

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Franklin Vinícius Marques Dutra

AÇÕES AFIRMATIVAS E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Belo Horizonte

2019

FRANKLIN VINÍCIUS MARQUES DUTRA

AÇÕES AFIRMATIVAS E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.

Área de estudo: Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante.

Coorientador: Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli.

Belo Horizonte

2019

D978a Dutra, Franklin Vinícius Marques
Ações afirmativas e a teoria da justiça de John Rawls / Franklin
Vinícius Marques Dutra. – 2019.

Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante.
Coorientador: Leandro Martins Zanitelli.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Direito - Filosofia – Teses 3. Equidade – Teses
4. Justiça (Filosofia) – Teses 5. Rawls, John, 1921-2002 6. Taylor,
Robert S. I.Título

CDU 340.12

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

FRANKLIN VINÍCIUS MARQUES DUTRA

AÇÕES AFIRMATIVAS E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Dissertação apresentada e considerada APROVADA junto ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito (área de concentração: Direito e Justiça).

Belo Horizonte/MG, 08 de fevereiro de 2019.

Banca examinadora:



Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais



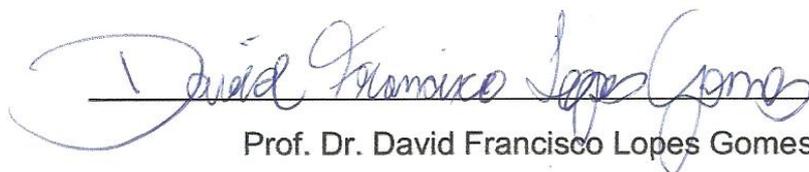
Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (coorientador)

Universidade Federal de Minas Gerais



Prof. Dr. Denilson Luís Werle

Universidade Federal de Santa Catarina



Prof. Dr. David Francisco Lopes Gomes

Universidade Federal de Minas Gerais



Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (suplente)

Universidade Federal de Minas Gerais

Para Ana Luísa de Navarro, com todo meu amor
e admiração.

AGRADECIMENTOS

É difícil acreditar que se passaram apenas dois anos desde aquela primeira aula do mestrado (uma sexta-feira). Ainda mais inacreditável é o quanto tive a sorte de conhecer e trabalhar com pessoas tão brilhantes quanto dispostas a transmitir e, portanto, multiplicar o conhecimento. Toda obra é coletiva e aqui seguem os agradecimentos aos coautores desta.

Ao longo de minha formação acadêmica, fiz não apenas colegas de trabalho, mas amigos verdadeiros. Certamente correndo o risco de esquecer alguém, quero agradecer especialmente a Yago Condé (o rawlsiano mais de esquerda do Brasil), Stephanie Alves, André Matos, Pâmela Côrtes, Naiana Magrini, Tiago Clemente, Magno Assumpção, Robson Reis, Vinícius Faggion, Lucas Paulino, Igor Enríquez, Christina Brina, Mirlir Cunha, Alex Lamy, Henrique Noya, Marina Marinho, João Leonardo, Rodrigo Dornas, Bárbara Duarte, Deivide Ribeiro, Kívia Bueno, Stefany Despinoy, Daniel Galvão, Danilo Peixoto, Igor Britto, Lorena Silva, Rayann Massahud, enfim, além de tantas outras pessoas que sempre foram tão generosas comigo.

Completos setes anos que frequento a “vetusta casa da Afonso Pena,” quero agradecer a cada um dos professores que tive. Sei que todos tiveram um papel na minha formação. Por sua vez, gostaria de me direcionar especialmente a alguns deles.

Lembro bem a primeira vez que me encontrei com meu orientador, professor Thomas Bustamante (UFMG), para pedir que ele me orientasse em um projeto de iniciação científica voluntária. Ainda tenho comigo o “projeto” que apresentei a ele. Sentamos em uma mesa perto da vitrine da extinta livraria *Pergamum*, em uma tarde quente de 2012. Não é de surpreender que eu me propus, naquela ocasião, a estudar o Rawls e que, em contrapartida, Thomas me aconselhou a estudar o Dworkin. Ao longo desses anos, aprendi mais com o Thomas do que posso compreender. Jamais conseguirei retribuir o que ele fez e significa para mim, mas, se algum dia eu puder fazer na vida de um aluno metade do que o Thomas fez para mim, estarei satisfeito.

Não sei nem por onde começar para falar do professor Leandro Zanitelli (UFMG), também meu orientador neste trabalho. Ainda tenho a vívida imagem desse moço esguio e simpático entrando no auditório ao fim de uma reunião do Grupo de Estudos em Filosofia Política em 2015 e de nossa conversa sobre o que o grupo estava lendo no semestre e como poderíamos começar a trabalhar juntos. Desde então, não paramos mais. Desenvolvemos uma amizade tão profunda quanto espero que seja duradoura. Tem algo de especial em passar uma tarde ouvindo o Leandro contar uma história sobre o Grêmio. Que ainda haja muitas viagens e que possa contar contigo para dividirmos o hotel.

O ano de 2017, quando entrei no mestrado, também foi o ano em que os professores David Gomes e Thiago Decat entraram para o corpo docente da UFMG. Que sorte a minha. Aprendo constantemente no contato com eles. As horas de debate franco e desafiador que tive com o David e a interlocução ao longo da construção do argumento desta dissertação são inestimáveis para mim.

Não posso deixar de explicitar meus agradecimentos ao prof. Márcio Luís de Oliveira (UFMG), que tão gentilmente me supervisionou em meu estágio de docência ao longo de todo o ano de 2018. Fica aqui também meu agradecimento pessoal ao prof. Giordano Bruno (UFMG), que sempre me arruma tempo para um conselho, por mais atarefado que esteja. Além deles, agradeço aos comentários construtivos do professor João Feres Júnior (UERJ) na minha banca de qualificação, assim como ao professor Onofre Batista (UFMG). Finalmente, meu muito obrigado ao professor Kenneth Himma pelo seu apoio e incentivo desde antes do processo seletivo do mestrado, ao professor Saulo de Matos (UFPA) pela interlocução tão sincera, ao professor Bruno Camilloto (UFOP) pela parceria nas Serras de Minas e ao professor Denilson Werle (UFSC) pela atenção e disposição em compor a banca desta dissertação e por seus valiosos comentários a respeito do texto.

Um dos pontos altos dessa caminhada foi a oportunidade de trabalhar na Faculdade Santo Agostinho, *campus* Sete Lagoas. Gostaria, portanto, de agradecer muito calorosamente à diretora, profa. Amélia Rodrigues, ao coordenador, prof. Alvaro Cruz, além dos alunos e demais colegas de trabalho, com quem tanto aprendo todos os dias, especialmente os professores Cláudio Diniz e Emília Lima (companheiros do FIPODDE), Lucas Botelho, Guilherme Pinheiro, Deílton Brasil, Antônio Scopel, Jordano Azevedo e de todo o corpo de funcionários da instituição.

Também gostaria de direcionar meus agradecimentos a todos que compõem o Centro Judicial de Conciliação e Cidadania da Justiça Federal de primeiro grau em Belo Horizonte/MG, em especial a Ana Carolina Jorge, Amílito Torres, Haroldo Ferri, Maria Ângela e as minhas queridíssimas Soninha e Inis Ferreira.

