas políticas públicas. Como noticia Fullinwider (2014), no afamado caso Bakke, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1978, foi reconhecida a constitucionalidade do sistema de cotas raciais para aumentar a presença de afrodescendentes no ambiente acadêmico, ao argumento de que a *diversidade* era um valor útil a ser promovido pela universidade, dada sua missão institucional⁴⁹.

Michael Sandel (2014), da mesma forma, destaca amplamente que um dos principais argumentos envolvidos no debate sobre cotas é o argumento da diversidade. Esse argumento

⁴⁹ Há, ainda, outros casos noticiados por Ronald Dworkin. Para informações mais detalhadas sobre ações afirmativas, sobretudo nos Estados Unidos, veja-se, além do capítulo 9 de *Levando os Direitos a sério* (DWORKIN, 2016), também o verbete bastante completo da Enciclopédia on-line de *Stanford* (FULLINWIDER, 2014).

baseia-se, de forma geral, em duas premissas. A primeira afirma que a heterogeneidade de raças, etnias e classes sociais em um determinado grupo, cujos integrantes interagem com frequência (fator da diversidade), enriquece a cultura e amplia a perspectiva individual, e assim faz dos integrantes indivíduos mais preparados para um mundo de multiculturalismo. A segunda premissa defende que esse incremento cultural e de perspectiva nos integrantes desses grupos é benéfico para toda sociedade. Logo, dado que a qualidade do serviço educacional de uma instituição de ensino decorre *inclusive* da diversidade (racial, cultural *inter alia*) de seu corpo discente, é legítimo que elas usem essa diversidade como critério seletivo.

Na verdade, cumpre-nos fazer esse esclarecimento sobre a multiplicidade de finalidades (ou fundamentos) das ações afirmativas, pois cremos que não há como comparar adequadamente as ações afirmativas com a teoria de Rawls se não levarmos em conta as múltiplas razões que embasam as primeiras.

Para sustentar essa nossa afirmação, suponha-se que se possa dividir a análise da compatibilidade entre a teoria de Rawls e as AFs em dois tipos de argumento: os argumentos baseados na compatibilidade de finalidades (aquilo que as AFs querem produzir); e os argumentos baseados na compatibilidade de meios (aquilo empregado para se atingir as finalidades das AFs).

Isolados os argumentos, pode-se dizer que promover oportunidades equitativas é uma *finalidade* presente em várias AFs, e é uma finalidade é absolutamente compatível com a teoria de Rawls. Nesse caso, portanto, há compatibilidade sob o prisma da *finalidade*.

Por outro lado, com certeza, não se poderia dizer que uma AF que promovesse oportunidades equitativas seria compatível com a teoria rawlsiana se ela o fizesse por *meio de violação das liberdades básicas*. Por exemplo, pensemos em uma ação afirmativa que fixasse a pena de morte para quem não contratasse afrodescendentes em um determinado percentual em sua empresa. Esse exemplo pode parecer teratológico, mas ilustra que o meio usado nessa AF não é compatível com a teoria da justiça como equidade (que dá prioridade absoluta às liberdades fundamentais).

Portanto, para a melhor compreensão das questões em jogo, é importante tentar verificar se há compatibilidade de finalidades e compatibilidades de meios.

Assim, as três finalidades acima indicadas (promoção da igualdade; reparação de injustiças; e promoção da diversidade) serão consideradas ao analisar-se se há

compatibilidade das ações afirmativas com a TJE. Sempre que possível, destacaremos se a análise de compatibilidade é feita em razão das finalidades ou dos meios das AFs.

A propósito, em relação aos meios usados na promoção das AFs, serão considerados neste estudo apenas aqueles indicados na classificação de R. Taylor (2009) e que definem justamente a posição de cada uma das espécies na taxonomia. Quanto ao conceito, não usaremos o de Taylor (pois ele é restritivo demais).

Para o fim desse trabalho, adaptando o conceito dado pelo verbete da enciclopédia de Stanford⁵⁰, definiremos ações afirmativas como sendo *ações públicas ou privadas tendentes a aumentar a representação de certos grupos em áreas de interesse público onde estejam sub-representados, como educação, emprego e cultura*.

Como se vê, esse conceito é amplo o suficiente para abarcar qualquer das finalidades expostas acima. Assim, as AFs podem ter como objetivo aumentar a representação de certos grupos tanto para promover a igualdade material, como para compensar injustiças históricas ou a para promover o valor da diversidade.

Passemos agora à taxonomia de Taylor.

2.2 A CLASSIFICAÇÃO DE R. TAYLOR

Como referido na parte introdutória deste capítulo, Robert Taylor, em artigo de 2009, apresentou conclusões no sentido de que, considerada certa classificação das ações afirmativas, algumas delas seriam compatíveis com a teoria da justiça como equidade de Rawls; algumas seriam inclusive exigidas pela TJE; e outras AFs, por fim, seriam completamente incompatíveis com referida teoria.

Por ora, apresentaremos a taxonomia para as ações afirmativas que embasou a análise de Taylor no artigo acima mencionado. Ela será adotada também nesse trabalho, tanto porque é suficientemente objetiva e clara, como porque permite melhor análise dos argumentos de Taylor.

O critério de classificação é bastante claro: o grau de intervenção nos processos seletivos. A categoria 1, por exemplo, contém o grau menos intenso de intervenção nos processos de seleção, pois se limita a coibir, de forma geral, discriminações injustificadas,

⁵⁰ No original: “Affirmative action” means positive steps taken to increase the representation of women and minorities in areas of employment, education, and culture from which they have been historically excluded” (FULLINWIDER, 2014).

sancionando-as. A última, categoria 5, é a que intervém de forma mais acentuada nos certames seletivos, pois interfere diretamente no resultado destes, exigindo a reserva de vagas para integrantes de determinados grupos. O quadro geral é o seguinte (TAYLOR, 2009):

Categoria 1⁵¹. *Igualdade formal de oportunidades*. Reflete o nível mais elementar de interferência nos processos seletivos, deixando claro que os cargos e posições são acessíveis a todos. Essas medidas afirmativas consistem na proibição de restrições indevidas, como as baseadas, por ex., em gênero, cor da pele etc. Igualmente, estabelecem sanções em caso de ocorrência de discriminações.

Categoria 2. *Igualdade agressiva de oportunidades*. Essas AFs consistem em medidas de mudança de mentalidade, como educação para a não-discriminação, treinamento sensível, monitoramento externo e reforço de punição para ações discriminatórias injustificadas (como nos casos de “comissões parlamentares para igualdade de oportunidade de emprego”).

Categoria 3. *Apoio compensatório*. Consistem em ações de auxílio material aos grupos em situação desfavorável, como, p. ex., programas de aprendizado (cursos especiais para nivelamento escolar, cursos profissionalizantes), programas de financiamento subsidiado para educação, centros de cuidados para crianças (creches), idosos ou portadores de necessidades especiais. Tudo visando a colocar determinados grupos sociais (mulheres, pobres, afrodescendentes) em condições melhores para competir a vagas em universidades e no mercado de emprego.

Categoria 4. *Cotas fracas*. Essas ações afirmativas consistem em critérios de seleção que compensam a sub-representação, dando alguma vantagem ao grupo sub-representado. Ex. “bônus” de nota para alunos oriundos de escolas públicas ou de certas minorias.

Categoria 5. *Cotas fortes*. São as ações afirmativas mais intensas em grau de intervenção no processo seletivo. Consistem em impor a reserva de vagas em processos seletivos, preferencialmente proporcionais à representação na população de uma dada minoria ou grupo historicamente discriminado ou sub-representado.

2.3 NOSSOS ARGUMENTOS

A seguir exporemos considerações de nossa autoria em relação à associação entre as ações afirmativas e a teoria da justiça.

⁵¹ Doravante, para simplificar, usaremos apenas “CA1” para indicar categoria 1; “CA2” para a categoria 2, e assim por diante.

Partimos da justificativa, conforme anunciado na introdução da dissertação, de que ocorrem associações demasiadamente simplistas, e muitas vezes imprecisas, entre as ações afirmativas e os princípios de justiça, sobretudo com o segundo princípio, o qual, como já se disse, tem como *objeto* os arranjos envolvendo cargos, posições, renda e riqueza.

Porém, a partir da reconstrução do raciocínio que fundamenta os dois princípios de justiça, nota-se que eles não se destinam, em momento algum, a fornecer fundamento para ações afirmativas.

A reconstrução dos argumentos de Rawls, aliás, inclusive faz com que se tenha a impressão, por vezes, de que há *incompatibilidade* entre a TJE e as AFs. Em razão dessa impressão, trataremos nossos argumentos como argumentos de incompatibilidade, embora nosso trabalho chegue, ao final, à conclusão de que se trata de incompatibilidade apenas *aparente*, e que a TJE e as AFs não são, em geral e de forma absoluta, inconciliáveis.

A hipótese trabalhada nos itens seguintes (2.3.1 e 2.3.2), em suma, é que a teoria da justiça como equidade não diz o que deve ser feito quando ocorre a sub-representação, em determinadas posições sociais, de determinados grupos sociais caracterizados por raça, gênero e etnia – independentemente de essa sub-representação ser decorrente de injustiças históricas ou de características naturais. Ou seja, trata-se da hipótese já referida no começo do trabalho de que as ações afirmativas não seriam previstas na teoria da justiça como equidade e, em geral, não poderiam ser simplesmente derivadas dela.

Para demonstrar as razões pelas quais entendemos que a TJE não fornece, por si só, fundamentação para as ações afirmativas, começaremos com análise do primeiro princípio de justiça.

2.3.1 O primeiro princípio da justiça como equidade e as ações afirmativas

Recordemos quais são os princípios da teoria da justiça como equidade, na última redação dada por Rawls (2000, p. 47):

a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

O primeiro princípio, intuitivamente, não permite derivar fundamento às AFs. Veja-se que ele, sob o ponto de vista político, é um princípio de natureza liberal: seu objetivo primordial é garantir um feixe mínimo de liberdades fundamentais⁵², necessário ao desenvolvimento humano. Sobretudo, a prova de que se trata de um princípio liberal é que essas liberdades que ele estabelece não podem ser violadas ou restringidas por considerações relativas ao bem-estar social, ou à justiça distributiva. Como lembra Vita (2007, p. 201), esse é um dos componentes centrais do liberalismo igualitário: “a prioridade que a garantia das liberdades fundamentais tem sobre a redução das desigualdades socioeconômicas”.

Assim, nas palavras de Rawls (2000a, p. 348), as liberdades básicas têm um “status especial”, significando isso, como já dito no item 1.6 supra, que só podem ser limitadas ou negadas diante do conflito com *outras liberdades básicas* - ao menos no cenário de uma sociedade bem-ordenada⁵³, na qual os “interesses vitais” dos indivíduos são atendidos (VITA, 2007, p. 206).

Diante disso, suponha-se que um defensor das AFs faça a seguinte afirmação: *as ações afirmativas promovem o bem-estar geral, porque ampliam o valor diversidade nas instituições de ensino, logo, devem ser executadas mesmo mediante violação da liberdade básica de alguns poucos candidatos.*

Essa afirmação é compatível com a TJE?

Creemos que não, porque as liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio gozam do referido “status especial”, o qual impede que elas sejam limitadas (ou violadas) por motivos outros que não seja o interesse das próprias liberdades.

Isso não significa, contudo, que quaisquer AFs são barradas pelo status especial das liberdades básicas, pois é plenamente possível cogitar que essas políticas públicas sejam executadas sem violar as referidas liberdades. Trata-se de compatibilizar os meios das AFs com os princípios da TJE. Sobre isso, entendemos que nem mesmo a categoria mais interventiva de AF (CA5: cotas rígidas) pode ser acusada de violar as liberdades básicas constantes na lista de Rawls, pois essa lista não contempla qualquer direito irrestrito a vagas no ensino superior.⁵⁴

⁵² Como já visto no item 1.5, Rawls fala em liberdades *fundamentais* em *TJ* e em liberdades *básicas* em *JE* (2003, p. 63). São expressões sinônimas.

⁵³ Em uma sociedade em condições desfavoráveis, poderia haver restrição de liberdades básicas por motivos econômicos (RAWLS, 2008, p. 304-307), conforme discussão adiante sobre teoria não-ideal (itens 2.4.1 e 2.4.3).

⁵⁴ É claro que muitos sustentarão, como Taylor, que as cotas rígidas violam a igualdade formal. Mas esse tipo de argumento não cabe aqui, pois estamos tratando apenas do *primeiro* princípio de justiça; e a *igualdade* pertence ao segundo princípio. Por isso esse argumento será analisado separadamente (item 2.4.2 infra).

Agora, cogite-se outro argumento de um defensor das AFs: *as ações afirmativas são necessárias porque o Estado deve fornecer condições para o pleno gozo dos direitos ao trabalho e ao ensino, além de promover o direito à igualdade material.*

O argumento é interessante, porque, se algum desses direitos constar no rol básico protegido pelo primeiro princípio, aí já se teria o começo de uma fundamentação para as ações afirmativas. Com efeito, se o direito ao trabalho, o direito ao ensino e à igualdade material forem considerados liberdades básicas, eles poderão ser implementados mesmo mediante a limitação de outras liberdades básicas – porquanto a TJE admite expressamente limitações de liberdades básicas quando elas conflitarem umas com as outras. A análise desse argumento divide-se em duas partes.

A primeira parte passa pela constatação de que tais direitos (ao ensino, ao trabalho e à igualdade material) *não* constam, ao menos expressamente, no rol de liberdades fundamentais protegido pelo primeiro princípio. A lista, segundo Rawls (2000a, p. 345), é a seguinte:

“liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei”.

Thomas Pogge (2007, p. 82-83) faz descrição mais minuciosa da lista de liberdades fundamentais, dividindo-a em três classes: (a) as liberdades políticas; (b) a liberdade e integridade das pessoas; (c) e direitos advindos do Estado de Direito, como vedação à prisão arbitrária, habeas corpus, devido processo legal, dentre outros. Mas, de toda forma, não destoa da lista de Rawls acima indicada, que não contém direito ao ensino, ao trabalho e à igualdade material.

H. L. A. Hart (*in*: RICHARDSON, 1999, p. 9), por sua vez, entende que Rawls não é claro sobre a lista de liberdades básicas ser taxativa ou meramente exemplificativa. Para ele, é possível interpretar que o primeiro princípio dirige-se apenas às liberdades da lista básica de Rawls, embora considere que elas foram especificadas em “termos amplos”.

De toda forma, apesar dessa discussão, pelo menos a interpretação literal de Rawls é no sentido de que a lista de liberdades básicas contém um rol fechado de direitos, no qual não constam o direito ao trabalho e o direito ao ensino do rol de liberdades básicas. Nesse sentido, pode-se citar a defesa feita em *O Liberalismo Político*, onde Rawls afirma que uma lista específica de liberdades é necessária para que as partes cheguem ao consenso sobre os

princípios de justiça na posição original (RAWLS, 2000a, p. 346)⁵⁵.

A segunda parte da análise do argumento – de que o Estado deveria usar as AFs promover o direito à educação e ao trabalho – exige seja recordado algo já dito no primeiro capítulo: Rawls diferencia liberdades fundamentais do valor que elas possuem.

Assim, mesmo que tais direitos (ao trabalho, ao ensino, à igualdade) estivessem no rol de liberdades fundamentais, isso não implicaria nenhuma exigência que fossem garantidos de forma direta, plena e equitativa pelo Estado. Isso porque, no sistema de dois princípios da TJE, é justamente o *segundo* princípio que visa a garantir as condições materiais para o gozo pleno *do valor* das liberdades básicas.

Ou seja, uma coisa é o reconhecimento formal dos direitos pelo Estado, outra é a criação de possibilidades materiais para indivíduos exercerem tais direitos.

Essa diferenciação é feita por Rawls tanto para assegurar a prioridade das liberdades fundamentais, quanto para justificar o segundo princípio de justiça, pois é através da aplicação deste último que o *valor* das liberdades básicas será implementado. Ou seja, o subprincípio de diferença existe justamente para garantir uma quantia de bens primários, para os menos favorecidos, superior àquela decorrente de outros arranjos distributivos (vide o primeiro capítulo acima, no item que tratamos da prioridade das liberdades e seu aspecto material). Assim, com uma maior quantidade de bens primários, os indivíduos podem gozar melhor do valor das liberdades básicas.

É verdade que essa distinção entre as liberdades básicas e seu valor não é imune a críticas. Norman Daniels (*in*: RICHARDSON, 1999, p. 51), por exemplo, considera a distinção insuficientemente justificada por Rawls, além de ser incapaz de impedir desigualdades econômicas exageradas, que gerariam desigualdades igualmente exageradas nas possibilidades de fruição do valor das liberdades básicas. Todavia, essa é outra discussão, e foge dos limites deste trabalho. Seguindo-se a teoria rawlsiana como concebida, só se pode concluir que o primeiro princípio de justiça não justifica, por si só, medidas tendentes à diminuição de desigualdades materiais, como a sub-representação de determinado grupo em instituições de ensino ou em posições de autoridade.

Portanto, em suma:

(i) as liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio são poucas, e em

⁵⁵ Ressalvamos, contudo, o entendimento contrário de Weber (2013, p 210), para o qual “os direitos à educação básica, à saúde, à alimentação, etc., certamente estão incluídos ou pressupostos no primeiro princípio de justiça”, conforme defende no artigo *A ideia de um ‘mínimo existencial’ de J. Rawls*.

princípio não conteriam, por exemplo, o direito de acesso ao ensino superior ou ao mercado de trabalho. Isso impede que o rol do primeiro princípio seja usado como fundamentação para as AFs, embora não gere incompatibilidade entre a TJE e essas políticas públicas;

(ii) as liberdades fundamentais, na teoria ideal, não aceitam limitação por medidas de cunho social, pois tem status especial e prioridade sobre o segundo princípio (que é o que cuida da parte distributiva dos bens sociais). Logo, a teoria da justiça como equidade é incompatível com o tipo específico de argumentação de que as liberdades básicas podem ser limitadas por motivos de conveniência social, ou bem-estar geral, ou promoção de certos valores sociais (como a diversidade nas instituições de ensino). Isso não significa, contudo, que haja incompatibilidade entre a TJ e as AFs, pois estas podem ser implementadas desde que não violem liberdades básicas (e, de fato, dentre as categorias de AF apontadas no item 2.2, não identificamos qualquer AF que viole as liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio);

(iii) as liberdades básicas do primeiro princípio são apenas formais na teoria rawlsiana⁵⁶. Só pode se exigir que sejam respeitadas no sentido de que não podem ser violadas. Mas as condições para o gozo de seu valor máximo não podem ser exigidas do Estado; elas serão simplesmente implementadas, ao longo do tempo, pela atuação do segundo princípio de justiça. Logo, ainda que houvesse uma liberdade fundamental que garantisse o acesso à educação superior, nenhuma ação afirmativa poderia se fundamentar em uma pura exigência de implementação desse direito pelo Estado, porquanto a teoria de Rawls atribui ao princípio de diferença a incumbência dessa implementação. Além disso, Rawls dá por pressuposto que, em uma sociedade bem-ordenada, há condições materiais suficientes para que todos gozem minimamente do valor das liberdades básicas (RAWLS, 2000a, p. 351).

Portanto, em suma, o primeiro princípio de justiça não dá suporte às ações afirmativas, embora não se possa dizer de antemão que as proíba. Ele apenas impedirá aquelas ações afirmativas que sacrifiquem liberdades fundamentais, sobretudo por seus meios de execução.

2.3.2 O segundo princípio da justiça como equidade e as ações afirmativas

Se o primeiro princípio de justiça é o depositário das liberdades fundamentais, é no segundo princípio que têm lugar as medidas de cunho social.

⁵⁶ Exceto os direitos políticos, que devem ter seu valor equitativo implementado, como já afirmamos no primeiro capítulo.

Portanto, alguém poderia sustentar que no âmbito do segundo princípio encontram-se melhores argumentos para a defesa das ações afirmativas. Todavia, reconstruída a argumentação de Rawls para o segundo princípio de justiça, chega-se, pelo contrário, a algumas objeções intuitivas a essa suposição. Isto é, a retomada dos argumentos de Rawls indica que o segundo princípio de justiça não serve, *por si só*, para justificar as ações afirmativas.

Como referido acima (item 1.5), o segundo princípio de justiça divide-se em dois subprincípios: a *igualdade equitativa de oportunidades* (IEO) e o *princípio de diferença* (PD).

O subprincípio da IEO, por sua vez, possui dois componentes: a igualdade *formal* e a igualdade *material* (ou substancial).

Mas, antes de chegar à redação final do segundo princípio de justiça, Rawls (2008, p. 79-91) retoma algumas interpretações possíveis para as expressões “*acessíveis a todos*” (referindo-se a cargos e oportunidades) e “*benefício de todos*” (referindo-se ao benefício gerado pelas desigualdades socioeconômicas), que são as expressões-base que darão origem, na última e mais aprimorada interpretação, aos subprincípios IEO e PD. Para Rawls, deve-se decidir, dentre as interpretações possíveis, qual será escolhida para a elaboração da justiça como equidade (2008, p. 79).

São quatro interpretações diferentes para essas expressões-base, que darão origem ao segundo princípio de justiça: o sistema de *liberdade natural*, a *igualdade liberal*, a *igualdade democrática* e a *aristocracia natural*. Aqui, deixaremos de fora do quadro de interpretações o sistema da aristocracia natural, pois não reputamos necessário para o entendimento do argumento em exposição.

O que nos interessa demonstrar, por ora, é que: (i) em cada uma das interpretações apresentadas, a igualdade de oportunidades (que deriva da expressão “acessíveis a todos”) é entendida de uma forma bastante diferente, mas, em nenhuma das interpretações possíveis, Rawls associa igualdade de oportunidades com ações afirmativas ou qualquer política pública a elas assemelhadas; (iii) e que a interpretação final da expressão “benefícios para todos” também não dá guarida à fundamentação de ações afirmativas.

A primeira interpretação para a igualdade de oportunidades seria a vigente em um sistema de *liberdade natural*. Nesse sistema, a igualdade é satisfeita com a existência de *carreiras abertas aos talentos*. Isso significa apenas que todos terão os mesmos direitos *formais* de acesso a cargos e posições sociais privilegiadas, vedada qualquer discriminação.

Portanto, no sistema da liberdade natural, não há exigência de o Estado fornecer condições materialmente iguais para as pessoas que competem por posições sociais, e, em razão disso, contingências naturais (distribuição heterogênea de talentos) e socioeconômicas (diferenças de classe) terão bastante peso na distribuição de bens primários. A interpretação do sistema da liberdade natural para a igualdade de oportunidades dá origem ao primeiro componente do subprincípio em questão, a liberdade *formal*.

A segunda interpretação (para a igualdade de oportunidades) é a *liberal*. Em suma, ela objetiva corrigir distorções advindas das contingências sociais do sistema da liberdade natural, mediante a implementação de igualdade *equitativa* de oportunidades. Por igualdade equitativa, Rawls entende propiciar oportunidades similares àqueles que possuem capacidades e disposição similares, seja qual for a classe social que ocupam. Isso deve ocorrer, sobretudo, através de um sistema educacional, público ou privado, que busque “demolir as barreiras entre as classes” (RAWLS, 2008, p. 88). Ou seja, o sistema educacional deve preparar todas as pessoas igualmente para competir por posições sociais. Essa interpretação liberal corresponde à *liberdade material ou substantiva*, que é um dos componentes do subprincípio da IEO.

O sistema liberal, contudo, não propõe compensar a distribuição desigual de *talentos naturais*. Ele apenas busca garantir que pessoas com talentos e capacidades similares tenham oportunidades semelhantes, independentemente de sua condição socioeconômica. O sistema liberal, assim, não muda o fato de alguns serem mais talentosos que outros. Portanto, a igualdade equitativa de oportunidades do sistema liberal, embora seja um avanço em relação ao sistema da liberdade natural, ainda deixa esse problema residual.

Nas palavras de Rawls, o sistema liberal, “mesmo que funcione à perfeição na eliminação da influência das contingências sociais, ainda assim permite que a distribuição da riqueza e da renda seja determinada pela distribuição natural de aptidões e talentos” (2008, p.89).

Para resolver isso, Rawls propõe a interpretação *democrática* (para a igualdade de oportunidades), aquela escolhida como a mais adequada para a TJE, pois resolve a questão da distribuição desigual dos talentos naturais mediante a adição do subprincípio de diferença, cujo papel é justamente fazer com que as desigualdades revertam para os menos favorecidos na estrutura básica.

A citação de Rawls é esclarecedora (2008, p. 89):

Não há mais motivo para permitir que a distribuição de renda e riqueza seja determinada pela distribuição dos dotes naturais do que pelo acaso social e histórico. Ademais, *o princípio de oportunidades equitativas só pode ser realizado de maneira imperfeita, pelo menos enquanto existir algum tipo de estrutura familiar*. O ponto até o qual as aptidões naturais se desenvolvem e amadurecem sofre influência de todos os tipos de circunstâncias sociais e atitudes de classe. Mesmo a disposição de fazer esforço, de tentar e, assim, ser merecedor, no sentido comum do termo, depende de circunstâncias sociais e familiares afortunadas. *Na prática, é impossível garantir oportunidades iguais de realização e cultura para os que têm aptidões semelhantes e, por conseguinte, talvez convenha adotar um princípio que reconheça esse fato e também amenize os resultados arbitrários da própria loteria natural.* (Grifou-se).

Assim, mediante a união de partes das interpretações anteriores, Rawls chega à interpretação democrática e à redação final do segundo princípio de justiça. Isto é, o segundo princípio combina a *igualdade equitativa de oportunidades* (composta da igualdade *formal* advinda do sistema da liberdade natural e da igualdade *material* advinda do sistema liberal) com o princípio de diferença (que, por sua vez, é advindo da interpretação democrática).

O ponto relevante do raciocínio de Rawls, retomado até aqui, é que nenhuma das interpretações da igualdade – que dão origem à redação final do segundo princípio – busca aumentar a representação de determinados grupos em cargos ou posições de autoridade; nem busca compensar diferenças de talento, reparar injustiças históricas ou promover a diversidade (principais finalidades das AFs, como visto em 2.1). Nem mesmo a mais robusta interpretação da igualdade, que é a igualdade equitativa de oportunidades, tem como finalidade compensar diferenças de talentos.

Como lembram Arnsperger e Van Parijs, o objetivo da igualdade equitativa de oportunidades é apenas dar as mesmas possibilidades de acesso às posições sociais para aqueles com talentos semelhantes, e não esgotar os recursos sociais “oferecendo aos que enxergam mal a possibilidade de serem pilotos, ou aos intelectualmente fracos a de se tornar engenheiros” (ARNSPERGER e VAN PARIJS, 2003, p. 71).

Da mesma forma, mesmo na interpretação democrática, Rawls dá por inevitável a existência de desigualdades de talentos, de classe e de família, de modo que agrega o princípio da diferença apenas para redistribuir os benefícios econômicos gerados por essas desigualdades.

Em apoio a essa afirmação, veja-se a distinção que Rawls faz entre o princípio de reparação e o subprincípio de diferença na seção 17 de TJ, onde conclui que o princípio de diferença “não exige que a sociedade tente contrabalançar as deficiências [de talento], como se esperasse que todos competissem em igualdade de condições na mesma corrida” (RAWLS,

2008, p. 121). Segundo Rawls, o PD impõe, isso sim, a alocação de recursos para a educação, visando à elevação, em longo prazo, das expectativas dos menos favorecidos.

O ponto central sobre o subprincípio de diferença, portanto, é que Rawls não irá propor que a diferença de talentos seja compensada com reforço de estudo para os *menos* dotados. Nem irá propor que a diferença de talentos seja anulada ou diminuída com, por exemplo, critérios diferentes de avaliação, ou bônus de pontuação para os menos talentosos (como propõem as ações afirmativas da categoria 4⁵⁷).

Como Rawls reconhece ser absolutamente impossível obter-se igualdade plena de condições – pois os talentos, a família e a classe sempre variarão –, e como ele entende que a desigualdade advinda desses fatores arbitrários não seria moral, Rawls aceita a igualdade equitativa de oportunidades da concepção liberal, mas adiciona-lhe o subprincípio de diferença com a finalidade específica de *redistribuir as vantagens econômicas advindas das diferenças de talento e de circunstâncias socioeconômicas*, sobretudo em favor dos menos favorecidos.

Agora, analisemos outro argumento sobre a relação entreAFs e o segundo princípio de justiça da TJE.

Suponha-se que alguém sustente o seguinte: (a) o subprincípio de diferença determina que *quaisquer* desigualdades devem beneficiar os menos favorecidos, logo, (b) esse subprincípio justificaria que o Estado adotasse ações afirmativas para beneficiar determinados grupos que ele (o Estado) considera ser os menos favorecidos, como afrodescendentes, mulheres, índios etc.

Essa afirmação, contudo, não condiz com a linha argumentativa desenvolvida por Rawls na elaboração da teoria da justiça como equidade.

Primeiramente, porque a premissa inicial da suposição (“a”) é falsa; em segundo lugar, porque foi utilizado inadequadamente o conceito de “menos favorecidos” na conclusão (“b”).

Como dito, não são *quaisquer* desigualdades que o princípio de diferença objetiva compensar. Ele não busca compensar desigualdades baseadas em características étnico-raciais ou de gênero, mas busca compensar apenas e tão somente as desigualdades advindas de contingências socioeconômicas *ordinárias*, assim entendidas por Rawls como aquelas decorrentes de talentos naturais, classe social e educação familiar.

⁵⁷ Conforme item 2.2 supra, a categoria 4 é a das “cotas fracas”, i.e., ações afirmativas consistentes em critérios de seleção que compensam a sub-representação, dando alguma vantagem ao grupo minoritário, como bônus de nota para alunos oriundos de escolas públicas ou certas minorias.

Portanto, se estiver correta nossa interpretação de Rawls, é equivocado afirmar que o subprincípio de diferença objetiva compensar desigualdades étnico-raciais ou corrigir a sub-representação de um grupo em determinada posição social (em universidades, no mercado de trabalho, entre outros). Esse não é o objetivo do referido subprincípio na TJE, como indicamos na fundamentação acima.

Em segundo lugar, o subprincípio de diferença dirige-se *a um específico grupo de pessoas*, os “menos favorecidos”, cujo conceito *não possui relação* com o conceito de “grupo sub-representado”, de “grupo discriminado” ou de “minorias”, que são os grupos ordinariamente abarcados pelas ações afirmativas.

Ao tratar do conceito de menos favorecidos, Rawls é expresso ao dizer que ele se funda no *índice de bens primários*⁵⁸ de que essas pessoas gozam – e jamais em raça, gênero, etnia ou nacionalidade (2003, p. 83):

Como já dissemos, as desigualdades a que se aplica o princípio de diferença são diferenças nas expectativas (razoáveis) de bens primários dos cidadãos ao longo da vida. Essas expectativas são suas perspectivas de vida. Numa sociedade bem-ordenada, em que todos os direitos e liberdades básicos e iguais dos cidadãos e suas oportunidades equitativas estão garantidos, *os menos favorecidos são os que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas.* (Grifou-se).

E, em nota de rodapé complementar à citação acima, Rawls deixa claro que “raça, gênero e nacionalidade” não definem o objeto do subprincípio de diferença (2003, p. 83):

Na forma mais simples do princípio de diferença, não se pode identificar os indivíduos que pertencem ao grupo menos favorecido independentemente de sua renda e riqueza. *Os menos favorecidos nunca são identificados como homens ou mulheres, ou como brancos ou negros, como hindus ou ingleses. Não são indivíduos identificados por características naturais ou de outro tipo (raça, gênero, nacionalidade etc.) que nos permitam comparar sua situação só os vários esquemas cooperativos [...].* (Grifou-se).

Devemos ressaltar que a definição de Rawls sobre os menos favorecidos deve ser lida, também, em conjunto com sua definição sobre “posições sociais relevantes”⁵⁹. Ocorre que esse conceito é bastante vago na TJE, e, sobretudo, Rawls não deixa claro se abarca diferenciações de gênero e raça. Na seção 16 de *Uma Teoria da Justiça*, que trata das “posições sociais relevantes”, Rawls parece dar a entender que “características naturais fixas”,

⁵⁸ Bens primários são bens básicos e universalmente necessários para cada um desenvolver seu plano de vida.

⁵⁹ Seria o lugar ocupado por certos indivíduos representativos na estrutura básica, definido pelas diferentes expectativas de obter bens primários (RAWLS, 2008, p. 114-115).

como gênero e raça, são levadas em conta (2008, p. 119).

Todavia, em *Justiça como Equidade: uma reformulação* (obra posterior), em um raciocínio truncado, Rawls novamente cogita raça e gênero como critérios para definir as posições sociais relevantes, mas conclui que (2003, p. 93):

Esperamos que numa sociedade bem-ordenada em condições favoráveis, com liberdades básicas iguais e igualdade equitativa de oportunidades garantidas, gênero e raça não determinem pontos de vista relevantes.

Logo, embora entendamos necessário aprofundamento na questão – o que ultrapassa as possibilidades deste trabalho⁶⁰ –, concluímos, sobretudo em razão da última citação acima (de *JE*, obra mais recente), que na sociedade bem-ordenada (e, portanto, na teoria ideal), raça, gênero, etnia e nacionalidade não são critérios de definição de “menos favorecidos”.

Em suma, o subprincípio de diferença sequer traz em si a distinção entre homens e mulheres, afrodescendentes ou caucasianos. Ele implica apenas a noção de grupo com a menor expectativa de, ao longo da vida, obter bens primários. São as expectativas desse grupo que devem melhorar em uma sociedade regida pelo subprincípio de diferença⁶¹.

Corroborando nossa afirmação, Arnsperger e Van Parijs afirmam que o subprincípio da diferença reporta-se às expectativas médias de obtenção de bens primários, associadas às posições sociais relevantes. Para eles, o subprincípio de diferença:

[...] supõe que se defina uma posição verdadeiramente acessível a todos, porque ela não requer nenhum talento particular, por exemplo, a posição de trabalhador não-qualificado; e ele exige que o nível das esperanças (em termos de rendimento, riqueza, poder etc.) associadas a essa posição social seja maximizado. (ARNSPERGER e VAN PARIJS, 2003, p. 71).

Por fim, há um último argumento pelo qual se poderia sustentar que o subprincípio de diferença não fornece fundamentação para as AFs. Trata-se da hipótese, na parte final do item 1.4 supra, de que as ações afirmativas não seriam pactuadas na posição original, sob o véu da ignorância, uma vez que os indivíduos na posição original não sabem se são caucasianos ou

⁶⁰ Para aprofundamento, indicamos ao texto *Liberalismo igualitário e ação afirmativa: da teoria moral à política pública* (FERES JUNIOR e CAMPOS, 2013).