Em um momento de tanta alegria e emoção, preciso agradecer à família que escolhi, meus grandes amigos Arthur Rocha, Rodolfo Ignácio, Hesick Lênio, Rafael Alves, Daniel Guimarães, Larissa Cunha, Rodrigo Lara, Júlia Arruda e todas aquelas pessoas que fazem a cidade menina de Abaeté/MG o lugar mais especial do mundo.

A todas as pessoas da minha família que têm me apoiado e sido essenciais nessa caminhada, meu muito obrigado, especialmente a minha mãe Anilde, por toda a compreensão, a minha irmã Francielle, que é meu orgulho, além de Nivaldo, Pedro, Margarida, Anilson, Fabiana, Pepê e Cacá.

Em uma das paredes da faculdade de direito da UFMG está escrito: “Não existe amor na faculdade.” Não poderia discordar mais. A Ana não apenas me reconforta, mas também nunca me deixa ser menos que o melhor que posso ser. Ela tem sido parte essencial da minha vida, colorido meus dias de amarelo e me acolhido em seus abraços sempre que preciso. Recentemente, os desafios que a vida apresentou a ela mostraram que mulher forte e corajosa subjaz toda aquela doçura e ternura. Realmente faltam as palavras para expressar meu amor, minha admiração e meu agradecimento a você, Lindinha, e também a sua família, especialmente a Jackson, Zânia e Zenilca, que sempre me receberam tão bem.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Agradeço também pelo financiamento que recebi do programa de pós-graduação em direito da UFMG e que possibilitou minha participação no III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política em Curitiba. Aproveito a ocasião também para agradecer a todos servidores e funcionários que movem a faculdade, em especial aos que trabalham na secretaria da pós.

Agradeço, finalmente, a todos que não se calam diante da injustiça e que se prestaram a canalizar argumentativamente esse sentimento, contribuindo para a formação de uma sociedade, se não mais justa, pelo menos mais consciente de seus problemas. É essa a proposta deste trabalho.

No fundo, todos temos necessidade de dizer quem somos e o que é que estamos a fazer e a necessidade de deixar algo feito, porque esta vida não é eterna e deixar coisas feitas pode ser uma forma de eternidade.

José Saramago

The arc of the universe is long, but it bends toward justice.

Martin Luther King Jr.

RESUMO

O objeto deste trabalho é o lugar das ações afirmativas na teoria de John Rawls. Para tanto, começa-se traçando a relação entre a justiça como equidade e a não discriminação. A partir daí, diante da falta de manifestações do próprio Rawls, apresenta-se a visão de diversos autores que já trabalharam a justificação rawlsiana das ações afirmativas. Dentre eles, foca-se na interpretação proposta por Robert S. Taylor, para quem a justiça como equidade não justifica a existência de cotas nem mesmo em condições não ideais. A tese aqui levantada é que o autor está equivocado em ambas as condições ideais e não ideais de justiça.

No caso ideal, o cerne do problema surge na questão da superação (ou não) da opressão sistemática em uma sociedade bem ordenada. Como próprio Taylor, em texto posterior, mostra-se inseguro quanto à questão, seu argumento torna-se, no mínimo, inconclusivo. Além disso, defende-se que Taylor não compreendeu corretamente a prioridade lexical dos princípios, e que as cotas não entram em conflito com a igualdade de oportunidades formal. Sustenta-se, com isso, que as ações afirmativas são compatíveis com a teoria ideal de Rawls.

Já em condições não ideais, são dois os argumentos centrais para justificar as ações afirmativas. O primeiro estabelece os limites de aplicação da justiça procedimental pura e reconstrói a noção de procedimentalismo puro em condições não ideais – à luz do equilíbrio reflexivo. O segundo ventila a possibilidade de ações afirmativas com base em uma forma especial do princípio da diferença, sensível a desigualdades não apenas de renda e riqueza e tendo em vista os papéis da teoria não ideal.

Ao final, tendo sido o projeto bem-sucedido, encontram-se argumentos favoráveis às ações afirmativas rawlsianas, sem perder de vista os valores essenciais do liberalismo de Rawls, como autonomia, individualismo e procedimentalismo.

Palavras-chave: Justiça como Equidade. Ações Afirmativas. Justiça Procedimental Pura. John Rawls. Robert S. Taylor.

ABSTRACT

The subject of this work is the place of affirmative action in John Rawls's theory. To do so, we begin by drawing the relationship between justice as fairness and non-discrimination. Following, due to the lack of Rawls's manifestations on the subject, we present the views of some authors who have already worked out a Rawlsian justification for affirmative action. Among them, this work focuses on the interpretation proposed by Robert S. Taylor, for whom justice as fairness does not justify the existence of quotas even under non-ideal condition. The thesis raised here is that Taylor's reading is mistaken in both ideal and non-ideal conditions of justice.

In the ideal case, the core of the problem arises from the question of the overcoming (or not) of systematic oppression in a well-ordered society. Since Taylor himself, in later text, seems uncertain about the matter, his argument becomes at least inconclusive. In addition, it is argued that Taylor did not correctly understand the lexical priority of principles, and that quotas do not conflict with formal equality of opportunity. Thus, affirmative action is supported by Rawls's ideal theory.

Under non-ideal conditions, there are two central arguments to justify affirmative action. The first sets the limits of application of pure procedural justice and reconstructs the notion of pure proceduralism under non-ideal conditions – in light of the reflective equilibrium. The second discusses the possibility of affirmative action based on a special form of the principle of difference, sensitive to inequalities not only of income and wealth and which considers the roles of non-ideal theory.

In the end, if the project was successful, we state some arguments more favorable to Rawls's affirmative actions, attentive to the essential values of Rawls's liberalism, such as autonomy, individualism and proceduralism.

Keywords: Justice as Fairness. Affirmative Actions. Pure Procedural Justice. John Rawls. Robert S. Taylor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. Justiça como Equidade, Não Discriminação e Ações Afirmativas.	14
1.1. Estabelecendo o Pano de Fundo Conceitual.....	14
1.2. A Proteção Rawlsiana contra a Discriminação.	18
1.3. Noções Introdutórias da Relação entre Ações Afirmativas e Justiça como Equidade.....	32
2. Ações Afirmativas e Teoria Ideal	41
2.1. Um Conceito Analítico de Ações Afirmativas.....	41
2.2. Teoria Ideal, Concepção Geral e Concepção Especial de Justiça.....	48
2.3. Prioridade Lexical dos Princípios, Igualdade de Oportunidades Formal e Substancial.	56
2.4. Sociedade Bem Ordenada e Opressão Sistemática.....	73
3. Ações Afirmativas e Teoria Não Ideal	80
3.1. A Rejeição de Robert S. Taylor.....	81
3.2. Procedimentalismo Puro, Estrutura Básica e Equilíbrio Reflexivo.	84
3.3. Concepção Especial de Justiça em Condições Não Ideais.	103
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

INTRODUÇÃO

Para aqueles familiarizados com a teoria de John Rawls, parece muito intuitivo que ela dá substrato para a política de ações afirmativas. Talvez por isso, os principais intérpretes do autor não tenham se engajado em demonstrar argumentativamente a justificação desse importante tipo de política pública com base nos princípios da justiça como equidade. À presente investigação se propõe esta dissertação de mestrado.