⁶¹ Corroborando nossa afirmação, a interpretação de Arnsperger e Van Parijs (2003, p. 71), para os quais o princípio da diferença reporta-se às expectativas médias de obtenção de bens primários, associadas às posições sociais relevantes. Para eles o princípio da diferença “supõe que se defina uma posição verdadeiramente acessível a todos, porque ela não requer nenhum talento particular, por exemplo, a posição de trabalhador não-qualificado; e ele exige que nível das esperanças (em termos de rendimento, riqueza, poder etc.) associadas a essa posição social seja maximizado”.

afrodescendentes, se são ricos ou pobres, nem mesmo se são homens ou mulheres. Também não têm acesso a detalhes específicos da história de sua sociedade, dispondo apenas de “informações entendidas como essenciais para a celebração de um acordo racional” (MÖLLER, 2006, p. 49). Em outras palavras, acreditamos que as AFs não seriam previstas na posição original em razão de os contratantes, sob o véu da ignorância, sequer disporem das informações factuais que justificariam a previsão de tais políticas públicas, isto é, as informações que poderiam levar um indivíduo racional a prever a ocorrência de sub-representação de determinados grupos em cargos ou posições de autoridade. Por exemplo, as partes contratantes não teriam razões para pretender corrigir ou reparar efeitos nefastos de determinado evento histórico, como um passado escravagista, pois desconheceriam tal fato.

No que toca à finalidade de promover a diversidade – um dos objetivos tradicionais das AFs –, entendemos que seria tema *superfluo* na posição original, pois nesse momento apenas as questões essenciais para a definição dos critérios de justiça são enfrentadas. Como Rawls observa, na posição original só se pode esperar que as partes consigam chegar a um acordo sobre questões constitucionais mais relevantes, como os princípios fundamentais da estrutura dos três poderes, o processo político, e os direitos e liberdades básicos. Demais questões devem ser resolvidas posteriormente, quando já concebidos os dois princípios de justiça básicos (RAWLS, 2003, p. 39).

Portanto, resumindo nossas afirmações desta seção:

i) Rawls jamais leva em conta diferenças raciais, de gênero ou de etnia para descrever as interpretações da igualdade de oportunidades com que trabalha (natural, liberal e democrática), a não ser para considerar que tais diferenças jamais podem ser utilizadas para fim discriminatório, em razão da igualdade formal;

ii) as únicas diferenças que Rawls reconhece que merecem ser compensadas são as diferenças de talentos (contingência natural) e de condições sociais e familiares de desenvolvimento dos talentos (contingências socioeconômicas). Ele não menciona diferenças de raça, de gênero, etnia ou baseadas em efeitos de injustiças do passado;

iii) e o meio de compensar as diferenças de talento e de classe não é aumentando a representação em cargos ou posições dos menos talentosos ou menos afortunados. O meio de compensar essas diferenças é o subprincípio de diferença, que atua especificamente para aumentar as expectativas inerentes a uma posição social específica: a dos menos favorecidos – posição social esta que é definida apenas pelo índice de bens primários a ela associada, e

nunca com base e raça, gênero, etnia;

iv) e não há motivos razoáveis para crer que, na posição original, qualquer princípio de justiça fosse concebido para tratar da questão das ações afirmativas, diante da limitação que os contratantes têm sobre suas características pessoais e sobre os fatos históricos de sua sociedade.

Em primeiro lugar, em relação às afirmações “i” e “ii” acima, pode-se dizer que o fato de Rawls não levar em conta raça, etnia ou gênero na formulação do conceito de igualdade equitativa de oportunidades apenas reforça a ideia de que ele realmente não tinha interesse em justificar as ações afirmativas com sua teoria da justiça.

Em segundo lugar, o somatório de todas as afirmações acima (“i” a “iv”), em nosso entendimento, evidencia que o foco dos princípios da TJE é garantir liberdades básicas e, uma vez isso feito, garantir que as desigualdades *inevitáveis* em uma sociedade *bem-ordenada* – aquela com condições favoráveis e respeito generalizado às normas – revertam para a melhora do substrato inferior da pirâmide social, ao longo do tempo. Com isso, Rawls equalizaria o conflito clássico da filosofia política entre liberdade e igualdade, sem adentrar em questões muito específicas, como eventuais injustiças baseadas em fatores históricos.

Assim, até o presente momento, após a reconstrução e análise dos principais argumentos subjacentes aos dois princípios de justiça, concluímos apenas que a TJE não aborda nem justifica as AFs.

Por outro lado, se o raciocínio geral de elaboração dos princípios de justiça indica que eles não fundamentam as ações afirmativas, isso não nos permitiu concluir, por si só, a existência de incompatibilidade teórica entre a TJE e as AFs. No mínimo, fica aberta a porta para investigações mais refinadas. Ou seja, a incompatibilidade pode até existir, mas dependerá de outros argumentos⁶².

Aliás, reputamos que demonstrar a incompatibilidade é ônus daqueles que a afirmam, pois a TJE, com seus dois princípios voltados à estrutura básica, não impede que outras questões complexas sejam resolvidas à medida que o véu da ignorância vai sendo levantado (ver a explicação supra sobre os quatro estágios da TJE). Assim, cremos que afirmar a incompatibilidade entre a TJE e as AFs (o que não é nosso objetivo) exigiria estudo aprofundado acerca daquilo que as partes podem deliberar sobre instituições básicas na fase

⁶² De fato, há argumentos no sentido de que o subprincípio da IEO é incompatível com algumas AFs (como veremos mais adiante). Mas tais argumentos não estão relacionados à argumentação que desenvolvemos na presente seção, na qual apenas reconstruímos parte do raciocínio de Rawls na elaboração dos dois princípios de justiça.

legislativa, quando o véu da ignorância já foi parcialmente levantado e as partes passam a ter conhecimento daquele tipo mais específico de informação que poderia justificar as ações afirmativas⁶³.

Em suma, embora a reconstrução dos argumentos que sustentam os princípios básicos indique claramente que a TJE nunca tratou das AFs (e não logra justificá-los sem outros recursos teóricos), isso não implica que haja incompatibilidade da teoria de Rawls com tais políticas públicas. Pelo contrário, a demonstração da incompatibilidade exige seja demonstrado que, embora o não enfrentamento da questão por Rawls, as AFs, por seus meios ou finalidades, violam os princípios da TJE.

Um dos estudos em que se tentou argumentar a ocorrência de tal violação é o alhures citado artigo de R. Taylor – e é sobre isso que se falará a seguir.

2.4 AS OBJEÇÕES DE R. TAYLOR

Samuel Richard Freeman foi aluno de John Rawls ao tempo em que este publicou *Uma Teoria da Justiça*, mantendo-se amigo de seu professor pelas décadas seguintes. Em 2007, Freeman publicou densa obra sobre a vida e a teoria de Rawls. Nela, ao analisar o subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades (IEO), Freeman afirmou categoricamente que esse subprincípio *não* daria suporte a ações afirmativas e talvez seja até *incompatível* com elas (2007, p. 9):

Ao apresentar a igualdade equitativa de oportunidades principalmente como um corretivo ao tratamento que a igualdade formal dá às classes sociais, Rawls pressupõe um esquema competitivo. Ambas as formas de igualdade de oportunidade presumem, então, um direito por competir por posições abertas, e nenhuma delas é concebida para garantir igual ou proporcional êxito para grupos sociais importantes. As chamadas ações afirmativas, ou dar tratamento preferencial para minorias em desvantagem social, não é parte da igualdade equitativa de oportunidades de Rawls, e talvez seja incompatível com ela⁶⁴.

⁶³ Devemos apontar a posição de Freeman, o qual entende que sequer no estágio legislativo seria possível criar leis que implantassem ações afirmativas, pois o legislador ainda está sob o véu da ignorância, embora menos espesso, e não teria acesso a características étnico-raciais e de gênero de seus constituintes (FREEMAN, 2007, p. 205).

⁶⁴ No original: “In presenting FEO [fair equality of opportunity] as mainly a corrective to formal equal opportunity’s treatment of social class, Rawls assumes a competitive framework. Both forms of equal opportunity assume, then, a right to compete for open positions, and neither is designed to insure equal or proportionate success to salient social groups. So-called “affirmative action,” or giving preferential treatment for socially disadvantaged minorities, is not part of FEO for Rawls, and is perhaps incompatible with it.”

Mas, na continuidade do texto acima transcrito, Freeman diz que isso não significa que Rawls nunca tenha se manifestado sobre ações afirmativas no mercado de trabalho e na educação, pois Rawls teria dito, *em suas palestras*, que tais políticas poderiam ser um mecanismo adequado para corrigir efeitos de discriminação pretérita, desde que de forma temporária. E continua Freeman, dizendo que Rawls considerava qualquer tratamento preferencial (como o dado pelas AFs) *incompatível* com o subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades, ao menos “nas condições ideais de uma sociedade bem-ordenada” (FREEMAN, 2007, p. 91).

Ao fazer essa ressalva relativa às “condições ideais de uma sociedade bem-ordenada”, Freeman aborda, indiretamente, a distinção entre teoria *ideal* e teoria *não-ideal*, pois, para Rawls, a parte ideal da teoria da justiça como equidade trata dos princípios que regulam uma “sociedade bem-ordenada em circunstâncias favoráveis” (2008, p. 304); e para uma sociedade que ainda não é bem-ordenada, Rawls dedica a teoria não-ideal, a qual contém princípios para enfrentar situações de injustiça (2008, p. 305).

Assim, aproveitando-se dessa leitura de Freeman sobre a posição de Rawls em relação às ações afirmativas (leitura que é apoiada também por Thomas Nagel⁶⁵), R. Taylor, em seu citado artigo, vai aprofundar a discussão sobre a distinção entre teoria ideal e teoria não-ideal, e analisar quais categorias de ações afirmativas seriam compatíveis com cada um desses espectros da teoria rawlsiana.

O primeiro argumento de Taylor é justamente que algumas categorias de AFs seriam simplesmente *supérfluas* no âmbito de uma sociedade bem-ordenada e, portanto, dentro do espectro de uma teoria ideal. É sobre isso que falaremos a seguir.

2.4.1 O argumento das ações afirmativas *supérfluas* na teoria ideal

A expressão teoria *não-ideal* foi cunhada por Rawls, e hoje merece inúmeros estudos. Trata-se de questão complexa, cujo aprofundamento exigiria certamente um trabalho exclusivo. Nesta seção, apresentaremos contornos básicos das noções de teoria ideal e teoria não-ideal. Complementações importantes serão feitas na última seção deste capítulo, dedicada exclusivamente a um argumento relativo a como avaliar a compatibilidade das ações

⁶⁵ Nagel, no artigo *John Rawls and Affirmative Action* (2003), também afirma que Rawls nunca escreveu diretamente sobre ações afirmativas e defende que ele teria se concentrado quase que integralmente na elaboração de uma teoria ideal, a qual não explica exatamente como consertar as injustiças do mundo real.

afirmativas com a teoria não-ideal.

Ao tratar da teoria *ideal*, Rawls a relaciona às ideias de *obediência estrita* e de *sociedade bem-ordenada*. Obediência estrita é “uma das estipulações da posição original”, significando que “os princípios de justiça são escolhidos com base na hipótese de que serão obedecidos por todos” (2008, p. 304). Para Rawls, a teoria *ideal* é destinada a regular uma sociedade *bem-ordenada*, que é aquela na qual: “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios” (2008, p. 5). Além disso, pode-se interpretar que uma sociedade bem-ordenada seria também caracterizada pela existência de *condições favoráveis*, que seriam circunstâncias que permitiriam a obediência estrita aos princípios de justiça, como a satisfação das necessidades e desejos materiais básicos dos indivíduos (RAWLS, 2008, p. 670).

De fato, Thomas Pogge lembra que não há definição incontroversa dessa sociedade bem-ordenada referida por Rawls, mas indica que pode ser entendida como sendo aquela em que os direitos básicos do primeiro princípio de justiça são respeitados (2007, p. 102).

Korsgaard (1986, p. 17-18), por sua vez, afirma que a teoria ideal – ao conceber uma sociedade bem-ordenada, com obediência estrita aos princípios de justiça e liberdades básicas plenamente implementadas – determinaria aquilo que uma sociedade perfeitamente ideal seria.

Já a teoria *não-ideal*, por oposição, aplica-se a uma sociedade que não é bem-ordenada, ou seja, aquela em que os indivíduos cumprem apenas parcialmente os princípios de justiça, e em que existem circunstâncias desfavoráveis, como a não implementação adequada das liberdades básicas. Também pode se cogitar, embora Rawls não seja exposto nesse ponto, que outras contingências socioeconômicas também constituem condições desfavoráveis de uma sociedade não bem-ordenada, como ausência de tradição política democrática e escassez de recursos materiais e humanos⁶⁶. Inferimos isso a partir da definição que Rawls faz de sociedades “oneradas” em *Direito dos Povos*. Nesse livro, sobre direito internacional, Rawls fala em sociedades “oneradas” do direito internacional de forma análoga às sociedades não bem-ordenadas do direito doméstico (1999, p. 106), além de deixar claro que a teoria não-ideal lida, dentre outras coisas, com sociedades em condições desfavoráveis (1999, p. 5).

⁶⁶ Outras condições desfavoráveis serão indicadas quando se retomar o assunto da teoria não-ideal, no último item deste capítulo.

Em verdade, na *TJ* e nas obras anteriores ao Direito dos Povos, Rawls dá apenas contornos gerais da distinção entre teoria ideal e teoria não-ideal, indicando que a primeira pressupõe o cumprimento integral e generalizado dos princípios de justiça (que ele chama de obediência estrita) e uma sociedade bem-ordenada em condições favoráveis; e que a segunda (teoria não-ideal) surgiria em um segundo momento, quando os indivíduos, após estabelecerem a concepção ideal de justiça, deparam-se com circunstâncias desfavoráveis. Essa é a explicação de Rawls em *Teoria da Justiça* (2008, p. 304-305):

A ideia intuitiva é dividir a teoria da justiça e em duas partes. A primeira parte, a ideal, pressupõe a obediência estrita e elabora os princípios que caracterizam uma sociedade bem-ordenada em circunstâncias favoráveis. Essa parte desenvolve a concepção de uma estrutura básica perfeitamente justa e os correspondentes deveres e obrigações das pessoas submetidas às rígidas limitações da vida humana. Meu principal interesse diz respeito a essa parte da teoria. A teoria não-ideal, a segunda parte, é elaborada depois de escolhida a concepção ideal da justiça; só então as partes indagam que princípios adotar em condições mais desafortunadas. Como já indiquei, essa divisão da teoria produz duas partes bastante diferentes. Uma delas consiste de princípios para lidar com ajustamentos a limitações naturais a contingências históricas; e a outra, de princípios para enfrentar a injustiça.

Todavia, uma sociedade não bem-ordenada, isto é, aquela em circunstâncias desfavoráveis, é apenas um dos casos de aplicação da teoria não-ideal. Além disso, a teoria não-ideal, conforme indicações do próprio Rawls, lida também com outras situações de injustiça, abrangendo temas variados como direito penal; doutrina da guerra justa; justificações de oposição a regimes injustos; desobediência civil; e justiça compensatória (2008, p. 10). Para Korsgaard, ainda, a teoria não-ideal lidaria até mesmo com as situações envolvendo pessoas com algum tipo de incapacidade mental severa (1986, p. 17-18).

Diante da existência desses casos variados na teoria rawlsiana, Amy Berg propôs uma classificação das situações em que se aplicaria a teoria não-ideal. Assim, Berg (2015, p. 22) afirma, em linhas gerais⁶⁷, que a teoria não-ideal lida com dois tipos de problemas: (a) sociedades em condições desfavoráveis, que seriam circunstâncias que não podem ser atribuídas aos indivíduos, tais como a escassez de recursos naturais e desastres da natureza; e (b) casos de “injustiça deliberada”, que seriam situações de injustiça que podem ser atribuídas aos indivíduos, no que ela inclui casos de racismo, sexismo, ganância, dentre outros.

Para o fim deste trabalho, contudo, não adotaremos a classificação de Berg (2015),

⁶⁷ O trabalho de doutorado de Amy Berg (2015) foi o melhor texto sobre teoria não-ideal em Rawls encontrado durante nossa pesquisa. Porém, diante das limitações e objetivos deste trabalho, referimos no texto apenas parte da classificação exposta em seu texto.

pois tal classificação é posterior ao artigo de Taylor (2009) no qual se encontram a maioria dos argumentos que analisaremos. Assim, quando nos referirmos à teoria não-ideal estaremos sempre nos referindo ao caso de uma sociedade não bem-ordenada, que é aquela na qual não há cumprimento integral dos princípios de justiça pelos indivíduos e na qual existem circunstâncias desfavoráveis, como a não implementação plena das liberdades básicas, sejam tais circunstâncias decorrentes da natureza ou atribuíveis aos indivíduos. Em nossas referências à teoria não-ideal neste trabalho, portanto, não serão abrangidas outras questões específicas das quais ela trata, como os casos mencionados por Rawls em *TJ*: direito penal; doutrina da guerra justa; justificações de oposição a regimes injustos; desobediência civil; e justiça compensatória (2008, p. 10)

De fato, o conceito de teoria não-ideal utilizado por Taylor, no artigo que analisaremos, é baseado nas ideias de cumprimento parcial dos princípios e condições desfavoráveis. No item que inicia o tópico sobre teoria não-ideal em seu artigo, Taylor afirma o seguinte (2009, p. 485):

A teoria não-ideal rawlsiana é acionada por condições específicas, a saber, obediência parcial (i. e., injustiças sistemáticas em curso, praticadas por agentes públicos ou privados) e/ou a presença de ‘contingências históricas’ adversas, sejam elas econômicas (e. g., subdesenvolvimento severo) ou culturais (e. g., tradição política autoritária).

Portanto, foi com base no conceito acima que Taylor elaborou seus argumentos sobre quais categorias de ações afirmativas (conforme classificação exposta no item 2.2) seriam compatíveis com a teoria da justiça como equidade, em seus âmbitos de teoria ideal e de teoria não-ideal. É esse conceito que usaremos.

Dito isso, lembramos que no presente item será analisado apenas o que Taylor diz sobre a compatibilidade das AFs com a TJE no âmbito da teoria *ideal*. E, para isso, devemos frisar que seu argumento assenta-se na premissa de que, em uma sociedade bem-ordenada, além de haver condições favoráveis ao cumprimento integral dos princípios de justiça, não existe discriminação generalizada de qualquer natureza, sobretudo as baseadas em cor, raça, etnia (TAYLOR, 2009).

Com base nisso, Taylor dirá, por um lado, que em geral as ações afirmativas (AFs) da categoria 2 (CA2) até a categoria 5 (CA5) seriam desnecessárias na teoria ideal, pois baseadas em discriminação que inexistiria na sociedade bem-ordenada prescrita pela teoria ideal.

De outro lado, dirá que *apenas* as medidas afirmativas da categoria 1 (CA1) seriam

compatíveis com a teoria ideal. Inclusive, dirá que elas seriam *exigidas* pelo componente da igualdade formal, localizado dentro do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades. A igualdade formal, como vimos, impede qualquer discriminação arbitrária na competição por posições sociais. Assim, partindo do pressuposto de que Rawls admite que haveria um nível mínimo de descumprimento das leis mesmo nas condições ideais, Taylor considera que seriam necessárias as punições que caracterizam as AFs da CA1 justamente para coibir e penalizar tais descumprimentos – que sempre serão, contudo, assistemáticos, ou seja, esporádicos e isolados (TAYLOR, 2009, p. 480).

Vale lembrar que as AFs da primeira categoria são as menos intervenientes nos processos seletivos, pois consistem apenas em sanções que objetivam garantir a eficácia das normas gerais que proíbem discriminações arbitrárias. No Brasil, aliás, tais sanções sequer são consideradas ordinariamente ações afirmativas, pois a punição de ações discriminatórias *injustificadas* é apenas um dos meios de garantir o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da Constituição Federal)⁶⁸. De toda forma, a fim de analisar o raciocínio de Taylor, aceitar-se-á que se trate de ações afirmativas.

Já AFs da CA2 são um pouco mais intervenientes. Elas consistem em medidas de *mudança de mentalidade*, como, p. ex., programas de educação para a não-discriminação. Por isso, para Taylor, as AFs da CA2 seriam incompatíveis, em regra, com a teoria ideal, porque seriam totalmente desnecessárias em uma sociedade bem-ordenada, dado que nesta, como adiantado, não haveria qualquer grau de discriminação generalizada ou sistemática a exigir “reeducação” da população.

É dizer, as políticas da CA2 (medidas de mudança de mentalidade, pró-inclusão de minorias) não seriam, em princípio, compatíveis com uma teoria ideal, pois nela o Estado não precisaria mudar a mentalidade de seus cidadãos, porquanto estes não seriam amplamente preconceituosos nem discriminatórios. Apenas em casos muito específicos, sustenta Taylor (2009, p. 481), haveria compatibilidade das ações afirmativas da categoria 2 com a teoria ideal, como na hipótese de uma sociedade em que as condições ideais recém foram atingidas, e haveria risco de retrocesso; e na hipótese de uma sociedade ideal na qual há ampla imigração combinada com a formação de bairros étnicos, ou nichos de trabalho ocupados predominantemente por determinada etnia - tudo isso implicando também risco de alteração da mentalidade social no decorrer do tempo.

⁶⁸“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Constituição Federal do Brasil, 1988.

Assim, como Taylor sustenta que as AFs da CA2 já estão excluídas da teoria ideal (por serem supérfluas na sociedade bem-ordenada), e como as categorias subsequentes consistem em formas mais *fortes* de intervenção, estas, conseqüentemente, também não seriam compatíveis com a teoria ideal.

De fato, as políticas públicas classificadas como CA3, CA4 e CA5 consistem em ações afirmativas mais intervenientes porque pressupõe um grau proporcionalmente mais intenso de discriminação ou de sub-representação de determinados grupos. Ou seja, interferem de forma mais intensa nos processos seletivos porque existe uma necessidade maior de combater a discriminação que gera sub-representação de determinados grupos em posições sociais. Logo, argumenta Taylor, se não há necessidade da forma menos interventiva de ação afirmativa (CA2) na sociedade bem-ordenada da teoria ideal (pois inexistente discriminação), conseqüentemente também não seriam necessárias as formas mais interventivas (CA 3 até CA5) em tal sociedade.

Além disso, Taylor entende que no âmbito da teoria ideal, ao contrário do que ocorre na teoria não-ideal, os legados de discriminações do passado já teriam sido superados. Veja-se seu argumento (TAYLOR, 2009, p. 482):

Sob condições ideais, contudo, tais legados [racismo, sexismo] foram superados, e não permanecem desvantagens de raça e gênero para serem corrigidas pela igualdade substantiva; discriminação pode ainda ocorrer, como dito acima, será assistemática e idiossincrática, como discriminação contra ruivos ou pessoas de olhos cinza, e poderá ser remediada unicamente pela aplicação de leis antidiscriminação. [...] um mundo de que não discrimina por raça e gênero é possível – um mundo onde intervenções das categorias 3-5 seriam supérfluas [...].

Em suma, o argumento de Taylor é que a sociedade bem-ordenada de Rawls seria em geral “color-and-race-blinded”, ou seja, integrada por pessoas que jamais discriminariam alguém com base em gênero ou raça. Logo, não havendo esse tipo de discriminação generalizada e já tendo sido expurgados os efeitos de discriminação pretérita, inexistiria razão para o Estado implementar as AFs das categorias 2 a 5.

Aqui, contudo, deve se ressaltar que Rawls não é preciso quanto ao papel que raça, gênero e outras características naturais “fixas” exercem dentro da teoria ideal. Em princípio, esse papel é inexistente para Rawls, pois ele afirma, em passagem já citada acima (item 2.3.2) de *Justiça como Equidade: uma reformulação*, o seguinte (RAWLS, 2003, p. 93):

Esperamos que numa sociedade bem-ordenada em condições favoráveis, com liberdades básicas iguais e igualdade equitativa de oportunidades garantidas, gênero e raça não determinem pontos de vista relevantes.

Essa passagem, contudo, refere-se apenas ao conceito de posições sociais relevantes. Logo, ela permite inferir que, na teoria ideal, as posições sociais não são definidas segundo critérios de raça ou gênero (como sustentamos no item 2.3.2). Contudo, Rawls não afirma categoricamente que na sociedade bem-ordenada, âmbito da teoria ideal, inexistiria *qualquer* forma de discriminação que justificasse a aplicação de políticas públicas gerais e corretivas, como as ações afirmativas.

De fato, cremos que mesmo em uma sociedade bem-ordenada poderiam, em tese, ocorrer situações de sub-representação de determinados grupos ou minorias, em decorrência de alguma forma de tratamento preferencial ou discriminatório em processos seletivos – sem que isso implicasse descumprimento generalizado dos princípios de justiça (o que seria contrário à definição de sociedade bem-ordenada, onde vige a *obediência estrita*).

Por exemplo, empresas poderiam optar, de forma velada, por nunca contratar afrodescendentes ou imigrantes. Isso, em tese, não violaria qualquer regra antidiscriminação, pois a contratação seria discricionária e os motivos não seriam revelados. O mesmo pode acontecer com os processos eleitorais em geral, nos quais eleitores podem optar por candidatos brancos e do gênero masculino, gerando sub-representação de mulheres e negros, sem que isso viole qualquer norma antidiscriminação. Caso esse argumento esteja correto (ou seja, de que pode haver discriminação em grau relevante mesmo em uma sociedade bem-ordenada), então todas as categorias de ações afirmativas poderiam, em tese, existir no âmbito da teoria ideal.

Inclusive, argumento parecido com esse é usado por D. C. Matthew (2015) para atacar a afirmação de Taylor de que não haveria discriminação na sociedade bem-ordenada. Para Matthew, ainda que não houvesse discriminação nas *instituições sociais públicas*, ainda poderia haver discriminação *privada*, pela qual indivíduos apenas se associariam e compartilhariam informação, poder e oportunidades com outros indivíduos de mesma raça ou cor, excluindo indevidamente integrantes de outros grupos. Essa conduta, em princípio, não violaria nenhum dos dois princípios de justiça (atendendo ao requisito da teoria ideal do cumprimento estrito das normas), mas mesmo assim seria preconceituosa e prejudicial. Logo, justificaria qualquer forma mais intensa de ações afirmativas, como as da categoria CA2 até CA5.

Por fim, devemos alinhar outro contra-argumento à tese de Taylor, de que as AFs CA2 até CA5 seriam supérfluas no âmbito da teoria ideal.

Vamos presumir que uma sociedade bem-ordenada seja aquela livre de discriminação generalizada em curso, e na qual fatos discriminatórios ou injustos do passado (como, p. ex. escravidão) já tenham sido plenamente resolvidos e não gerem mais quaisquer efeitos. Presumamos ainda que não haja sequer preferências por gênero, raça ou cor. Mesmo com todas essas presunções, não se pode afirmar que nessa sociedade ideal inexistirá sub-representação de determinados grupos em posições sociais relevantes, como em universidades e em cargos de destaque no mercado de trabalho, na Administração Pública e nos Poderes de Estado. Essa sub-representação, suponhamos, poderá ser fruto do mero acaso. Mas mesmo assim poderá haver interesse das instituições titulares dessas posições sociais (as universidades, a Administração Pública etc.) em promover *o valor da diversidade*.

Como vistos acima (item 2.1), a promoção do valor da diversidade é uma das mais importantes finalidades das ações afirmativas, desde seu surgimento até a presente data.

Nos EUA, essa é finalidade majoritariamente utilizada pelas instituições, sobretudo universidades, para aumentar a representação de determinados grupos, em especial de afrodescendentes. Conforme notícia do site BBC-Brasil (UCHOA, 2012), desde a década de 1970 até hoje, o critério da promoção da diversidade é o que mais teve peso nas decisões da Suprema Corte dos EUA, embora ela seja contrária às AFs baseadas em reserva de vagas (CA5, cotas fortes).

Ainda segundo a BBC-Brasil (COUGHLAN, 2016), também na Inglaterra universidades buscam facilitar o ingresso de estudantes pobres para formar um corpo docente menos elitizado e mais diversificado.

Portanto, o argumento de Taylor é falho, se não por presumir que uma sociedade bem-ordenada seria totalmente desprovida de discriminação (o que é inverossímil), pelo menos por ignorar um dos principais fundamentos das ações afirmativas: a promoção da diversidade. Seu argumento é inválido porque, em uma sociedade altamente igualitária, sem discriminação generalizada e com alto nível de cumprimento das normas (inclusive dos princípios de justiça), ou seja, em uma sociedade apta à aplicação da teoria ideal de Rawls, *mesmo assim* as ações afirmativas das categorias 4 e 5, que são as mais intervenientes, poderiam ser necessárias, não pelo argumento da compensação da discriminação, mas pelo argumento da promoção da diversidade em determinadas posições sociais relevantes.

Enfim, recapitulando e resumindo o que foi dito nesta seção, cremos que o argumento de Taylor de que não haveria discriminação generalizada em uma sociedade bem-ordenada não é válido, seja porque Rawls nunca afirmou isso expressamente, seja porque é possível cogitar de formas importantes de discriminação existentes mesmo em uma sociedade não atingida por contingências negativas e na qual todos respeitassem os dois princípios de justiça.

Assim, consideramos não haver incompatibilidade entre a TJE e as AFs com base no argumento de que estas últimas seriam *supérfluas* no cenário de uma teoria ideal, pois não estamos convencidos de que em tal cenário não haveria discriminação suficiente para ser objeto de ações afirmativas.

E ainda que estejamos errados nessa conclusão supra, o argumento inteiro de Taylor pode ser invalidado pelo argumento da diversidade. Isto é, mesmo que na sociedade *bem-ordenada* da teoria ideal não haja discriminações que justifiquem as medidas afirmativas destinadas a corrigi-las, ainda assim seriam necessárias todas aquelas ações afirmativas destinadas a promover o valor da diversidade, caso o Estado ou alguma de suas instituições desejasse promover esse valor. Além disso, Rawls nunca afirmou que a sociedade bem-ordenada possuiria representação proporcional de etnias, raças e gêneros em todas as instituições sociais. Logo, isso não é um estado de coisas implícito na teoria ideal, e, por conseguinte, a sociedade bem-ordenada ainda pode ter interesse em promover o valor da diversidade – de modo que as ações afirmativas, em havendo tal interesse, não seriam *supérfluas*, como sustenta Taylor, mas úteis e necessárias.

2.4.2 O argumento da violação à igualdade formal na teoria ideal

Esse argumento pressupõe o domínio do que Rawls chama de regras de prioridade entre os princípios. Existem duas regras claras de prioridade na TJE. Taylor acrescentará uma terceira, por sua conta.

A primeira regra já foi referida acima: o *primeiro* princípio de justiça (garantidor das liberdades básicas) tem prioridade sobre o *segundo* princípio (que contém os subprincípios da liberdade equitativa de oportunidades e de diferença).

Convém deixar claro que prioridade, ordem serial ou ordem lexical (termos que trataremos como equivalentes) contém duas noções complementares: (i) o segundo princípio

de justiça deve ser aplicado “no contexto de instituições de fundo que satisfaçam as exigências do primeiro princípio [...] o que por definição acontece numa sociedade bem-ordenada”; e (ii) essa prioridade “exclui compromissos (*trade-offs*, como dizem os economistas) entre os direitos e liberdades básicos abarcados pelo primeiro princípio e as vantagens sociais e econômicas reguladas pelo princípio de diferença” (RAWLS, 2003, p. 65-66).

Em suma, essa *primeira* regra de prioridade é *cronológica*, pois um princípio deve ser implementado antes do outro (as liberdades básicas devem ser implementadas em primeiro lugar); e também é *impeditiva de barganha* entre os princípios, ao menos aquela que prejudique o princípio prioritário.

A *segunda* regra de prioridade, também prevista expressamente na TJE, refere-se aos dois subprincípios que compõem o segundo princípio de justiça

O segundo princípio de justiça é composto de duas partes, aqui chamadas de subprincípios⁶⁹: o subprincípio da IEO (igualdade equitativa de oportunidades) e o subprincípio de diferença – já explicados anteriormente.

Para Rawls (2008, p. 376), o primeiro subprincípio (IEO) tem prioridade sobre o segundo (diferença).

Ocorre que, ao lado dessas duas regras expressas de prioridade, Taylor interpreta a TJE de forma a extrair uma *terceira* regra de prioridade: aquela que vigeria entre os dois *componentes* do subprincípio da IEO.

O subprincípio da IEO, relembra-se, possui dois componentes: a igualdade *formal* e a igualdade *material* (ou substancial). A igualdade formal pode ser entendida como a declaração do Estado de que todos têm os mesmos direitos formais de acesso a cargos e posições sociais, vedada qualquer discriminação. Já a igualdade material impõe que o Estado implemente e mantenha um sistema educacional apto a preparar todas as pessoas, independentemente da classe social, para gozarem de igualdade de condições para competir por posições sociais.

Taylor reconhece que Rawls nunca afirmou a prioridade da igualdade formal sobre a material, mas defende essa interpretação com base nas seguintes premissas (2009, p. 482-485).

A primeira premissa seria o fato de que Rawls estrutura sua argumentação em favor do

⁶⁹ Relembramos que usamos a expressão “subprincípios” (não existente na TJE), para distinguir entre os dois princípios de justiça e os dois subprincípios que compõem o segundo princípio de justiça. Assim, quando falarmos em *subprincípio* de diferença (PD) e *subprincípio* da igualdade equitativa de oportunidades (IEO), estamos nos referindo, respectivamente, ao que Rawls trata como *princípio* de diferença e *princípio* da IEO.

subprincípio de diferença a partir de um desenvolvimento do princípio de eficiência. Para ser específico, Rawls trata o subprincípio de diferença como um *complemento* ao princípio da eficiência⁷⁰ – e, portanto, dá por pressuposto que o arranjo escolhido sempre será eficiente. Nesse sentido, o princípio da eficiência seria *anterior e necessário* ao subprincípio de diferença – e nisso Taylor vê uma espécie de regra de prioridade. A seguir, Rawls faz uma defesa muito parecida do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades. Ele refere que a IEO consiste na igualdade formal *complementada* pela igualdade material (ou substantiva). Aí, segundo Taylor, haveria o mesmo tipo de prioridade vista antes. Ou seja, Taylor identifica um padrão de raciocínio na construção dos subprincípios de diferença e IEO, no qual os componentes primários desses subprincípios sempre subordinam os componentes secundários, em uma espécie de prioridade. E, por um paralelismo ou analogia com esse raciocínio explícito de Rawls, Taylor afirma que também haveria uma prioridade implícita entre os componentes internos da IEO, de modo que *a igualdade formal seria precedente e prioritária à igualdade material*. O próprio Taylor, contudo, admite que o raciocínio de Rawls, na construção dos subprincípios, “pode ser também razoavelmente interpretado de outras formas, e a prioridade identificada nele [no raciocínio] é mais metodológica que substantiva e pode não ser lexical” (2009, p. 483).

O segundo argumento, que conforme Taylor seria a prova adicional ao seu argumento da terceira regra de prioridade, consiste no seguinte. Na obra *Justiça como Equidade, uma reformulação*, Rawls trata a igualdade formal como uma matéria constitucional, ou seja, aquela que deve ser regulada no *segundo estágio* de implementação da justiça como equidade, o estágio constitucional. A liberdade material, por sua vez, só seria implementada posteriormente, no *terceiro estágio*. Logo, haveria prioridade da primeira sobre a segunda.