No primeiro capítulo, entendeu-se por bem fazer uma introdução aos conceitos comuns a todo o trabalho, como a ideia de ação afirmativa e, especialmente, os possíveis grupos destinatários dessa política pública. Ainda no plano mais abstrato, considerou-se adequado pensar qual a proteção que a teoria de Rawls defere à não discriminação.

Feito isso, ainda no primeiro capítulo, passou-se a revisar a bibliografia especificamente voltada para o tema das ações afirmativas e da teoria de Rawls, começando pelos intérpretes mais próximos de Rawls até chegar a textos produzidos no Brasil recentemente e que também enfrentam a questão. Nessa revisão de bibliografia, ganhou destaque o trabalho do prof. dr. Robert S. Taylor (TAYLOR, 2009), que apresenta uma visão muito bem estruturada e pouco simpática às ações afirmativas, especialmente às cotas, na perspectiva de Rawls, ainda que em condições não ideais.

Sendo assim, pretendeu-se que o restante da dissertação se estruturasse como espelho aos argumentos de Taylor, o que possibilitou um exame produtivo de seus principais pontos, além de um debate com intérpretes muito bem versados nos compromissos do liberalismo igualitário de John Rawls. Essa estruturação mostrou-se adequada tanto para refutar as propostas de Taylor, quanto para criar os espaços de argumentação autoral na construção do argumento em defesa das ações afirmativas rawlsianas.

Por ser um espelho do trabalho de Taylor, o segundo capítulo foca na teoria ideal, em que o contra-ataque basicamente é pautado por três argumentos: o fato de que o autor não parecer ter compreendido bem o significado da prioridade lexical

entre os princípios; a ausência de um conflito real entre ações afirmativas e a igualdade de oportunidades formal; além de, por último, a dúvida quanto à superação da opressão sistemática em uma sociedade bem ordenada. Apesar de todo esse esforço teórico, encerra-se o capítulo sustentando apenas a compatibilidade entre ações afirmativas e a justiça ideal rawlsiana, graças às dificuldades metodológicas em se afirmar com certeza alguns pressupostos necessários para sua justificação mais substancial.

Na sequência, o terceiro capítulo aproxima-se da realidade e discute ações afirmativas da perspectiva não ideal. Novamente, acredita-se que os principais argumentos de Taylor são desarmados, tendo em vista que o autor aplica mal e faz uma leitura em termos absolutos da justiça procedimental pura. Nesse caso, avança-se a interpretação de que, em condições não ideais, a teoria de Rawls, na verdade, é um caso de justiça procedimental quase pura.¹ Desse modo, sustentou-se a justificação das cotas com base no princípio da diferença sensível a critérios não socioeconômicos.

¹ Respeitosamente, não se segue aqui o conselho do prof. dr. David Francisco Lopes Gomes, para quem não se deveria usar este termo, já que Rawls o utilizou em outro sentido. Pretende-se argumentar que, a despeito disso, trata-se de expressão bem adequada para proposta deste trabalho.

1. Justiça como Equidade, Não Discriminação e Ações Afirmativas.

John Rawls revolucionou o estudo da filosofia política com seu tratado *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1971), definindo os termos do debate sobre justiça distributiva. Nesse sentido, sua teoria fornece um forte aparato teórico que ajuda a compreender e repensar posições políticas. Este trabalho pretende justamente pensar as ações afirmativas em termos argumentativamente defensáveis da perspectiva da justiça como equidade. Para isso, este primeiro capítulo exerce a relevante função de estabelecer alguns conceitos e seu pano de fundo comum, que serão relevantes ao longo de todo o trabalho.

Começa-se, então, trabalhando especificamente a importância de delimitar um pouco mais o tipo de injustiça que será aqui enfrentado. Diante disso, procura-se dar uma primeira impressão sobre o tipo de política que será estudado e seus possíveis destinatários. Estabelecido esse pano de fundo conceitual, acredita-se que a porta de entrada para o estudo das ações afirmativas faz remissão a uma ideia mais abstrata, a saber, a não discriminação. Sendo assim, propõe-se uma pequena revisão de bibliografia sobre o lugar e a proteção que a justiça como equidade defere a esse valor. Finalmente, então, apresenta-se uma visão panorâmica de importantes textos que exploraram especificamente a relação entre ações afirmativas e a teoria da justiça de Rawls, preparando, assim, o terreno para o principal interlocutor desta dissertação de mestrado, Robert S. Taylor, cujos argumentos serão detidamente enfrentados nos dois próximos capítulos.

1.1. Estabelecendo o Pano de Fundo Conceitual.

De acordo com Amy Gutmann, injustiças raciais estão entre os problemas intelectuais e morais mais vergonhosos da história dos Estados Unidos da América (GUTMANN, 1995, p. 298). Infelizmente, acredita-se que a situação não é muito diferente no Brasil, cuja história de escravidão não dá inveja a nenhum outro país ocidental. Diante disso, torna-se essencial construir argumentativamente respostas

para esse tipo de injustiça tão flagrante e ainda tão vivo. De Gutmann, adota-se, então o conceito de injustiça e de discriminação racial: “Com injustiça racial, quero dizer qualquer injustiça cuja fonte inclua discriminação presente ou passada baseada na raça. Com discriminação racial, quero dizer qualquer distinção moralmente indefensável baseada na raça” (GUTMANN, 1995, p. 298).²

Aqui também é importante esclarecer um pouco sobre o uso que esse trabalho faz do termo raça. Há que se ter em mente que, na biologia, ainda não se conseguiu estabelecer a existência de uma subdivisão dentro da espécie ‘*homo sapiens*’, ou seja, uma raça. Assim, apelar para esse tipo de argumentação parece pedir um conceito não científico de “raça humana”. Em outros termos, não há maneiras significativas de separar “subgrupos” humanos com base em diferenças genéticas relativamente estáveis ao longo do tempo (GUTMANN, 1995, p. 300).

Na verdade, quando se usa o termo raça em qualquer debate sério atualmente, geralmente se tem em mente uma construção social de diferenças (HINE, 1994, p. 338 *apud* GUTMANN, 1995, p. 299). Aliás, esse parece ser o entendimento de diversos intérpretes de Rawls, como Samuel Freeman (FREEMAN, 2007, pp. 90-1) e Thomas Pogge, conforme se vê a seguir:

Em algumas sociedades reais, as perspectivas de bens primários sociais de uma pessoa são consideravelmente afetadas por seu gênero, descendência ou cor da pele. Claramente, tais desigualdades estão relacionadas a contingências naturais, no sentido de Rawls. No entanto, após reflexão, eles parecem ter mais em comum com as desigualdades relacionadas às contingências sociais, como exemplificado pela classe social de seus pais. (POGGE, 1989, p. 164)³

Pretende-se, com isso, deixar claro o que se quer dizer com raça, que é a palavra que será usada ao longo do texto.⁴ Por outro lado, este trabalho, embora não se limite a injustiças raciais, procura responder a uma questão mais simples do que a da discriminação: seu escopo são as ações afirmativas e seu lugar na teoria

² Tradução livre de: “By racial injustice I mean any injustice whose source includes either present or past discrimination based on race. By racial discrimination, I mean any morally indefensible distinctions based on race.”