Essas premissas que formam o argumento de Taylor sobre a prioridade do componente formal da IEO não parecem muito convincentes. Embora não seja o caso de objetar à profundidade contra essas premissas (pois apresentaremos outro contra-argumento mais adiante), apenas se registra que o simples fato de haver prioridade expressa entre determinadas noções de uma teoria não permite o uso da analogia para ampliar tal prioridade a outras noções. Pelo contrário, o fato de Rawls ter sido expresso e muito claro ao tratar das regras de prioridade permite inferir que não existam casos implícitos ou esquecidos de

⁷⁰ O princípio da eficiência é a denominação que Rawls dá ao princípio da otimalidade de Pareto. Ele afirma que uma configuração é eficiente quando é impossível melhorar a situação de, pelo menos, uma pessoa sem piorar a situação de outra (RAWLS, 2008, p. 81).

prioridade.

De toda forma, aceitemos provisoriamente o argumento de Taylor, dando por existente tal prioridade no interior da IEO. Assim, estabelecida uma regra de prioridade entre o componente da igualdade formal e o componente da igualdade material da IEO, com as mesmas funções das outras duas regras de prioridade, referido articulista sustenta que *nenhuma ação afirmativa pode violar a igualdade formal, ainda que seja em nome de promover a igualdade material*.

Além disso, lembremos que dentro da *teoria ideal* não há exceções a regras de prioridade; ao contrário da teoria não-ideal, onde tais regras podem ser flexibilizadas (questão a ser enfrentada na seção a seguir).

Considerando o resumo nos dois parágrafos acima, Taylor analisa quais ações afirmativas seriam compatíveis com a prioridade da igualdade formal nas condições da teoria ideal (para a teoria não-ideal, a análise será feita na seção seguinte). Sua conclusão é de que as ações afirmativas CA1 e CA2 não violariam a igualdade formal mesmo no cenário de uma teoria ideal. As AFs CA1, como vimos acima, são as menos intervenientes, pois visam apenas a punir quem descumprir regras antidiscriminação. Já as AFs CA2 são aquelas medidas de engenharia social, políticas tendentes a mudar a mentalidade preconceituosa ou discriminatória dos indivíduos. Taylor considera que apenas em casos muito excepcionais elas seriam necessárias na teoria ideal (pois ele sustenta que a sociedade bem-ordenada não possui discriminação generalizada). Mas, nesses casos excepcionais, é possível ver que não violam o componente formal da IEO, pois não tratam as pessoas de forma distinta na disputa por cargos e posições sociais. Em suma, as AFs CA1 e CA2 são *neutras* em relação à cláusula “carreiras abertas aos talentos”, que para Taylor é o núcleo da igualdade formal (2009, p. 481-482).

Segundo Taylor, de outra banda, as demais categorias de ações afirmativas (CA3 até CA5), nas condições ideais de uma sociedade bem-ordenada, violariam frontalmente a igualdade formal de oportunidades e os “ideais associados de uma sociedade cega para a cor e para o gênero” (2009, p. 481). Ele sustenta que mesmo as AFs CA3 são incompatíveis com a TJE porque elas dão suporte compensatório apenas segundo o critério da raça ou da cor, impedindo, por conseguinte, o acesso das demais pessoas que não preenchem os critérios exigidos para o gozo de tal suporte. As AFs CA4 e CA5, por sua vez, seriam as mais ofensivas à igualdade formal. Ao estabelecerem bônus de pontuação (CA4), ou mesmo

reserva de vagas (CA5), elas tratariam de forma não isonômica os candidatos e, por isso, violariam flagrantemente o componente da igualdade *formal* de oportunidades, expressamente previsto por Rawls.

Sobre essa conclusão de Taylor, há de ser dito que, se a teoria rawlsiana for entendida dessa forma – isto é com prioridade interna dentre os componentes da igualdade equitativa de oportunidades, privilegiando a igualdade *formal* –, não seria possível, na teoria ideal, qualquer medida afirmativa que violasse a norma impositiva de carreiras abertas a todos. Ou seja, se aceita a prioridade da primeira parte da IEO (igualdade *formal*) sobre a segunda parte da IEO (igualdade *material*), só restaria concluir que a teoria ideal proíbe qualquer *tratamento preferencial* no acesso a posições sociais e cargos (como reserva de vagas, “bônus” de pontuação etc.), pois isso violaria a parte do princípio que tem prioridade (igualdade *formal* no acesso a cargos).

Esse ponto de vista de fato é defensável, sobretudo porque a teoria rawlsiana tem forte viés de defesa das liberdades individuais e não compactua com medidas utilitaristas. Além disso, a essa altura do trabalho estamos bem convictos, ao lado de Samuel Freeman, Thomas Nagel e Robert Taylor, de que Rawls jamais abordou medidas afirmativas em sua teoria. Portanto, se for feita uma interpretação meramente literal e isolada de alguns aspectos da TJE (como a prioridade das liberdades individuais e inexistência de previsão para as AFs), isso poderia levar à ideia de que referida teoria seria incompatível com políticas públicas que tratam preferencialmente determinados grupos de pessoas, com base em raça, gênero ou etnia, como faz R. Taylor.

Apesar disso, cremos que essa incompatibilidade é apenas *aparente*, e levantamos algumas objeções ao argumento de Taylor. A primeira delas é trazida por Andrew Valls (2010), o qual, consoante referido anteriormente, escreveu artigo especificamente para contra-argumentar a Taylor.

A primeira objeção atinge o argumento de Taylor de que as medidas afirmativas da categoria 3 violam a igualdade formal porque os programas de suporte compensatório (como creches públicas para mulheres que trabalham ou estudam, financiamento subsidiado para estudos etc.) seriam destinados apenas segundo critérios de raça e gênero, impedindo os demais inclusive de competirem para receber suporte compensatório.

Para Valls, esse argumento é inválido, pois baseado em uma premissa falsa, porquanto é possível criar programas de suporte compensatório para minorias e também permitir que

deles participem pessoas que não se incluem em grupos discriminatórios. Valls cita o exemplo de creches criadas para ajudar mulheres afrodescendentes que trabalham: tais estabelecimentos não costumam barrar homens nem pessoas brancas que precisem deixar seus filhos sob o cuidado de terceiros enquanto trabalham (2009, p. 2-3).

O contra-argumento de Valls é interessante, não obstante possa também ser questionado. Efetivamente, não se pode dizer que qualquer política pública é discriminatória se ela, embora concebida para atingir um determinado grupo social (p. ex., os filhos das mães trabalhadoras), também abranja outros grupos análogos (filhos de pais trabalhadores). O que se poderia questionar, nesse caso, contudo, é se a ampliação do escopo dessa política pública não a descaracterizaria como ação afirmativa, porquanto já não se destinaria a um grupo de pessoas caracterizado por ser sub-representado em cargos ou posições sociais.

Em qualquer caso, cremos que esse contra-argumento de Valls a Taylor pode ser melhorado, inclusive a partir de outra objeção de Valls: a sociedade bem-ordenada de Rawls pode (e deve) formular políticas públicas levando em conta raça e gênero, assim como quaisquer outras desigualdades relevantes.

Lembre-se que Taylor aduz que as AFs CA4 e CA5 violam a igualdade formal, pois privilegiam um determinado grupo de pessoas em detrimento do restante, com base em cor ou gênero, concedendo-lhe pontuação extra ou reserva de vagas. Sobre essa afirmação de Taylor, Valls vai contra-argumentar, dizendo ser amplamente aceito que, mesmo em uma sociedade ideal, raça e gênero podem ser considerados como critérios de escolha para determinados cargos. Por exemplo, para Valls, não seria ilegítimo que fossem privilegiadas mulheres na escolha de trabalhadores para um centro de vítimas de estupro, nem que fossem privilegiados afrodescendentes para trabalhar como mentores de jovens afrodescendentes. Como afirma Valls, raça e gênero podem ser parte daquilo que constitui o critério de mérito para a escolha de determinadas posições ou cargos (2010, p. 5).

O contra-argumento de Valls é simples: mesmo em condições ideais, uma sociedade *bem-ordenada* poderia usar critérios de preferência na escolha de posições ou cargos, ou na elaboração de políticas públicas, e isso não violaria a igualdade formal porque esta não impede que desiguais sejam tratados de forma desigual.

Essa afirmação de Valls leva a um ponto central na discussão sobre tratamentos preferenciais: o conceito de igualdade. Ao analisarmos o texto de Taylor, percebemos que seu argumento orbita o conceito de igualdade formal, e que ele reduz esse conceito à vedação

absoluta de qualquer tipo de tratamento preferencial.

Todavia, assim como Valls, não concordamos com essa interpretação de Taylor. Nas sociedades contemporâneas é impensável encarar a igualdade formal sob esse aspecto restrito, pois as inúmeras diferenças entre pessoas e grupos de pessoas constantemente exige do Estado a aplicação de tratamentos distintos, quando a diferença merece consideração. Trata-se do preceito aristotélico de dispensar tratamento igual a sujeitos iguais nos aspectos relevantes (BLACKBURN, 1997). No que forem diferentes, está autorizado o tratamento desigual.

Logo, não seria discriminatório impedir que anões integrem as forças de polícia, assim como não seria discriminatório selecionar apenas mulheres (tratamento preferencial) para trabalhar em centros que atendem mulheres vítimas de estupro (VALLS, 2010). Nesses exemplos, os critérios de preferência na seleção são racionais. Eles visam a otimizar o alcance de alguma finalidade legítima (como o melhor atendimento às vítimas, pela empatia gerada com atendentes do gênero feminino) ou mesmo impedir alguma situação prejudicial à consecução de uma finalidade legítima (impedir a diminuição da eficácia técnica das polícias, em razão da admissão de policiais que, de antemão, não conseguem exercer plenamente todas as atribuições do cargo por questões de compleição física).

Da mesma forma, muitos dos estatutos protetivos existentes no Brasil são exemplos de tratamento preferencial, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90) e a Lei contra a Violência Doméstica (Lei Federal n. 11.340/06, popularmente conhecida como lei Maria da Penha). E não há qualquer objeção relevante ao fato de que tais leis protetivas tratam de forma distinta certos grupos de pessoas, segundo peculiaridades dignas de consideração. A questão toda é que tais leis se apoiam em motivos amplamente aceitos como razoáveis para o tratamento diferenciado, a saber, respectivamente: contrabalancear uma deficiência no aspecto da formação biopsicológica (ainda em desenvolvimento para crianças e adolescentes), e contrabalancear uma deficiência na capacidade de defesa a agressões baseadas no gênero (capacidade essa que é menor nas mulheres em comparação aos homens).

Em suma, concluímos que a igualdade formal *não* pode ser entendida como impeditiva de qualquer tratamento diferenciado, como sustenta Taylor. Ela deve ser entendida como a necessidade de dar tratamento igual a pessoas iguais e tratamento distinto a pessoas que

possuam distinções relevantes entre si, na proporção dessas distinções⁷¹.

Suponha-se, agora, que fosse objetado que essa conclusão implica equiparar a igualdade formal à igualdade material. Todavia, não seria válida tal objeção, pois na TJE o componente da igualdade material tem um conceito bem mais delimitado: aquelas medidas que o Estado deve tomar, sobretudo na área da educação, para que todas as pessoas com talentos iguais tenham oportunidades semelhantes de competir por cargos e posições, independentemente de sua classe econômica.

Assim, na teoria da justiça como equidade, a igualdade formal deve ser entendida – como de fato é na teoria do Direito – como plenamente compatível com tratamentos preferenciais ou diferenciados, desde que presente um “discrímén justificável” (MELLO, 1993, p. 81-82)⁷²; reservando-se para a igualdade material as ações materiais do Estado necessárias para dar condições semelhantes de competição a pessoas com talentos semelhantes.

De toda forma, ainda existe mais um contra-argumento à tese de Taylor, de certa forma paralelo ao acima exposto. Taylor entende que raça, etnia e gênero não podem ser usados para dar vantagens a competidores em processos seletivos, pois isso implicaria violação à igualdade formal. Todavia, Rawls entende a igualdade formal apenas como “carreiras abertas aos talentos”, significando que ninguém pode ser barrado *injustificadamente* de participar de um processo seletivo, e que todos devem ser julgados segundo um *critério relevante*⁷³. Mas o autor da TJE jamais entra em detalhes técnicos acerca de *qual seja o critério de seleção apropriado*.

Nessa esteira, Valls (2010) sustentará que raça e gênero podem ser considerados componentes da noção de mérito e, por via de consequência, podem ser utilizados, p. ex., para melhorar a pontuação de candidatos afrodescendentes ou do gênero feminino em processos

⁷¹ Em sentido contrário, Pogge (2007, p. 121) afirma categoricamente que o sistema de cotas para afrodescendentes ou mulheres implicaria violação à igualdade formal. Seu único argumento é que todos devem participar da competição em termos iguais – mas ele não enfrenta a questão aqui levantada, de que raça, gênero e etnia podem ser considerados como critérios de avaliação, nem mesmo a questão de que a promoção da diversidade poderia exigir a reserva de vagas em processos seletivos.

⁷² Veja-se o argumento do jurista Celso Antonio Bandeira de Mello: “Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrímén’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrímén identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.” (1993, p. 81-82).

⁷³ Pogge (2007, 122) apoia essa afirmação: “A igualdade formal não determina que posições sejam preenchidas aleatoriamente. Qualificações dos candidatos devem, é claro, ser levadas em conta”.

seletivos. Valls lembra que uma miríade de fatores é normalmente considerada em um processo seletivo (ao menos no caso das melhores universidades norte-americanas). Alguns deles fatores são retrospectivos (como notas pretéritas), e outros, prospectivos (como propensão para o estudo), sendo que, na maioria dos casos, é muito difícil estabelecer um conceito de mérito, bem como avaliar quais de seus componentes são produtos exclusivos do esforço pessoal do candidato e quais são produtos do mero acaso (como o talento inato ou o nascimento em uma família afortunada). Portanto, quem afirmar que raça, gênero e etnia são critérios arbitrários, também deverá reconhecer que há uma parte de arbitrariedade no talento, na propensão aos estudos, nas notas etc. Assim, se todos os elementos da noção de mérito fossem impugnados por conta de alguma carga de arbitrariedade que contêm, no fim das contas, o processo seletivo restaria inviabilizado.

A grande questão, parece-nos, é a forma como tais critérios de corte étnico-racial ou de gênero serão sopesados. Se eles forem os *únicos* critérios do processo seletivo ou se forem *determinantes* para a escolha, aí se poderá argumentar possível violação à igualdade formal, pois os critérios não deixariam qualquer chance para os demais candidatos conseguirem uma vaga (violam o preceito das posições abertas aos talentos).

Mas, mesmo nessa hipótese extrema (digamos, um concurso que só aceite a inscrição de afrodescendentes), ainda assim não podemos afirmar de antemão que haverá violação à igualdade formal. Isso porque, como dito acima, algumas distinções em tese podem ser aceitas se forem ligadas a finalidades compatíveis ao cargo, à posição ou à própria instituição. É o caso da seleção para participar de um centro de apoio a mulheres vítimas de estupro. Se a seleção barrar a participação de homens, ainda assim cremos que não há violação à igualdade formal, pois o tratamento preferencial dado às mulheres tem uma razão de ser razoável: é essencial à missão dessa instituição que todas as funcionárias sejam do gênero feminino.

Com efeito, essa é uma questão bastante complexa, cuja melhor solução, acreditamos, não deve buscar recursos propriamente na teoria da justiça como equidade – pois esta visa a traçar princípios amplos para a estrutura básica da sociedade, e não tratar de questões complexas e pontuais relativas às missões de cada instituição da sociedade. O mencionado exemplo do centro de apoio a vítimas de estupro, aliás, nem se trata de uma ação afirmativa, e foi usado apenas para demonstrar como é difícil definir as funções e os limites do componente da igualdade formal – componente sobre o qual Taylor, sem fazer maiores investigações sobre seu conteúdo, apoia grande parte de sua argumentação de incompatibilidade das AFs CA3 a

CA5 com a TJE.

Em suma, consideramos inválido o argumento de Taylor acerca da incompatibilidade das AFs CA3 a CA5 com a TJE em condições ideais, por suposta violação à igualdade formal (que seria prioritária em relação à igualdade material), porque (i) não Rawls nunca afirmou a prioridade do componente da igualdade formal, ao contrário de como procedeu em todos casos em que efetivamente ocorreu alguma relação de prioridade; (ii) mesmo dando por existente tal prioridade, a igualdade formal não resta violada com as AFs mais fortes, porquanto a igualdade formal, *em nossa interpretação*, não é incompatível com tratamentos preferenciais, desde que assentados *em um justo discrimen*; (iii) e como Rawls nunca delineou qualquer critério específico para o julgamento de processos seletivos, não se encontra na TJE impedimento para que raça, gênero ou etnia sejam considerados parte do critério de mérito para a tomada de decisão em processos seletivos.

Como se viu, toda a discussão desta seção debruçou-se sobre a questão de como a TJE se relacionaria com as AFs em condições da *teoria ideal*. Na próxima seção abordaremos essa mesma relação no cenário de condições desfavoráveis, ou seja, à luz da teoria *não-ideal*.

2.4.3 O argumento da violação ao *espírito* da teoria ideal em casos da teoria não-ideal

Chegamos ao ponto em que analisaremos o último argumento – dentre os que selecionamos – sustentando a incompatibilidade de certas categorias de AFs com a TJE. Até agora, todas as análises de compatibilidade ocorreram no âmbito da teoria ideal.

Como visto acima (itens 1.6 e 2.4.1), a teoria ideal visa a regular uma sociedade idealizada, chamada sociedade bem-ordenada, que é aquela na qual onde há condições favoráveis à obediência estrita, de modo que “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios”(RAWLS, 2008, p. 560). Além disso, na sociedade bem-ordenada as condições favoráveis também permitem que sejam implementadas as liberdades básicas (POGGE, 2007, p. 40) e atendidos os desejos materiais básicos (RAWLS, 2008, p. 670).