³ Tradução livre de: “In some actual societies a person’s prospects for social primary goods are very considerably affected by his or her gender, descent, or skin color. Clearly, such inequalities are related to natural contingencies, in Rawls’s sense. Yet, upon reflection, they seem to have more in common with inequalities related to social contingencies, as exemplified by the social class of one’s parents.”

⁴ Ainda que haja diferenças entre os termos, “etnia” e seus derivados serão tomados como sinônimos de “raça” e derivados.

da justiça de John Rawls. Para ser mais específico, pergunta-se sobre os possíveis fundamentos da política de cotas de acordo com a justiça como equidade.⁵ Será esclarecido, no próximo capítulo, que cotas são tidas como espécie do gênero ação afirmativa (NAGEL, 1973, p. 348-51). Todavia, acredita-se que essa se trata espécie de ação afirmativa que mais adequadamente representa a essência das ações afirmativas.

Pois bem, para introduzir o assunto, vale delimitar um pouco mais o que se entende por ação afirmativa: em geral, trata-se de medidas positivas tomadas para aumentar a representação de negros, mulheres ou quaisquer minorias em áreas de emprego, educação e cultura, das quais foram historicamente excluídas (FULLIWINDER, 2018, *passim*). Como dito, conforme o trabalho aprofundar-se em determinadas questões, a concepção de ações afirmativas também será melhor especificada.

Além do mais, o trabalho não quer pensar apenas ações afirmativas raciais, mas também voltadas para mulheres ou mesmo que levem em consideração qualquer outro critério não socioeconômico na identificação do grupo a ser priorizado. Vale a pena ressaltar que este texto se alinha com Susan Moller Okin no sentido de que, em regra, muitas implicações do que se estuda sobre injustiças de raça também se aplicam às injustiças sexuais. Nesse sentido, em regra os argumentos construídos para defesa de políticas contra racismo também se prestam na luta para se atingir a igualdade entre os sexos. Por sua vez, é obvio que nem sempre a correlação é verdadeira e a autora apresenta algumas diferenças fundamentais que têm que ser levadas em consideração:

Primeiro (...) é da maior importância para a igualdade das mulheres que o trabalho reprodutivo seja reconhecido como um trabalho importante e socialmente necessário. Em segundo lugar, grande parte da vulnerabilidade

⁵ Um comentário que não é novo sobre tradução, mas que precisa ser aqui endossado. Aceita-se, com alguma resistência, a opção dos tradutores de Rawls para o português de adotarem “justiça como equidade” como tradução de “justice as fairness”. Entretanto, segundo João Feres Jr. e Luiz Augusto Campos, o uso da expressão equidade remete inadequadamente à máxima aristotélica (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se diferenciam) por duas razões: “Primeiro, porque para Aristóteles tal princípio comanda dar mais a quem mais contribui e menos a quem menos contribui ao bem público, ou seja, ele é regressivo, ao contrário do que imaginam muitas das pessoas que citam o filósofo como fonte. Segundo, porque a interpretação de que os que têm menos devem receber mais, sugerida pela ideia de equidade, parece advir mais de um sentimento de caridade pelos despossuídos do que de um esquema contratualista, como o proposto por Rawls, onde as pessoas adotam tal princípio guiados pela razão e com vistas ao benefício próprio” (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 88).

atual das mulheres é menos visível do que a dos ex-escravos. (...) Terceiro, como John Stuart Mill apontou há muito tempo, a opressão das mulheres torna-se infinitamente mais complicada pelo fato de que a maioria das mulheres vive intimamente com um homem, o que, pelo menos parcialmente, faz com que o tema da igualdade sexual – ou qualquer mudança significativa nas relações entre os sexos – suscite sentimentos pessoais mais intensos. (OKIN, 1994, p. 42)⁶

Em outras palavras, o trabalho desfoca-se um pouco de ações afirmativas com base no critério socioeconômico. Isso não é por acaso, uma vez que Rawls explicita um princípio para garantir a igualdade equitativa de oportunidades⁷ em face das diversas contingências sociais. Além do mais, pensar em formas de trazer justiça aos grupos menos favorecidos com base na distribuição dos bens primários⁸ renda e riqueza já é função explícita do princípio da diferença:

Os menos favorecidos nunca são identificáveis como homens ou mulheres, digamos, brancos ou negros, indianos ou britânicos. Eles não são indivíduos identificados por características naturais ou outras características (raça, gênero, nacionalidade e afins) que nos permitem comparar sua situação sob todos os vários esquemas de cooperação social que é viável considerar. (RAWLS, 2001, p. 59)⁹

O ponto não é que a argumento apresentado nesta dissertação não justifique cotas sociais. Aliás, como ressalta D. C. Matthew, entre estudiosos de Rawls, a justificação de cotas sociais, ainda que como medidas temporárias, é quase um truísmo (MATTHEW, 2015, p. 325). Por sua vez, para fins do argumento aqui apresentado, parte-se da premissa de que ações afirmativas baseadas em critérios

⁶ Tradução livre de: “First (...) It is therefore of the utmost importance for women's equality that reproductive work be recognized as important, socially necessary work. Second, much of women's current vulnerability is less visible than that of that of the ex-slaves. (...) Third, as John Stuart Mill pointed out long ago, the oppression of women is made infinitely more complicated by the fact that most women live intimately with a man and, partly as a consequence, the entire subject of sex equality – or indeed any significant change in relations between the sexes – raises the most intense personal feelings.”

⁷ Assim Rawls enuncia esse princípio, em tradução livre: “As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeiro, elas devem estar conectadas a cargos e posições abertas a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, elas devem existir para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade” (RAWLS, 2005, p. 291).

⁸ Em linhas gerais, são eles: as iguais liberdades básicas, liberdades de movimento e ocupação, poderes e prerrogativas a posições de autoridade, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2001, pp. 58-9).

⁹ Tradução livre de: “The least advantaged are never identifiable as men or women, say, or as whites or blacks, or Indians or British. They are not individuals identified by natural or other features (race, gender, nationality, and the like) that enable us to compare their situation under all the various schemes of social cooperation it is feasible to consider.”

não socioeconômicos apresentam um desafio teórico mais robusto na perspectiva da justiça como equidade, uma vez que, conforme apresentado acima, há mais elementos explícitos nos escritos de Rawls que justificam políticas afirmativas com base em critérios socioeconômicos.

Em suma, portanto, acredita-se que, se os argumentos construídos aqui para ações afirmativas não socioeconômicas se sustentarem, o argumento para medidas como as cotas sociais também está disponível. Feitos esses esclarecimentos terminológicos, começa-se esboçando a relação entre a justiça como equidade e a não discriminação.

1.2. A Proteção Rawlsiana contra a Discriminação.

Como já se ressaltou, a publicação de *Uma Teoria da Justiça* significou uma revolução para aqueles que estudam filosofia política, uma vez que fez ressurgir o próprio campo de estudos analíticos sobre justiça a partir dos termos e das questões propostas por Rawls. É bem verdade que o autor procurou responder, ao longo de seu trabalho, essencialmente às questões clássicas para a tradição liberal, como o arranjo de instituições básica em uma sociedade democrática (RAWLS, 2005, p. xv-xvii). Isso significa que discriminação e racismo não são conceitos explicitamente trabalhados pelo autor.

Por outro lado, a história da escravidão e da segregação dos EUA marca profundamente a vida de Rawls, o que tem reflexos na base de seu pensamento. Em suas notas biográficas sobre a vida do autor, Samuel Freeman narra a admiração que Rawls tinha por Lincoln, que o via como “(...) um estadista que não transigia com o mal” (FREEMAN, 2007, p. 5).¹⁰ Freeman também mostra uma citação direta da tese de doutorado de Rawls, na qual dialoga diretamente com os textos de Lincoln (RAWLS, 2009, p. 263 *apud* FREEMAN, 2007, p. 9). Outrossim, Seana Shiffrin reforça que o interesse de Rawls no estudo de história marca-se por uma atenção especial aos livros sobre Abraham Lincoln (SHIFFRIN, 2004, p. 1646). Já Thomas Nagel, por sua vez, é mais explícito: “Rawls, um sulista branco cujo herói

¹⁰ Tradução livre de: “(...) a statesman who did not compromise with evil.”

histórico era Abraham Lincoln, considerava a escravidão e a segregação racial como paradigmas de injustiça” (NAGEL, 2003, p. 84).¹¹

Apesar disso, Seana Shiffrin ressalta como é estranho o fato das noções de raça e de racismo estarem tão ausentes da teoria de Rawls, ainda mais sendo a ideia de proteção contra a discriminação um dos núcleos de uma das mais importantes cláusulas da constituição dos EUA: a cláusula de igual proteção¹² (SHIFFRIN, 2004, p. 1647). Feres Jr. e Augusto Campos ainda vão além, pois explicitam um aspecto semântico cheio de significado do pensamento de Rawls:

A expressão “igualdade de oportunidades” em inglês é usada muitas vezes como sinônimo puro e simples de ação afirmativa. (...) Rawls não somente adota tal expressão, já carregada de significados associados à ação afirmativa na época da redação do livro, como não faz qualquer ressalva contra tal associação, coisa que necessariamente deveria ser feita caso o autor assim intencionasse. (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 88)

Diante de todo esse compromisso pessoal da parte de Rawls, é de se perguntar qual o nível de proteção contra a discriminação que a justiça como equidade é capaz de fornecer. Nesse ponto, Shiffrin enfrenta com muita competência o status ambíguo da justiça rawlsiana quando o assunto é raça: ora central, ora periférico. Em outras palavras, a autora pretende esboçar formas com as quais a teoria pode ser bem mais sensível a tais questões, sendo que sua principal tática é não apenas enunciar um princípio antidiscriminatório dentre as iguais liberdades básicas,¹³ mas também elevar o status da igualdade equitativa de oportunidades ao nível do primeiro princípio (SHIFFRIN, 2004, p. 1644).

A seu turno, é importante ressaltar que o ponto de Shiffrin não é acusar a justiça como equidade de não proteger contra a discriminação, ainda que de forma implícita nos dois seus dois princípios: evidente que tratamentos discriminatórios que

¹¹ Tradução livre de: “Rawls, a white southerner whose historical hero was Abraham Lincoln, regarded slavery and racial segregation as paradigms of injustice.”

¹² A cláusula de igual proteção (“equal protection clause”), que faz parte da 14ª emenda à constituição dos EUA e fecha, portanto, a declaração de direitos do país, está assim enunciada na primeira seção da referida emenda, em tradução livre: “(...) nem qualquer estado (...) negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção pelo direito” – no original: “(...) nor shall any state (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>. Acesso em 16/01/2019.

¹³ De acordo com Rawls, elas são especificadas na seguinte lista, em tradução livre: “(...) liberdade de pensamento e liberdade de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, bem como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abrangidos pelo estado de direito” (RAWLS, 2005, p. 291).

atentem contra os princípios não são permitidos. O que Shiffrin quer ressaltar é que nem todas as formas de discriminação têm um impacto direto nas liberdades básicas ou no segundo princípio: “Falando concretamente, não está clara qual disposição específica dos dois princípios de justiça condenaria diretamente o tratamento sofrido por Rosa Parks e por outros incontáveis afro-americanos que foram informados de que tinham que se sentar na parte de trás do ônibus” (SHIFFRIN, 2004, p. 1647).¹⁴ Sendo assim, a autora adota a posição de que seria importante enunciar claramente uma proteção contra a discriminação entre os princípios de justiça.

Portanto, Shiffrin não acredita que as iguais liberdades básicas do primeiro princípio protejam contra todas as formas de discriminação. Ela também entende que identificar o princípio de proteção contra a discriminação como derivação da igualdade equitativa de oportunidades é um caminho insatisfatório, uma vez que, para ela, essa solução dá proteção meramente instrumental para as normas antidiscriminatórias – ou seja, elas apenas têm valor se servem para garantir a igualdade equitativa de oportunidades (SHIFFRIN, 2004, p. 1650).

Não encontrando a proteção antidiscriminatória que ela entende necessária diretamente dos princípios de justiça, Shiffrin vê como um caminho viável e necessário a sua adição aos dois tradicionais princípios de Rawls. Fica, então, a questão de onde ele se encaixaria na ordem lexical,¹⁵ ou seja, qual o status que tal princípio teria nesta nova proposta. Interessante notar que, ao estudar a prioridade dos princípios,¹⁶ Shiffrin percebe que os argumentos de Rawls a favor da prioridade do primeiro princípio se aplicam em relação ao princípio da diferença e não necessariamente à igualdade equitativa de oportunidades (SHIFFRIN, 2004, p. 1651). Essa interpretação da autora ganharia ainda mais força, uma vez ela compreende haver uma relação direta entre igualdade equitativa de oportunidades e bases sociais do autorrespeito:

¹⁴ Tradução livre de: “To put it concretely, it is unclear what specific provision of the two principles would directly condemn as unjust the treatment of Rosa Parks and countless other African-Americans who were told they had to sit at the back of the bus.”

¹⁵ Segundo Philippe Van Parijs, uso do termo lexical para Rawls, em tradução livre: “(...) justifica-se na maneira pela qual as palavras são ordenadas em um dicionário: a classificação da primeira letra de cada palavra tem estrita prioridade sobre a classificação de sua segunda letra, e assim por diante, ao decidir qual palavra deve vir primeiro” (VAN PARIJS, 2003, p. 237).

¹⁶ Ao referir-se às liberdades básicas, pede-se que o leitor mantenha em mente que, para o Rawls maduro, a expressão adequada é “iguais liberdades básicas” (RAWLS, 2005, p. 325). Todavia, o “igual” não será mencionado todas as vezes ao longo desta dissertação como artifício para que o texto fique menos enfadonho. Além disso, adianta-se que o estudo da prioridade das liberdades básicas será retomado com mais profundidade no item 2.2 deste trabalho.