Agora, contudo, adentra-se no nebuloso cenário de uma sociedade na qual nem tudo vai bem. Pelo contrário, há condições desfavoráveis a impedir os cidadãos de obedecerem integralmente os dois princípios de justiça. A essa sociedade, que não é bem-ordenada, deve-se aplicar o que Rawls chamou de teoria *não-ideal*, como visto precedentemente.

Primeiramente, cumpre registrar que, enquanto há poucos estudos nacionais sobre o tema – e inclusive muitos textos brasileiros sobre Rawls passam à margem dessa discussão –, o estudo da distinção entre teoria ideal e teoria não-ideal ocorre de forma intensa fora do país, sobretudo na terra do pai da TJE, os EUA⁷⁴. Ilustrativamente, o dicionário on-line de Stanford, no verbete “John Rawls”, possui um item dedicado exclusivamente a “Ideal and Non-Ideal Theory”.

De fato, esse alerta é feito porque, uma vez conhecida a distinção entre os dois aspectos da teoria, fica muito claro que o âmbito mais adequado para se discutir qualquer ação estatal dirigida a situações de ampla ou generalizada injustiça é o da teoria não-ideal.

Nesse sentido, Freeman sustenta que é no âmbito da teoria não-ideal que devem ser enfrentadas questões como “tratamento preferencial, assistência a sociedades oneradas e outras questões sobre como lidar ou remediar injustiças” (2007, p. 472 – glossário).

Em apoio a Freeman, pode-se citar Thomas Pogge e Amy Berg. O primeiro afirma categoricamente que a teoria ideal não dá destaque especial para raça e gênero, do que se pode inferir que tais questões são tratadas na parte não-ideal da teoria (POGGE, 2007, p. 124). Já Berg, em seu trabalho de doutorado na Universidade da Califórnia (2015), distingue taxativamente o papel dos dois âmbitos diversos da teoria rawlsiana, afirmando que: “a teoria ideal fornece um objetivo para atingirmos, e a teoria não-ideal nos diz o que fazer na nossa atual, e não-ideal, situação”.

Essas afirmações de Freeman, Pogge e Berg são condizentes com o esclarecimento de Rawls em *TJ*, no sentido de que os princípios de justiça, com suas regras de prioridade, e sob as condições favoráveis de uma sociedade bem-ordenada “supõem que uma sociedade justa possa, no momento apropriado, vir a concretizar” e, portanto, os princípios de justiça “definem [...] um sistema perfeitamente justo; pertencem à teoria ideal e definem uma meta que possa orientar o curso da reforma social” (2008, p. 304).

Consequentemente, é imprescindível o estudo da teoria não-ideal para quem quiser discutir sobre a correlação entre a TJE e as ações afirmativas, pois tais políticas públicas, geralmente, estão apoiadas em argumentos relativos a questões de injustiça a ser reparada (embora isso não se aplique, segundo sustentamos no final do item 2.4.1, ao argumento da diversidade, que poderia ser invocado mesmo em uma sociedade bem-ordenada).

⁷⁴ Embora, como nos noticia BERG (2015), apenas há cerca de quinze anos estudiosos da filosofia política começaram a discutir se a teoria deve partir de uma situação ideal, como fez Rawls, ou das condições reais do mundo atual.

Dito isso, convém lembrar algumas informações sobre a teoria não-ideal, já expostas no item 2.4.1. Assim, como afirmamos acima, a teoria não-ideal só surge depois de escolhida a concepção ideal de justiça, quando as partes passam a lidar com circunstâncias desfavoráveis e precisam definir princípios para enfrentar a injustiça com a qual se deparam (RAWLS, 2008, p. 305). A teoria não-ideal lida com vários tipos de problemas envolvendo injustiça, desde aqueles relativos a sociedades em condições desfavoráveis (sociedades não bem-ordenadas) até casos de “injustiça deliberada” (BERG, 2015), sendo que nesse último caso estudam-se questões relativas a crimes, desobediência civil, guerra, dentre outras. Ainda, segundo Kosgaard (1986, p. 17-18), a teoria não-ideal trataria inclusive de situações envolvendo indivíduos mentalmente incapacitados

Porém, também como já antecipado no item 2.4.1, Taylor utilizou um conceito mais restrito de teoria não-ideal em seu artigo *Ações Afirmativas Rawlsianas* (2009). Seu conceito é baseado nas ideias de cumprimento parcial dos princípios e condições desfavoráveis, o que são características de uma sociedade não bem-ordenada. Assim, quando se mencionar adiante teoria não-ideal, estar-se-á seguindo essa concepção mais restrita de Taylor, que é aquela de uma teoria aplicável a uma sociedade não bem-ordenada. Não serão abarcadas nas referências à teoria não-ideal outros casos em que ela, em tese, também se aplicaria (p. ex., direito penal, doutrina da guerra justa, dentre outros).

Em relação aos elementos caracterizadores dessa sociedade não-bem ordenada que exige a aplicação da teoria não-ideal, já os esboçamos anteriormente: são as ditas condições desfavoráveis, aquelas que impedem as pessoas de obedecerem, de forma estrita e geral, os princípios de justiça. Embora também não haja consenso sobre o que seriam tais condições desfavoráveis, pode-se entendê-las, de forma geral, como circunstâncias socioeconômicas que impedem a implementação plena das liberdades básicas previstas no primeiro princípio de justiça. Existem na literatura, ainda, referências a condições desfavoráveis mais específicas, como ausência de tradição política democrática e escassez de recursos materiais e humanos (RAWLS, 1999, p. 106)⁷⁵, severo subdesenvolvimento econômico (WENAR, 2013), governos autoritários e outras contingências históricas severas (TAYLOR, 2009, p. 479).

Exemplificativamente – e para finalizar a introdução ao argumento de Taylor que será abordado neste item –, poderia se dizer que a sociedade brasileira é do tipo não bem-

⁷⁵ Como dito em nota de rodapé no item 2.4.1, essa interpretação é feita a partir de uma afirmação de Rawls sobre condições desfavoráveis de sociedades “oneradas”, um termo usado especificamente em *Direito dos Povos* (1999) para tratar de países que necessitam de auxílio.

ordenada, exigindo a aplicação da teoria não-ideal. Para boa parte da população não foram implementadas as liberdades básicas do primeiro princípio de justiça. Além disso, há considerável número de indivíduos em situações de extrema pobreza ou, o que é mais comum, de muito baixo nível de escolaridade. O subdesenvolvimento econômico e educacional, na medida em que impede ou dificulta o cumprimento de normas legais ou morais, pode ser uma das condições desfavoráveis que impede a aplicação da teoria ideal. Para ser mais preciso, concordamos com Berg (2015, p. 18): não há no mundo real aquilo que Rawls chama de sociedade da teoria ideal. No Brasil, apenas se está muito mais distante dela do que em países desenvolvidos.

Portanto, estando claro que os argumentos deste item referem-se a uma sociedade não bem-ordenada, o que Taylor põe em discussão – muito oportunamente – é a pergunta sobre quais seriam as normas vigentes na teoria não-ideal. Essa pergunta é oportuna porque, como afirmamos, o mundo real é justamente o espaço da teoria não-ideal, e porque Rawls, como afirma mais de uma vez, concentrou seus esforços na teoria ideal⁷⁶.

Aproveitando-se do fato de que Rawls não define um sistema de normas para tratar dos casos abarcados pela teoria não-ideal⁷⁷, Taylor apresentará sua interpretação de como a TJE deve ser aplicada em condições não-ideais – e, com base em tais regras, vai avaliar quais categorias de AFs seriam compatíveis com a teoria *não-ideal*.

Inicialmente, Taylor (2009, p. 485) vai repetir a afirmação do próprio Rawls (2008, p. 668) de que, na teoria não-ideal, as regras de prioridade entre os dois princípios de justiça podem ser temporariamente suspensas. Já se tem uma grande modificação em relação à teoria ideal, pois, se não há prioridade do primeiro princípio, poderia em tese haver sacrifício de liberdades básicas para se promover bem-estar social. Ainda, na ausência dessas regras de prioridade da teoria ideal, Taylor dirá que deve passar a valer uma concepção *geral* de justiça, na qual os valores sociais (liberdades, renda e riqueza etc.) devem ser distribuídos igualmente, salvo se distribuição desigual beneficiar a todos.

Referido articulista também sustenta que nas condições não-ideais de uma sociedade em que há efeitos atuais de um passado discriminatório (como ocorre com o racismo na

⁷⁶ Assim, p. ex., no parágrafo 2º de *TJ* (o objeto da justiça), onde Rawls afirma que seu foco é principalmente a teoria da obediência estrita (teoria ideal), em oposição à teoria da obediência parcial (2008, p. 10),

⁷⁷ O tratamento dos casos da teoria não-ideal não é feito de forma sistemática na obra de Rawls, como observa Berg (2015). Na *Teoria da Justiça*, Rawls aborda algumas questões pontuais relativas à prioridade das liberdades básicas (2008, p. 670) da desobediência civil e da objeção de consciência (2008, p. 452-475). Bem mais tarde, em seu estudo sobre direito internacional (*Justiça dos Povos*), Rawls faz expressa referência à teoria não-ideal e às sociedades-oneradas (países em condições desfavoráveis).

sociedade norte-americana), torna-se inviável aplicar inclusive a prioridade interna do componente da igualdade formal sobre o componente da igualdade material (prioridade essa que Rawls nunca sustentou existir na teoria ideal, como vimos acima). Mais do que isso, Taylor chega a dizer que aplicar essa prioridade da igualdade formal significaria “debochar” da igualdade equitativa de oportunidades, pois impediria de se enfrentar ditos efeitos das discriminações do passado (2009, p. 486).

Para Taylor, portanto, não haveria regras de prioridade, e, diante da gravidade da situação (efeitos ainda vigentes de uma discriminação pretérita), as formas menos intervenientes de AFs, as das categorias 1 e 2, sequer seriam suficientes para compensar os indivíduos prejudicados pelos efeitos da discriminação. Por força dessa conclusão, ele cogita que talvez seja o caso de aplicar as formas mais fortes de ações afirmativas, ou seja, as AFs CA3 a CA5.

Contudo, nesse ponto de sua argumentação, Taylor dirá que, para avaliar efetivamente quais ações afirmativas seriam necessárias para corrigir efeitos de uma discriminação passada, e se elas seriam compatíveis com a TJE, a simples aplicação do critério geral de justiça não seria bastante. Seria necessário, sustenta o articulista, aprofundar-se no estudo da teoria não-ideal, sobretudo de seus objetivos e das restrições que ela impõe. Para isso, Taylor aproveita um estudo de Christine Korsgaard sobre Kant⁷⁸ e estabelece duas premissas importantes sobre a teoria não-ideal de Rawls.

Primeira premissa: o objetivo principal dessa parte da teoria (não-ideal) é conduzir a um estado de coisas em que possa ser aplicada a teoria ideal. Disso segue que as regras da teoria não-ideal devem ser vistas como instrumentais e temporárias, pois, uma vez atingido o estado de coisas almejado, passariam a se aplicar todas as regras da teoria ideal, inclusive as regras de prioridade.

Segunda premissa: apesar de a teoria não-ideal ser instrumental, isso não significa que justificará toda e qualquer medida para se atingir um estado de coisas, pois ela é sempre limitada e guiada pela teoria ideal.

Assim, Taylor dirá que a escolha das medidas a serem tomadas no cenário da teoria não-ideal será guiada antes pelos critérios objetivos da teoria ideal do que por razões práticas

⁷⁸ A citação de Taylor reporta-se à obra *Creating the Kingdom of Ends*, de Korsgaard, à qual não tivemos acesso, salvo ao sumário (via o site “googledocs”). Contudo, conseguimos verificar que essa obra é uma compilação de artigos de Korsgaard sobre ética kantiana, e logramos localizar o artigo que corresponde à citação de Taylor. Trata-se de *The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil*, no qual a mencionada autora, partindo da distinção de Rawls entre teorias ideal e não-ideal, desenvolve regras para adequar a teoria kantiana ao mundo real (ou seja, regras para uma teoria kantiana não-ideal).

de efetividade. Ainda na esteira da argumentação de Korsgaard, ele sustentará a existência de três critérios, oriundos da teoria ideal, que *restringem* as medidas da teoria não-ideal, a saber, (TAYLOR, 2009, p. 489-490):

i) o *primeiro critério* é a consistência das medidas com a concepção geral de justiça, que é simplesmente: as desigualdades só são aceitas se beneficiarem a todos. Dada sua amplitude, esse critério combina com grande variedade das medidas afirmativas;

ii) o *segundo critério* é que as medidas da teoria não-ideal devem refletir, preferencialmente, a ordem de prioridade da teoria ideal. Assim, primeiro deve-se tentar implementar as liberdades iguais para todos (primeiro princípio de justiça); depois, tentar se implementar o segundo princípio de justiça, observando-se a ordem de prioridade interna deste princípio (onde a IEO tem prioridade sobre o subprincípio de diferença);

iii) e o *terceiro critério* é impor às ações no âmbito da teoria não-ideal que sejam compatíveis - se não com o texto - ao menos com o “espírito” da teoria ideal. Assim, dentre as opções disponíveis, deveriam ser implementadas aquelas menos incompatíveis com a teoria ideal. P. ex., a desobediência civil é menos incompatível com a teoria ideal do que o conflito armado e violento, porque a primeira medida tem uma natureza mais próxima a valores liberais-democráticos, como autonomia e respeito às liberdades dos demais cidadãos.

Em relação ao último critério, antecipa-se que será o determinante na análise que Taylor fará sobre quais AFs são compatíveis com a TJE no âmbito da teoria não-ideal. Talvez por isso mesmo, o próprio articulista reconheça a dificuldade de estabelecer o significado preciso de “espírito” de uma teoria. De toda forma, ele sustenta que o descumprimento dos critérios elencados implicará uma tensão fatal entre a teoria ideal (com uma deontologia forte e bem delimitada) e a teoria não-ideal (que aceitaria medidas incompatíveis com a letra e o espírito da primeira).

Pois bem, fixados os três critérios para aplicação da teoria não-ideal, Taylor manuseará apenas o terceiro deles. Isso porque o primeiro critério em princípio aceita quase todas as ações afirmativas. E, em relação ao segundo critério, Taylor simplesmente dá por pressuposto que, mesmo na sociedade não bem-ordenada, todos teriam asseguradas as liberdades básicas do primeiro princípio⁷⁹.

Na argumentação que segue, portanto, Taylor analisa se as categorias fortes de AFs

⁷⁹ Não enfrentaremos aqui a questão de que essa presunção de Taylor não tem razão de ser, pois as condições desfavoráveis da teoria não-ideal podem implicar (e provavelmente implicam) violação a liberdades básicas garantidas pelo primeiro princípio de justiça. Basta pensar no caso de um governo autoritário, em que não há livre manifestação de pensamento nem direitos políticos igualitários.

(CA3 a CA5) seriam compatíveis com o espírito da teoria ideal.

Em relação à categoria 3 (ações afirmativas de apoio compensatório, como creches, monitoria, subsídios para estudo etc.), Taylor (2009, p. 491) lembra que a essência do subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades, na teoria ideal, é justamente permitir que todos possam competir eficazmente por cargos e posições na estrutura básica. E isso requer que as desigualdades de competição decorrentes de classe social, família, gênero, raça e cor sejam mitigadas por medidas como o suporte compensatório dado pelo Estado. Assim, ele conclui que as AFs da CA3 são compatíveis com o subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades e, portanto, compatíveis com o espírito da teoria ideal - embora não sejam compatíveis com “a letra” (o texto) do referido subprincípio, porquanto, como expusemos na seção anterior, Taylor entende que as AFs da CA3 violam a igualdade formal ao dar tratamento diferenciado baseado no gênero e na cor.

Sobretudo, no entendimento de Taylor, essas ações afirmativas da CA3 são compatíveis com a TJE em condições não-ideais porque visam apenas a igualar as condições materiais dos competidores, mas não direcionam nem modificam diretamente o resultado da competição. Ou seja, elas são compatíveis com a aquilo que Rawls chama de *justiça procedimental pura*: aquele tipo de justiça em que “não há um critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for”, desde que todas as regras do procedimento tenha sido observadas (RAWLS, 2008, p. 104)⁸⁰.

Esse, de fato, é o argumento mais forte de Taylor, e está bem resumido no seguinte excerto (2009, p. 493):

Em condições não-ideais, nós podemos violar a letra da prioridade interna da igualdade equitativa de oportunidades, que é o que as AFs da CA3 fazem, *mas não podemos violar o espírito da igualdade equitativa de oportunidades, o qual é sintetizado pelo seu puro procedimentalismo*: uma distribuição justa, aqui, é simplesmente aquilo que resulta de um procedimento justo, definido como aquele que neutraliza contingências sociais. (Grifo nosso).

Em relação às ações afirmativas das categorias 4 (bônus de pontuação) e 5 (cotas), contudo, Taylor entende que ocorre situação diversa daquela da CA3. Para Taylor, as AFs

⁸⁰ No glossário da obra de Freeman (2007, p. 480), ele refere que a ideia central da justiça procedimental pura é que o resultado de um procedimento justo, quando seguidas todas as normas desse procedimento, será necessariamente justo. Um exemplo é uma loteria: não há critério independentemente para dizer qual é o resultado justo, mas ele será sempre justo se forem seguidas as regras do jogo.

CA4 e CA5 violariam a TJE no cenário da teoria não-ideal, pois, segundo sua interpretação, tais políticas públicas direcionariam o procedimento de seleção para um resultado, seja aumentando a nota de integrantes de grupos específicos, seja reservando-lhe previamente vagas.