[Oportunidades justas e equitativas] para emprego e posições de poder seriam de interesse delas [as partes na posição original] não apenas porque tais posições são meios para outros bens primários, como riqueza, mas também porque o trabalho e a capacidade de influenciar os assuntos públicos frequentemente representam vias importantes e mais íntimas e diretas para o exercício das capacidades de cada um e para outros modos de perseguir a própria concepção do bem. (SHIFFRIN, 2004, p. 1653)¹⁷

Por esses motivos, Shiffrin acredita que a interpretação à melhor luz de Rawls pede a dissolução (ou, no mínimo, a reconstrução) da prioridade das liberdades básicas em face da igualdade equitativa de oportunidades, uma vez que: “(...) no trabalho de Rawls, não aparece nenhum argumento para sustentar a prioridade do primeiro princípio sobre o princípio da igualdade equitativa de oportunidades” (SHIFFRIN, 2004, pp. 1651-2).¹⁸

Em outros termos, grande ideia de Shiffrin aqui é de que, diante da importância da igualdade equitativa de oportunidades para se garantir o acesso a bens primários (e não enquanto mero princípio de organização da distribuição de renda e riqueza), fica difícil sustentar que ele se encontre lexicamente inferior às liberdades básicas. Conseqüentemente, esse princípio tem um papel muito relevante para o próprio desenvolvimento do senso de justiça dos indivíduos (SHIFFRIN, 2004, p. 1655).

Além do mais, como adiantado acima, Shiffrin compreende que a garantia de tratamento igualitário e livre de vieses preconceituosos, garantindo pela igualdade equitativa de oportunidades, exerce um papel muito importante para a garantia das bases sociais do autorrespeito. Sendo assim, a autora acredita que, do ponto de vista das partes na posição original, seu interesse no acesso equitativo e justo ao trabalho e em não sofrer discriminações nessa importante esfera de sua vida tem o mesmo peso que seu interesse nas demais liberdades básicas (SHIFFRIN, 2004, p. 1655).

¹⁷ Tradução livre de: “[Fair equal opportunities] to employment and positions of power would be of interest to them [the parties at the original position] not only because such positions are conduits to other primary goods, such as wealth, but also because one's work and one's ability to influence public affairs often represent important, and more intimate and direct, avenues for the exercise of one's capacities and for other modes of the pursuit of one's conception of the good.”

¹⁸ Tradução livre de: “(...) no sustained argument appears in Rawls's work for the priority of the first principle over the principle of fair equality of opportunity.”

Para dar ainda mais força a seu argumento, Shiffrin ressalta que, em uma nota de rodapé em *Justiça como Equidade: uma Reformulação* (RAWLS, 2001), Rawls se mostrou incerto sobre como responder a sugestões de que a prioridade das liberdades básicas deveria ser relaxada em face da igualdade equitativa de oportunidades (SHIFFRIN, 2004, p. 1653), conforme transcrito abaixo:

Alguns pensam que a prioridade lexical da igualdade equitativa de oportunidades sobre o princípio da diferença é muito forte, e que uma prioridade mais fraca ou uma forma mais fraca do princípio da oportunidade seria melhor e, de fato, mais de acordo com ideias fundamentais da própria justiça como equidade. No momento, não sei o que é melhor e simplesmente registro minha incerteza. Como especificar e ponderar o princípio da oportunidade é uma questão de grande dificuldade e algumas dessas propostas alternativas podem, de fato, ser melhores. (RAWLS, 2001, p. 163)¹⁹

A autora ainda enfrenta a possível objeção de que Rawls indica que injustiças de raça e gênero seriam problemas enfrentados pela teoria não ideal,²⁰ não cabendo, assim, que se discutir um princípio antidiscriminatório na perspectiva da posição original. Neste ponto, ela admite que se trata de um caminho interessante e possível para abordar o problema, pois claramente muitas medidas que diretamente enfrentam esse tipo de injustiça (reparação histórica e ações afirmativas, por exemplo) conectam-se intimamente com o reconhecimento por parte da estrutura básica dos erros cometidos contra certos grupos. Sendo assim, diversas questões de justiça relacionadas com raça realmente não se formulam em termos pretensamente universais, uma vez que exigem conhecimento e sensibilidade a circunstâncias históricas que o véu da ignorância²¹ obscurece às partes na posição original (SHIFFRIN, 2004, p. 1654).

¹⁹ Tradução livre de: "Some think that the lexical priority of fair equality of opportunity over the difference principle is too strong, and that either a weaker priority or a weaker form of the opportunity principle would be better, and indeed more in accord with fundamental ideas of justice as fairness itself. At present I do not know what is best here and simply register my uncertainty. How to specify and weight the opportunity principle is a matter of great difficulty and some such alternative may well be better."

²⁰ As discussões sobre teoria ideal e não ideal serão aprofundadas nos capítulos seguintes.

²¹ O véu da ignorância, que impõe diversas limitações sobre o tipo de conhecimento que as partes podem ter na posição original, tem como finalidade estabelecer circunstâncias iniciais equânimes e de reciprocidade que traduzem sua justiça à decisão racional das partes. Sobre as diversas limitações formais que esse dispositivo significa, conferir: (RAWLS, 2001, p. 85-89).

Shiffrin aposta, assim, que era isso que Rawls tinha em mente ao não discutir diretamente questões como discriminação e racismo, pois, como dito acima, ele mesmo reconhece que seu trabalho, em regra, procura enfrentar as questões clássicas da teoria política, como os debates sobre a estrutura política de uma sociedade democrática e os fundamentos das liberdades básicas. Não obstante, Rawls acreditava que tais problemas estariam superados, uma vez que seus princípios de justiça estivessem implementados em uma sociedade bem ordenada (RAWLS, 2005, p. xxviii).

Shiffrin concorda parcialmente com essa ideia. Embora ela pareça aceitar que não haveria lugar, por exemplo, para ações afirmativas em uma sociedade bem ordenada pela justiça como equidade, ela não acredita que tais argumentos afastem a importância da discussão mais aprofundada sobre raça e de um princípio antidiscriminatório na teoria ideal (SHIFFRIN, 2004, p. 1655).

Pelo exposto, a autora lamenta que Rawls não tenha adotado explicitamente um princípio antidiscriminatório em seu rol de iguais liberdades básicas e, especialmente, que seus críticos nem de perto deram a devida atenção para essa questão, o que, em parte, a autora atribui à falta de diversidade étnica entre membros da comunidade filosófica. Seu texto, então, tenta tomar esse espaço e preencher essa lacuna argumentativa (SHIFFRIN, 2004, p. 1661).

De todo modo, é importante citar que, com isso, Shiffrin pretende uma crítica interna à teoria, apresentando uma proposta de reforma para torná-la mais consistente e adequada. Isso significa que ela não apresenta uma refutação à justiça como equidade, mas apenas uma preocupação sobre como esta teoria lida com a importante questão da proteção contra tratamento discriminatório.

A despeito dos ótimos pontos levantados pela autora, parece ser também defensável a posição de que, sim, a formulação canônica dos princípios de justiça de John Rawls já dá clara proteção contra o tratamento discriminatório. Essa é a posição, por exemplo, de Tommie Shelby, que apresenta uma defesa da força da justiça como equidade para resolver questões de injustiça racial e de que Rawls não apenas preocupava-se com problemas raciais, mas sim de que esta preocupação influenciou a maneira com a qual ele construiu e defendeu sua teoria de justiça (SHELBY, 2004, p. 1697).