Ou seja, tais ações afirmativas (CA4 e CA5) não modificariam apenas os processos seletivos para igualar as condições de competição, elas modificariam diretamente o resultado dos processos seletivos, segundo um critério de resultado independente (favorecer integrantes do grupo beneficiário). Isso, no entendimento de Taylor, significaria violar a essência do princípio da igualdade equitativa de oportunidades (IEO), que, para referido articulista, seria a justiça procedimental pura (e esta última representaria o espírito da TJE).

Pois bem. Agora exporemos quatro contra-argumentos a essas colocações de Taylor sobre a suposta incompatibilidade das AFs CA4 e CA5 com a TJE, na teoria não-ideal.

O primeiro é bastante simples. Como vimos nas seções precedentes deste capítulo, interpretamos a TJE de forma que não existe incompatibilidade entre seus princípios e quaisquer ações afirmativas, mesmo no âmbito da teoria ideal. Logo, se estivermos corretos nessa interpretação, ficaria prejudicada toda a argumentação de Taylor relativa à incompatibilidade das AFs com a teoria não-ideal, pois, se há compatibilidade no âmbito da rigorosa teoria ideal, com mais razão ainda haverá compatibilidade de todas as AFs com a teoria não-ideal, porquanto esta última é uma versão muito menos exigente (em relação à aplicação dos princípios de justiça) que a teoria ideal. Prova dessa afirmação é que na teoria não-ideal as regras de prioridade entre os princípios podem ser suspensas, e liberdades básicas podem ser suprimidas (RAWLS, 2008, p. 668), o que nunca ocorre na teoria ideal.

O segundo contra-argumento também é simples, e recai especificamente sobre a alegação de que as AFs da CA4 (bônus de pontuação) interferem diretamente no resultado dos processos seletivos. Em verdade, conceder pontuação extra a determinados candidatos não determina, por si só, o resultado do processo seletivo. Pode ser, no máximo, um fator contributivo, uma concausa. Mas, mesmo assim, seria apenas uma concausa que neutralizaria uma diferença decorrente, por exemplo, do fato de alunos afrodescendentes terem recebido pior educação do que alunos brancos (lembrando que estamos na teoria não-ideal, onde ocorre esse tipo de situação). Além disso, Taylor argumenta que não se pode saber exatamente qual a pontuação necessária para corrigir uma desigualdade como essa, decorrente do pertencimento à determinada raça. Todavia, não é crível que não haja cálculo capaz de fazê-lo, bastando que

se manipulem os dados necessários de indivíduos representativos dos grupos minoritários e majoritários (p. ex., as médias dos alunos afrodescendentes e as médias dos alunos do grupo majoritário).

O terceiro contra-argumento já se refere ao cerne da argumentação de Taylor. Ele entende que, na falta de normas explícitas e sistemáticas para uma teoria não-ideal – e concordamos que Rawls (2008, p. 305 e p. 377) dá poucas diretrizes para a teoria não-ideal, como recapitularemos no final deste capítulo –, devem ser adotados os três critérios propostos por Christine Korsgaard, dentre os quais Taylor utiliza apenas o terceiro – consistente em compatibilidade das medidas com o “espírito” da teoria ideal.

Ora, nesse ponto, compartilhamos da crítica de Andrew Valls (2010, p. 10), no sentido de que se deve ser cético com argumentos invocando “o espírito” de uma teoria. Efetivamente, Taylor não embasa racionalmente sua eleição da justiça procedimental pura como representante do espírito da teoria ideal. Na verdade, bem sustenta Valls que, no contexto da teoria rawlsiana, o valor da equidade seria um candidato muito mais forte para o posto de representante do espírito da teoria ideal – pois a equidade aparece desde a posição original, em razão da simetria e isonomia dos agentes, e está presente de forma expressa no subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades.

Em reforço a esse contra-argumento, lembramos, com Berg (2015, p. 31), um ensinamento de Rawls: na teoria não-ideal, deve-se julgar a justiça das instituições pela medida em que elas se desviam da teoria ideal sem razão suficiente, e o julgamento desse desvio fica sobretudo a critério de *nossa intuição*. É evidente que intuição é um critério tão vago como “espírito” da teoria, mas também é razoável dizer que, no contexto da TJE, é possível *intuir* que a equidade tem um papel bem mais relevante do que a justiça procedimental pura.

Portanto, com esse terceiro contra-argumento, discordamos quanto à escolha de Taylor para o representante do espírito da teoria ideal.

Nosso quarto e último contra-argumento refere-se especificamente ao modo como Taylor interpreta a relação entre o subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades e a justiça procedimental pura. Dividimos esse contra-argumento em duas partes.

Como primeira parte de nossa objeção, entendemos que Taylor interpreta o conceito de justiça procedimental pura de forma descontextualizada, isto é, sem levar em conta outros argumentos importantes de Rawls sobre o tema. Isso porque, segundo o criador da TJE, só

podemos afirmar que existe um procedimento justo “contra o pano de fundo de uma estrutura básica justa”, que é aquela onde há “uma constituição política justa e uma organização justa das instituições sociais e econômicas” (RAWLS, 2008, p. 105). Com isso, entendemos que, para Rawls, só se pode constatar a existência da justiça procedimental perfeita em uma sociedade bem-ordenada e, portanto, no âmbito da teoria ideal. Logo, não faz o menor sentido exigir, como faz Taylor, o respeito à justiça procedimental pura no cenário da teoria não-ideal, onde, por definição, não há cumprimento integral dos princípios de justiça e, portanto, não há um pano de fundo de uma estrutura básica justa.

Como segunda – e principal – parte desse nosso quarto contra-argumento, entendemos que Taylor, em sua interpretação, dá uma dimensão exagerada ao papel da justiça procedimental pura. Veja-se que Taylor (2015, p. 492) apoia seu argumento no próprio texto de Rawls, o qual dedica uma seção inteira para explicar que “a função do princípio de oportunidades equitativas é garantir que o sistema de cooperação seja de justiça procedimental pura” (RAWLS, 2008, p. 105).

Isso é um problema a ser enfrentado. Na TJE, Rawls realmente atribui ao subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades a função de promover a justiça procedimental pura, como se pode ver na citação acima. Logo, no estudo de compatibilidade das ações afirmativas com a TJE, é preciso verificar se os processos seletivos concebidos por tais políticas públicas utilizam ou não critérios contrários à justiça procedimental pura.

Para responder a essa questão, o caminho inicial é compreender o mais precisamente possível o que Rawls quer dizer quando afirma que o subprincípio da igualdade equitativa de oportunidades tem como função assegurar que o sistema de cooperação seja de justiça procedimental pura.

Veja-se que a IEO é, em última instância, um critério para distribuição de cargos e posições sociais. A IEO, conforme Rawls (2008, p. 87-88), diz que os cargos e posições devem estar abertos a todos, sem discriminações injustificadas (igualdade formal), e que o Estado deve mitigar a influência das contingências socioeconômicas nas expectativas dos indivíduos, sobretudo fornecendo preparação de qualidade para todos (igualdade material). Uma vez que esses dois critérios estão preenchidos, simplesmente não importa qual vai ser o resultado dos processos seletivos. E é nessa exata medida que a IEO promove a justiça procedimental pura: se todos concordam que os critérios básicos são justos, e se eles foram cumpridos, o resultado será igualmente justo, seja lá qual for.

Ocorre que Rawls jamais diz quais são os critérios *de julgamento* que os processos seletivos devem adotar. Como vimos anteriormente, Rawls apenas exige que seja um critério relevante (vide discussão sobre mérito no item 2.4.2). Inclusive, Rawls expressamente ressalva que os dois princípios de justiça não oferecem diretrizes razoáveis em muitos casos envolvendo associações existentes no interior da estrutura básica, como igrejas e universidades (1993, p. 313). Logo, a escolha do critério de julgamento para processos seletivos não é definida de forma específica na TJE, e fica à disposição das instituições – as quais apenas não podem usar de critérios arbitrários. Desse modo, não há como interpretar (como faz Taylor) que um processo seletivo aberto a todos viole a justiça procedimental pura exclusivamente em razão do critério de avaliação adotado. A justiça procedimental pura é obtida independentemente do critério de seleção, pois ela se satisfaz apenas com processos abertos a todos e com igualdade material entre os competidores (aqui entendida no sentido estrito da teoria rawlsiana: fornecimento de educação de qualidade, independentemente de classe social).

Em suma, nosso quarto contra-argumento é que Taylor interpreta a justiça procedimental pura de modo equivocado, por ser descontextualizado do raciocínio de Rawls (que exige um pano de fundo justo, equivalente à teoria ideal), e, sobretudo, por atribuir à justiça procedimental pura uma dimensão muito maior do que ela realmente possui na TJE. Na nossa interpretação, a justiça procedimental pura satisfaz-se única e exclusivamente com o cumprimento integral dos princípios de justiça, os quais não definem critérios específicos de seleção nem impedem a adoção daqueles critérios baseados em raça, cor, gênero e etnia, ainda quando interferirem diretamente no resultado da seleção.

Freeman, interpretando o conceito de justiça procedimental pura, faz leitura que apoia nossa interpretação. Para Freeman (2007, p. 126) a justiça procedimental significa apenas que, quando os agentes cooperam de acordo com as regras das instituições sociais, qualquer resultado de distribuição de renda, riqueza e posições de autoridade será justo, desde que resulte do cumprimento das referidas regras.

Em conclusão, com base nos contra-argumentos acima, reputamos inválidos os argumentos de Taylor acerca da incompatibilidade das ações afirmativas das categorias 4 e 5 com a TJE no âmbito da teoria não-ideal.

Embora não seja o objetivo deste trabalho o estudo específico do denso tema da teoria não-ideal, cremos que em tal cenário devem se seguir as poucas diretrizes estabelecidas

claramente por Rawls (2008, p. 305 e p. 377): (i) as medidas a serem tomadas devem ser temporárias e instrumentais, visando à implementação das condições da teoria ideal; (ii) as medidas primeiras a serem tomadas são aquelas destinadas a corrigir as injustiças mais graves, caracterizadas como aquelas situações que mais se desviam da teoria ideal; (iii) e as regras de prioridade entre os princípios de justiça, vigentes na teoria ideal, devem servir de guia para a aplicação desses princípios às situações não ideais.

Essas poucas regras não geram, por si sós, incompatibilidade com qualquer ação afirmativa (de CA1 até CA5) no âmbito da teoria *não-ideal*, assim como, em nossa interpretação feita nas seções anteriores, as regras da teoria *ideal*, embora não fundamentem ações afirmativas, também não geram, por si sós, qualquer incompatibilidade com tais políticas públicas.

CONCLUSÕES

Ao início deste trabalho, propusemos o seguinte problema: existe incompatibilidade entre a teoria da justiça como equidade e as ações afirmativas? Nossas hipóteses iniciais para essa pergunta eram: (i) de que as ações afirmativas não estariam previstas na teoria da justiça como equidade e, em geral, não poderiam ser simplesmente derivadas dela; e (ii) que, apesar disso, não haveria incompatibilidade entre a TJE e as AFs.

Nosso objetivo amplo era, independentemente da confirmação ou não das hipóteses, demonstrar que não há espaço para associações paroquiais entre a TJE e as AFs, pois há argumentos relevantes que devem ser enfrentados sobre a compatibilidade entre essas ideias, sobretudo aqueles argumentos tocantes à distinção entre teoria ideal e não-ideal. O objetivo específico era responder à pergunta contida no problema, verificando as hipóteses levantadas, pela revisão da literatura e análise de argumentos.

Visando a atingir esses objetivos, seguimos o caminho que passamos a, resumidamente, recapitular.

No primeiro capítulo, foram apresentados alguns conceitos que consideramos básicos para a compreensão geral da teoria da justiça como equidade. Iniciou-se com indicação de uma cronologia básica das obras essenciais para compreender o conceito rawlsiano de justiça como equidade; depois (item 1.1) registrou-se que a TJE surgiu como um contraponto ao utilitarismo, tratando-se de uma doutrina teleológica, por não estabelecer um bem supremo como critério fixo de justiça. Mencionou-se, a seguir (item 1.2), que a TJE é uma teoria *construtivista objetivista*, pois propõe um procedimento hipotético para determinar quais principais de justiça devem reger a estrutura básica da sociedade (item 1.3), a qual organiza o alicerce da vida cooperativa. No item 1.4, indicou-se que nesse procedimento hipotético os princípios de justiça são escolhidos por agentes idealizados, com faculdades morais e racionais, interagindo na chamada posição original, onde há igualdade, garantida pela simetria entre todos, e imparcialidade, esta última garantida pelo véu da ignorância – recurso que priva os agentes de informações que pudessem lhes dar poder de barganha e orientar sua vontade à busca de privilégios pessoais. Ainda no item 1.4, ressaltou-se que, sob o véu da ignorância, os agentes na posição original desconhecem sua raça, classe social, etnia e gênero, assim como detalhes específicos da história de sua sociedade, de modo que não poderiam usar tais informações para conceber ações afirmativas.

Adiante (item 1.5), expôs-se o conteúdo dos dois princípios de justiça, os quais devem ser aplicados em uma sequência de quatro estágios. Em linhas gerais, o primeiro princípio de justiça garante um sistema amplo de liberdades fundamentais; e o segundo princípio exige que desigualdades socioeconômicas estejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e, simultaneamente, representem o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Destacou-se, ao fim do primeiro capítulo (item 1.6), que existe uma prioridade do primeiro princípio sobre o segundo, protegendo as liberdades básicas, muito embora cada liberdade seja apenas formal, diferentemente de seu valor, o qual deve ser implementado pelo princípio da diferença, o qual se encarrega de permitir que os menos favorecidos tenham bens primários (que aumentam o valor das liberdades) em quantia maior que teriam em qualquer outro arranjo distributivo.

No segundo capítulo, após considerações metodológicas e introdutórias (item 2), apresentamos nosso conceito de ações afirmativas (item 2.1). Nesse item, também indicamos as três finalidades principais dessas políticas públicas – promoção da igualdade de oportunidades; compensação de injustiças históricas; e promoção da diversidade – e referimos ser importante dividir a análise da compatibilidade entre a teoria de Rawls e as AFs em dois tipos de argumento: os argumentos baseados na compatibilidade de finalidades (aquilo que as AFs querem produzir); e os argumentos baseados na compatibilidade de meios (aquilo empregado para se atingir as finalidades das AFs). Após, apresentamos a taxonomia das ações afirmativas adotada por Robert Taylor e utilizada neste trabalho (item 2.2), baseada no grau de intervenção nos processos seletivos, onde CA1 (punição para discriminações) é a categoria menos interventiva e CA5 (cotas) é categoria mais interventiva.

A seguir, todos os itens subsequentes foram dedicados à verificação das hipóteses iniciais, pela análise de uma série de argumentos de possível incompatibilidade entre as ações afirmativas e a TJE. Na primeira série de argumentos, itens 2.3.1 e 2.3.2, foi realizada uma reconstrução do raciocínio de Rawls que dá origem aos dois princípios de justiça da TJE.

No item 2.3.1, abordou-se o primeiro princípio de justiça, lembrando inicialmente que ele possui características eminentemente liberais, pois protege liberdades fundamentais e lhes dá prioridade em relação ao segundo princípio de justiça. Chegou-se, em síntese, às seguintes conclusões neste item:

- i) as liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro constam de um rol restrito, o

qual não contempla o direito de acesso ao ensino superior ou ao mercado de trabalho. E isso impede, portanto, que tais liberdades fundamentais do primeiro princípio sejam invocadas como fundamentação para as AFs;

ii) as liberdades fundamentais, na teoria ideal, não aceitam limitação por medidas de cunho social, pois tem status especial e prioridade sobre o segundo princípio, de modo que a TJE é incompatível com o tipo específico de argumentação de que as liberdades básicas podem ser limitadas por motivos de conveniência social, ou bem-estar geral, ou promoção de certos valores sociais. Isso não significa, contudo, que haja incompatibilidade entre a TJE e as AFs, pois estas podem ser implementadas desde que não violem, por seus meios ou fins, as liberdades básicas. Não identificamos qualquer AF, dentre aquelas classificadas no item 2.2, que viole as liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio;

iii) as liberdades básicas do primeiro princípio são apenas formais na teoria rawlsiana, e as condições para o gozo de seu valor máximo não podem ser exigidas do Estado. Tais condições devem ser implementadas, ao longo do tempo, pela atuação do segundo princípio de justiça. Logo, nenhuma ação afirmativa pode se fundamentar em exigência de implementação do valor das liberdades pelo Estado, porquanto a teoria de Rawls atribui ao princípio de diferença a incumbência dessa implementação.

No item 2.3.2, analisou-se o segundo princípio de justiça. Recapitulou-se, inicialmente, que ele divide-se em dois subprincípios: o *subprincípio de diferença* (PD) e a *igualdade equitativa de oportunidades* (IEO), sendo que esta última (IEO) possui dois componentes: a igualdade *formal*, que apenas impede discriminações arbitrárias em processos seletivos; e a igualdade *material* (ou substancial), que apenas exige do Estado que mitigue a influência de condições socioeconômicas nas expectativas dos indivíduos, sobretudo pela educação de qualidade para todos. Por outro lado, como Rawls reconhece ser impossível obter-se igualdade plena de condições – pois os talentos naturais, a família e a classe sempre variarão –, e como ele entende que as desigualdades advindas desses fatores arbitrários são amorais, Rawls entrega ao princípio da diferença o papel de fazer com que essas desigualdades inevitáveis revertam sempre em benefício dos “menos favorecidos”, conceito que não leva em conta raça, gênero ou etnia (logo, não se refere aos grupos ordinariamente abarcados pelas ações afirmativas). Dentre as conclusões do item 2.3.2, destacam-se as três abaixo:

i) as únicas diferenças, aceitas pela IEO, que Rawls reconhece que merecem ser

compensadas são as diferenças de talento natural e as contingências socioeconômicas (família, classe social etc.). Ele não menciona diferenças de raça, de gênero, etnia ou baseadas em efeitos de injustiças do passado;

ii) o meio de compensar as diferenças referidas acima não é aumentando a representação em cargos ou posições dos grupos sub-representados, mas, sim, a aplicação do subprincípio de diferença, que atua especificamente para aumentar as expectativas dos menos favorecidos – posição social esta que é definida apenas pelo índice de bens primários a ela associada, e nunca com base e raça, gênero, etnia;

iii) e não há motivos razoáveis para crer que, na posição original, qualquer princípio de justiça fosse concebido para tratar da questão das ações afirmativas, diante da limitação que os contratantes têm sobre suas características pessoais e sobre os fatos históricos de sua sociedade.