Shelby reconhece que muitos assuntos de justiça racial estão fora da discussão explícita da justiça como equidade, dado seu caráter ideal (SHELBY, 2004, p. 1698). Todavia, isso não retira o valor da teoria para combater injustiças raciais. Um primeiro ponto positivo que o autor levanta é da importância em se reconhecer a estrutura básica²² como objeto primário da justiça para se endereçar a questões como racismo institucional, legados de racismo do passado e atitudes individuais racistas (SHELBY, 2004, p. 1698). Além do mais, Shelby elogia a importância especial que Rawls dá para a crença moral da injustiça da discriminação racial na construção de seus princípios de justiça:

A convicção de que a discriminação racial é injusta desempenha importante papel para moldar o senso do próprio Rawls sobre o que é moralmente relevante e o que é moralmente arbitrário do ponto de vista da justiça social. Por exemplo, considerações de desvantagem racial desempenham um importante papel na construção do véu da ignorância. (SHELBY, 2004, p. 1699)²³

Desse modo, a restrição de conhecimento operada pelo véu da ignorância não permite que, da posição original, decorram princípios que deem qualquer margem para injustiças raciais. Aliás, Shelby pontua a centralidade da ideia de que todas as pessoas sejam tidas como livres e iguais em uma sociedade justa para a tradição liberal. Evidentemente que essa premissa não passa isenta de críticas, dentre as quais Shelby apresenta a de Charles W. Mills, para quem a tradição liberal contratualista (especialmente de autores como Locke e Kant), embora afirme o igual status moral da personalidade de todos os humanos, implicitamente concede esse status apenas a homens brancos. Nesse sentido, grupos raciais não brancos são tacitamente tidos como pessoas de nível moral inferior (MILLS, 1997, pp. 55-59 *apud* SHELBY, 2004, p. 1701).

Shelby vê como lastimável a falta de atenção que o importante argumento de Mills muitas vezes recebe. Por outro lado, o autor explicita que Rawls não pode ser

²² Uma das ideias fundamentais de Rawls é reconhecer que a estrutura básica, o objeto primário da justiça social, caracteriza-se na forma com que as principais instituições políticas e sociais ajustam-se mutuamente em um sistema único de cooperação social, que designa direitos e deveres básicos, além de regular a divisão dos bônus da cooperação social entre gerações (RAWLS, 2001, p. 10).

²³ Tradução livre de: "The conviction that racial discrimination is unjust helps to shape Rawls's sense of what is morally relevant and what is morally arbitrary from the standpoint of social justice. For instance, considerations of racial disadvantage have a role to play in the construction of the veil of ignorance."

objeto desta crítica, uma vez que não há nada em sua concepção de pessoa que traduza algum tipo de pretensão suprematista racial. Isto é, a capacidade rawlsiana para a personalidade moral é sua única condição para tornar o sujeito titular de igual justiça. Isso significa que, para a justiça como equidade, os princípios aplicam-se a todos independentemente da raça (SHELBY, 2004, p. 1703).

Entretanto, poder-se-ia objetar que a opção de Rawls no *Liberalismo Político* pela apresentação da justiça como equidade enquanto uma concepção política de justiça e, portanto, construída a partir de valores políticos fundamentais de democracias ocidentais (RAWLS, 2005, pp. xvi-xvii), poderia demonstrar seu compromisso com uma sociedade marcada pela opressão racial, uma vez que, por exemplo, muitos dos pais fundadores dos EUA eram escravocratas. Segundo Shelby, esse não é o caso, pois Rawls expressamente pede que “as ideias fundamentais e os princípios que subjazem a cultura política pública devem ser analisados a partir da atual perspectiva do intérprete” (SHELBY, 2004, p. 1704).²⁴

Diante disso, Shelby ressalta que, desde a própria noção de justiça formal em Rawls, discriminações raciais já se tornam injustas por si mesmas. Essa ideia de justiça formal relaciona-se profundamente com a noção de estado de direito para John Rawls, também conhecida pela expressão “justiça como regularidade:” a imparcial e consistente aplicação do direito e realização das instituições, quaisquer sejam seus princípios substantivos (SHELBY, 2004, p. 1705).

Em diálogo direto com a posição de Shiffrin, para quem a teoria de Rawls teria um ganho significativo se incluísse um princípio antidiscriminatório no seu rol de liberdades básicas, Shelby não acredita que isso seria necessário. Em sua defesa rawlsiana, o autor começa esclarecendo que, para a justiça como equidade, não se presume que, uma vez estabelecidos os princípios de justiça, deve-se avaliar todas as pretensões de justiça de seu ponto de vista abstrato. Em outras palavras, ele chama a atenção aqui para a sequência de quatro estágios (SHELBY, 2004, p. 1706).

Segundo John Rawls, a importância de se estabelecer essa sequência é meramente explicitar o tipo de juízo a que o cidadão é chamado a fazer em questões

²⁴ Tradução livre de: “(...) to interpret the fundamental ideas and principles latent in our public political culture from our own standpoint.”

de justiça social: primeiro, sobre a justiça da legislação e das políticas sociais; em segundo lugar, sobre quais arranjos constitucionais são adequados para acomodar diferentes e conflitantes opiniões sobre a justiça em uma sociedade democrática; e, terceiro, determinar os fundamentos e os limites das obrigações políticas (RAWLS, 1999, pp. 171-2). Diante disso, Rawls enfatiza que a sequência não pretende demonstrar como se deram as assembleias constituintes reais:

A sequência de quatro estágios faz parte de uma teoria moral e não pertence a uma descrição do funcionamento das constituições reais (...). Seu objetivo é caracterizar uma constituição justa e, não, determinar que tipo de constituição seria adotada ou aceita sob suposições mais ou menos realistas (embora simplificadas) a respeito da vida política (...). (RAWLS, 1999, p. 173)²⁵

Pois bem, o primeiro estágio da sequência é a posição original, o controverso dispositivo de representação de um dos principais argumentos de Rawls a favor de seus princípios. A aposta de Rawls aqui é de que seus princípios de justiça seriam escolhidos por representantes racionais de pessoas livres e iguais em uma situação inicial imparcial, na qual esses representantes, vestindo o véu da ignorância, não possuem conhecimento algum sobre fatos específicos tanto de si mesmos, quanto da sociedade em que vivem e de sua história (FREEMAN, 2007, p. 141).

Freeman também explica que a posição original vem de uma ideia comum à tradição contratualista de que direito, constituição e princípios justos seriam acordados entre pessoas livres e iguais em uma posição igualitária (FREEMAN, 2007, p. 142). É importante notar que, para Rawls, a equidade (“fairness”) da posição original é traduzida para os princípios de justiça – é isso que Rawls quer dizer com a ideia de que a posição original incorpora a justiça procedimental pura em seu último nível: “O que torna acordo apropriado é que os princípios de justiça por trás do direito coercivo devem ser aceitáveis por uma pessoa livre e igual cuja conduta é regulada por eles” (FREEMAN, 2007, p. 143).²⁶

²⁵ Tradução livre de: “The four-stage sequence is part of a moral theory, and does not belong to an account of the working of actual constitutions (...). The aim is to characterize a just constitution and not to ascertain which sort of constitution would be adopted, or acquiesced in, under more or less realistic (though simplified) assumptions about political life (...).”