Também se afirmou, ao final do item 2.3.2, que as conclusões acima não significam incompatibilidade, mas significam apenas que a TJE não permite fundamentar, por si só, as ações afirmativas.

Após, ingressou-se na análise de argumentos especificamente apresentados por Robert Taylor no artigo *Ações Afirmativas Rawlsianas* (2009).

No item 2.4.1, abordou-se a importante distinção feita por Rawls entre teoria ideal e teoria não-ideal. Explicou-se que a teoria da justiça, em seu espectro ideal, focou-se em criar princípios para regular uma sociedade *bem-ordenada*, que é aquela na qual há obediência estrita às normas (todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça) e existem condições favoráveis, como a satisfação das necessidades materiais básicas dos indivíduos. A partir disso, apresentamos o argumento de Taylor de que, na sociedade bem-ordenada da teoria ideal, não existiria discriminação generalizada de qualquer natureza, sobretudo as baseadas em raça, gênero e etnia, e, portanto, não seriam necessárias as AFs da categoria 2 até a categoria 5. Concluímos, contudo, pela invalidade desse argumento de Taylor, basicamente levantando hipóteses em que, mesmo em uma sociedade bem-ordenada, haveria discriminação ou, pelo menos, motivo para aplicação das ações afirmativas para promoção do valor da diversidade.

No item 2.4.2, analisamos o argumento em que Taylor afirma que, além das duas regras de prioridades expressamente previstas por Rawls, haveria uma terceira regra de prioridade, implícita na teoria ideal: da igualdade *formal* sobre a igualdade *material* (ambas

componentes do subprincípio da IEO). Uma vez reconhecida tal prioridade, argumenta Taylor, nenhuma ação afirmativa poderia violar a igualdade formal, ainda que seja em nome de promover a igualdade material. Para ele, as AFs CA3 até CA5 violariam a igualdade formal e, portanto, seriam incompatíveis com a TJE. Concluimos, contudo, serem inválidos os argumentos que sustentam essa conclusão de Taylor, em razão, basicamente, de três contra-argumentos.

Primeiro, porque, a nosso ver, não existe terceira regra de prioridade na TJE. O método de Rawls é enunciar expressamente as prioridades existentes em sua teoria. Logo, não havendo motivo para se acreditar que Rawls tenha inserido uma regra implícita, ou esquecido de enunciar uma regra expressa, concluimos que o raciocínio de Taylor é incompatível com o método de sistematização de Rawls. Em segundo lugar, constatamos que o argumento de Taylor reduz o conceito de igualdade formal à vedação absoluta de qualquer tipo de tratamento preferencial. Porém, sustentamos que a igualdade formal não pode ser entendida como impeditiva de qualquer tratamento diferenciado. Pelo contrário, ela deve ser entendida como a necessidade de dar tratamento igual a pessoas iguais e tratamento distinto a pessoas que possuam distinções relevantes entre si, na proporção dessas distinções, conforme o conceito aristotélico e jurídico de igualdade. E, em terceiro e último lugar, afirmamos que Rawls nunca vinculou a TJE a qualquer critério específico para o julgamento de processos seletivos, mas apenas exigiu que ninguém fosse barrado de forma injustificada. Portanto, a TJE, em nossa opinião, não traz impedimento para que raça, gênero ou etnia sejam considerados parte do critério de mérito para a tomada de decisão em processos seletivos.

Por fim, no item 2.4.3, analisamos o último argumento de Taylor, pelo qual ele afirma que as AFs, na teoria não-ideal, devem respeitar o “espírito” da teoria ideal. Iniciamos este item recapitulando algumas informações relevantes sobre os conceitos de teoria não-ideal e sociedades não bem-ordenadas (destacando que são conceitos pouco analisados no Brasil). Ainda na introdução desse item, defendemos a posição de que as ações afirmativas, em geral, devem ser analisadas à luz da teoria não-ideal, pois esta última trata justamente de vários tipos de problemas envolvendo injustiça, desde aqueles relativos a sociedades em condições desfavoráveis (sociedades não bem-ordenadas) até casos relativos à desobediência civil, guerra, dentre outros. Ressalvamos, contudo, que o argumento da diversidade poderia ser invocado mesmo em uma sociedade bem-ordenada, isto é, no âmbito da teoria ideal, como já exposto na parte final do item 2.4.1.

Feitas essas observações introdutórias ao item 2.4.3, expusemos o argumento de Taylor segundo o qual, na teoria não-ideal, os princípios de justiça não se aplicariam da mesma forma que na teoria ideal, pois a regra de prioridade entre os princípios poderia ser temporariamente suspensa, em razão de condições adversas de uma sociedade não bem-ordenada. Em razão disso, diz Taylor, seria preciso conceber normas específicas para a teoria não-ideal. E ele faz isso com apoio em Korsgaard (1986), indicando que a teoria não-ideal é regida por duas diretivas básicas: (a) ela é instrumental e temporária, no sentido de que suas ações devem sempre se dirigir à construção de uma sociedade bem-ordenada; e (b) e suas ações devem sempre ser limitadas e guiadas pelas normas da teoria ideal, ainda que de forma aproximada.

Em razão da diretiva (b), Taylor argumenta que as ações tomadas na teoria não-ideal devem sempre ser compatíveis com o “espírito” da teoria ideal. Como representante do “espírito” da teoria ideal, referido articulista elege aquilo que Rawls chama de “justiça procedimental pura”, o tipo de justiça onde não há critério independente para o resultado correto, mas apenas um procedimento correto ou justo que, após devidamente cumprido, gera um resultado igualmente correto ou justo.

Com base nesse argumento, Taylor analisa se as AFs mais fortes, as das categorias 3 a 5, seriam compatíveis com o espírito da TJE - ele nem analisa a CA1 e a CA2, pois as considera insuficientes para resolver o problema de discriminação em uma sociedade não bem-ordenada. Em sua análise, Taylor conclui que, na teoria não-ideal, apenas as AFs da CA3 seriam compatíveis com o espírito da TJE. Em relação às CA4 (bônus de pontuação) e CA5 (cotas), ele sustenta que elas direcionariam o procedimento para um resultado determinado, o que é proibido pela justiça procedimental pura. Em razão disso, Taylor entende que as AFs CA4 e CA5 seriam incompatíveis com o espírito da TJE.

Afirmamos, então, que os argumentos de Taylor, relativos ao “espírito” da TJE, são inválidos em razão de quatro contra-argumentos.

Primeiro, porque já havíamos afirmado a compatibilidade de todas as AFs com a TJE mesmo no âmbito da rigorosa teoria ideal (nos itens 2.4.1 e 2.4.2), de modo que, conseqüentemente, haveria compatibilidade também com a teoria não-ideal, porquanto esta última é uma versão menos exigente (quanto à aplicação dos princípios) da primeira.

Segundo, porque especificamente as AFs da CA4 – que Taylor entende que direcionariam o resultado das seleções –, na verdade, apenas usam o bônus de pontuação

(conforme raça, etnia, gênero etc.) como parte do critério decisório, sendo, no máximo, uma concausa ao resultado.

Terceiro, porque discordamos que a justiça procedimental pura seja a melhor representante do “espírito” da TJE em sua forma ideal, inclusive porque o valor da equidade, por ter presença muito mais intensa, seria um candidato mais forte a tal representação.

E, em quarto lugar: porque Taylor interpreta a justiça procedimental pura de modo equivocado, seja porque (a) a interpretação do referido articulista é descontextualizada do raciocínio de Rawls (que exige um pano de fundo justo, só existente na teoria ideal), seja porque (b) a interpretação de Taylor extrapola a dimensão que a justiça procedimental pura realmente possui na TJE, pois, na nossa interpretação, (b.1) a justiça procedimental pura satisfaz-se única e exclusivamente com o cumprimento integral dos princípios de justiça; (b.2) Rawls jamais diz quais são os critérios de julgamento que os processos seletivos devem adotar, exigindo apenas que sejam critérios relevantes; e (b.3) nenhum dos princípios de justiça impede, de antemão, a adoção de critérios de seleção baseados em raça, gênero e etnia, nem mesmo quando tais critérios interferirem diretamente no resultado da seleção.

Finalizamos o item 2.4.3 com a conclusão de que, à luz dos contra-argumentos que expusemos, são inválidas as conclusões de Taylor acerca da incompatibilidade das ações afirmativas das categorias 4 e 5 com a TJE no âmbito da teoria não-ideal, e sinalizamos que a teoria não-ideal deve ser regida pelas poucas regras estabelecidas claramente por Rawls (2008, p. 305), quais sejam: (i) as ações tomadas devem ser temporárias e instrumentais, visando à implementação das condições necessárias à aplicação da teoria ideal; (ii) primeiramente devem ser tomadas as medidas destinadas a corrigir as injustiças mais graves, definidas pelo maior grau de desvio da teoria ideal; (iii) e as regras de prioridade entre os princípios de justiça, vigentes na teoria ideal, devem servir de guia para a aplicação desses princípios às situações não ideais.

Sustentamos que, seguindo essas regras básicas, nenhuma ação afirmativa seria incompatível com a TJE no âmbito da teoria não-ideal.

Em suma, da recapitulação do caminho percorrido nesta dissertação, concluímos que as hipóteses previstas na introdução foram confirmadas, de modo que podemos afirmar que as ações afirmativas não estão previstas na TJE e não podem ser simplesmente derivadas dela, mas, apesar disso, tais políticas públicas não são incompatíveis com a teoria da justiça como equidade.

Evidentemente, podem existir ainda outros argumentos de incompatibilidade não enfrentados neste estudo. Mas aqueles que trouxemos à discussão serviram para que fossem atingidos os objetivos deste trabalho, sobretudo o objetivo mais amplo, que era justamente conferir uma perspectiva de profundidade ao debate, e evitar associações paroquiais entre as duas ideias. Por exemplo, após o trabalho realizado, estamos convictos de que o estudo da teoria rawlsiana, se for dirigido ao enfrentamento de problemas sociais, exige do pesquisador a abordagem da complexa questão envolvendo a distinção entre teoria ideal e não-ideal, tarefa que almejamos realizar futuramente, quiçá no âmbito do doutorado.

Para finalizar, voltamos a Henry David Thoreau, com cujas palavras iniciamos a fundamentação desta dissertação (2011, p. 59):

Ao acumularmos riquezas para nós mesmos ou para nossa posteridade, ao fundarmos uma família ou um Estado, ou mesmo ao adquirirmos fama, somos mortais; porém, ao lidarmos com a verdade tornamo-nos imortais e não precisamos temer mudanças ou acidentes.

Com efeito, lidar com a verdade orientou-nos na presente pesquisa, mas também orientou-nos o ensinamento de Carlos Drummond de Andrade (2002), para quem a verdade nunca se mostra inteira, mas apenas em partes, e cada um opta por um pedaço dela, conforme “seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

Portanto, não almejamos encontrar a verdade absoluta sobre nada do que aqui se tratou, esperamos tão somente ter contribuído para trazer à luz alguns argumentos cujo enfrentamento, ainda tímido em nosso país, consideramos indispensável para o avanço do debate sobre ações afirmativas e teoria da justiça como equidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. Poema “Verdade”. In: **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

ARNSPERGER, Christian. VAN PARIJS, Philipe. **Ética Econômica e Social**. São Paulo: Loyola, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça Distributiva e Aplicação do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BERG, Amy Elizabeth. **Studies in Ideal and Non-Ideal Theory**. Tese. (Doutorado em Filosofia)-Universidade da Califórnia, San Diego, EUA, 2015. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/9wc8c0c4>>. Acesso em: 31 dez. 2016.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 16 fev. 2017.

CANTO-SPERBER; OGIEN, Ruwen. **Que devo fazer? A filosofia moral**. São Leopoldo, Unisinos, 2004.

COUGHLAN, Sean. “Para aumentar diversidade, universidade britânica decide facilitar ingresso de alunos de baixa renda”. **BBC Brasil**, 15 dez. 2016. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38306120>>. Acesso em 28 dez. 2016.

DALSOTTO, Lucas Mateus. Os limites da teoria de John Rawls: uma teoria política e não metafísica. In: XVI Encontro ANPOF, 2014, Campos do Jordão/SP. **Coleção Justiça e direito**. São Paulo, 2015, disponível em <http://www.anpof.org/portal/images/Colecao_XVI_Encontro_ANPOF/Justia_e_direito.pdf>. Acesso em 12 fev. 2017.

DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. **Metaética: algumas tendências**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friederich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Editora Routledge. Taylor e Francis e-Library: 2007. Disponível em <https://cdn.preterhuman.net/texts/thought_and_writing/philosophy/rawls.pdf>. Acesso em 15 dez. 2016.

FULLINWIDER, Robert. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2014. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/affirmative-action/>>. Acesso em 07 set. 16.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GUTIÉRREZ, Carlos B. Ackerman contra Rawls: Del velo de ignorancia a la ciencia ficción. Ilusiones sistémicas liberales. In: ROHDEN, Valério (Org.). **Ética e Política: IV Colóquio Teuto-Latino-Americano de Filosofia**. Porto Alegre: Editora UFRGS, Goethe-Instituto/ICBA, 1993.

HABERMAS, Jurgen. Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. **The Journal of Philosophy**, vol. 92, n. 3, p. 109-131, mar.1995. Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-362X%28199503%2992%3A3%3C109%3ARTTPUO%3E2.0.CO%3B2-P>>. Acesso em 03 jan. 2017.

HART, H. L. A. Rawls on liberty and its Priority. In: RICHARDSON, Henry (Org.). **The two principles of justice as fairness**. New York: Harvard University, 1999.

JÚNIOR, João Feres; e CAMPOS, Luiz Augusto. Liberalismo igualitário e ação afirmativa: Da teoria moral à política pública. **Revista de sociologia e política**, vol. 21, n. 48, p. 85-99, dez. 2013.

KERSTING, Wolfgang. Justiça Distributiva e Liberalismo Político. In: HENNIGFELD, Jochem; e JANSOHN, Heinz (org). **Filósofos da atualidade: uma introdução**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

KORSGAARD, Christine. The right to lie: Kant on dealing with evil. **Philosophy and Public Affairs**, vol 15, n. 4, p. 325-349, 1986. Disponível em <<https://dash.harvard.edu/handle/1/3200670>>. Acesso em 30 dez. 2016.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1973.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de Ética: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MATTHEW. D. C., Rawlsian Affirmative Action: A Reply to Robert Taylor. **Critical Philosophy of Race**. Penn State University Press, vol. 3, n. 2, p. 324-343, 2015. Disponível em <<https://muse.jhu.edu/article/587988/pdf>>. Acesso em 12 fev. 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 1, p. 79-83, 1993.

- MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- NAGEL, Thomas. John Rawls and Affirmative Action. **The Journal of Blacks in Higher Education**, n. 39, p. 82–84, 2003. Disponível em <www.jstor.org/stable/3134387>. Acesso em 23 out. 2016.
- NAGEL, Thomas. Rawls on Justice. **The Philosophical Review**, vol. 82, n. 2, p. 220-234, abr. 1973. Disponível em <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/nagelonRawlsonjustice.pdf>>. Acesso em 22 out. 2016.
- NORMAN, Daniels. Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty. In: RICHARDSON, Henry (Org.). **The two principles of justice as fairness**. New York: Harvard University, 1999.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PISCITELLI, Rui Magalhães. **O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Luterana do Brasil, Canoas, RS. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp054044.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2016.
- POGGE, Thomas Winfried Menko. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University Press, 2007.
- RAWLS, John. **The law of peoples; with The idea of public reason revisited**. Harvard University Press, 1999. Disponível em <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/202338/mod_folder/content/0/1-%20Rawls,%20John.%201999.%20The%20Law%20of%20Peoples?forcedownload=1>. Acesso em 03 jan. 2017.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000a.
- RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SHAFER-LANDAU, Russ. **Moral Realism: a defence**. New York: Oxford University Press, 2003.

TAYLOR, Robert S. Rawlsian Affirmative Action. **Ethics**, vol. 119, p. 476-506, abr. 2009
Disponível em:
<<http://polisci.ucdavis.edu/people/rstaylor/homepage/papers/Affirmative%20Action.pdf>>.
Acesso em 12 out. 2014.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Porto Alegre: L&PM, 2011.

UCHOA, Pablo. “Nos EUA, cotas são ilegais, mas universidades adotam ações afirmativas”.
BBC Brasil, Brasil, atualizado em 25 abr. 2012. Disponível em
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/04/120425_eua_cotas_pu_ac>. Acesso em 28 dez. 2016.

VITA, Álvaro de. **A Justiça Igualitária e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WEBER, Thadeu. A ideia de um ‘mínimo existencial’. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 54, n.127, p. 197-210, jun. 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>>. Acesso em 16 fev 2017.

WENAR, Leif. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2013. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/rawls/>>. Acesso em 30 dez. 2016.