²⁶ Tradução livre de: “What makes an agreement appropriate is that the principles of justice behind coercive laws should be acceptable to a free and equal person whose conduct is regulated by them.”

Por sua vez, Freeman propõe que uma forma mais intuitiva de entender esse argumento de Rawls é perceber que a posição original significa, na verdade, um filtro para os tipos de razões tidas como moralmente aceitáveis ao se argumentar sobre os princípios de justiça que se aplicam à estrutura básica. Nesse sentido, é importante perceber que o contratualismo hipotético de Rawls, em nenhum momento, propõe a posição original como a fonte de obrigações políticas para os indivíduos, refutando, portanto, a crítica padrão de que acordos hipotéticos não criam obrigações reais:

(...) sua finalidade [da posição original] não é impor uma obrigação que ainda não temos. Sua finalidade é, antes, elucidar as razões por trás de nossas convicções de justiça, a fim de ver quais princípios de justiça nossas mais sinceras convicções morais, consideradas à luz das melhores razões, comprometem-nos a aceitar. (...) Assim como situações hipotéticas podem ser usadas para declarar leis fundamentais da física ou da economia, elas podem ser úteis na filosofia para descobrir ou justificar princípios morais básicos. (FREEMAN, 2007, pp. 144-5)²⁷

Daí, então, a importância de se compreender que, segundo Rawls, a posição original conecta sua concepção de pessoa e de cooperação social a seus específicos princípios de justiça (RAWLS, 2005, p. 304).

Passando para o próximo estágio, chega-se à assembleia constituinte, em que essencialmente o princípio das iguais liberdades básicas é consagrado, uma vez que aqui as partes constroem suas essências constitucionais e decidem as questões de justiça básica (RAWLS, 1999, p. 172). É importante lembrar que, a cada etapa da sequência, o véu da ignorância é gradativamente retirado das partes, até sua total supressão no último estágio – mantendo-se, em mente, é claro, que a sequência não tem a função de relato histórico ou de receita para implementação dos princípios da justiça como equidade a uma sociedade ainda não bem ordenada. Isso significa, então, que a sequência deve ser compreendida como um experimento teórico, em moldes não tão distintos (embora não coincidentes) com os da posição original:

²⁷ Tradução livre de: "(...) its [the original position] purpose is not to impose an obligation on us that we do not already have. Its purpose rather is to elucidate the reasons behind our considered convictions of justice, in order to see what principles of justice our sincerest moral convictions, considered in light of the best reasons, already commit us to accept. (...) Just as hypothetical situations can be used to state fundamental laws of physics or economics, they should be helpful in philosophy in discovering or justifying basic moral principles."

É essencial ter em mente que a sequência de quatro estágios é um dispositivo para aplicar os princípios da justiça. Esse esquema faz parte da teoria da justiça como equidade e não da explicação de como as convenções constitucionais e legislativas realmente aconteceram. (RAWLS, 1999, p. 176)²⁸

Já no próximo estágio, o legislativo, Rawls tem em mente que as partes, agora dotadas de mais informações, institucionalizarão leis que consagram não apenas as essências constitucionais e as questões de justiça básica, mas também implementarão efetivamente a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. Rawls admite ainda que parte da premissa de que a aplicação do princípio da diferença exige mais informações do que a aplicação do primeiro princípio, sendo este mais um dos argumentos para que aquele se posicione no estágio legislativo (RAWLS, 1999, p. 174).

Reforçando o aspecto hipotético dessa sequência, o autor esclarece o caráter iterativo entre os estágios, ao explicitar um movimento de ida e volta entre eles na construção de uma concepção mais adequada de constituição (RAWLS, 1999, p. 174). Diante dessa descrição de estágios constituinte e legislativo, não é surpresa que Rawls expressamente admita que certa divisão do trabalho entre os princípios esteja espelhada na sequência:

Imagino, então, uma divisão de trabalho entre estágios, em que cada um lida com diferentes questões de justiça social. Esta divisão corresponde aproximadamente às duas partes da estrutura básica. O primeiro princípio da igualdade de liberdade é o padrão primário da convenção constitucional. (...) A segunda parte da estrutura básica contém as distinções e hierarquias de formas políticas, econômicas e sociais que são necessárias para uma cooperação social eficiente e mutuamente benéfica. (RAWLS, 1999, pp. 174-5)²⁹

²⁸ Tradução livre de: "It is essential to keep in mind that the four-stage sequence is a device for applying the principles of justice. This scheme is part of the theory of justice as fairness and not an account of how constitutional conventions and legislatures actually proceed."

²⁹ Tradução livre de: "I imagine then a division of labor between stages in which each deals with different questions of social justice. This division roughly corresponds to the two parts of the basic structure. The first principle of equal liberty is the primary standard for the constitutional convention. (...) The second part of the basic structure contains the distinctions and hierarchies of political, economic, and social forms which are necessary for efficient and mutually beneficial social cooperation."

Finalmente, Rawls chega ao estágio de aplicação de regras aos particulares – pelo judiciário e pela administração pública – e de seu cumprimento pelos cidadãos, em que o véu da ignorância é completamente retirado (RAWLS, 1999, p. 175).

Com essa breve descrição da sequência de quatro estágios, voltam-se as atenções para o argumento de que Shelby lança mão para rebater Shiffrin e a necessidade de um princípio antidiscriminatório. O ponto de Shelby é de que nem todas as questões de justiça têm que ser analisadas diretamente da perspectiva dos princípios de justiça abstratos, o que seria comprovado pela estipulação da sequência de quatro estágios. Com efeito, para Shelby, a necessidade de um princípio antidiscriminatório nos termos de Shiffrin não é uma conclusão necessária das partes na posição original (SHELBY, 2004, p. 1708).

Um princípio tal pode ser encontrado, por outro lado, como uma essência constitucional, pois, segundo Shelby, os constituintes têm acesso a informações suficientes para responder às seguintes indagações: se identidades raciais geram conflitos na sociedade; se há grupos de tendências racistas na sociedade; e, finalmente, se há grupos raciais que têm sofrido desvantagens políticas, econômicas e sociais devido ao racismo. Sendo afirmativa a resposta nos três casos e diante do fato de que os constituintes não sabem sua identidade racial ou sua posição social relativa, seria racional a adoção explícita de uma proteção contra a discriminação na constituição (SHELBY, 2004, p. 1707).

Shelby quer dizer, com isso, que a justiça como equidade é pensada para todas as sociedades em circunstâncias da justiça.³⁰ Portanto, ele entende não ser necessário o princípio antidiscriminatório na posição original, mas que, diante das circunstâncias de determinadas sociedades reais, tal princípio certamente seria escolhido com status constitucional. Ademais, Shelby explicita que a proteção já dada pelos princípios de justiça rawlsiana é suficiente para enfrentar o preconceito racial:

[Shiffrin] argumenta que as partes na posição original, sabendo da tendência de surgimento de formas de dominação e exclusão baseadas em

³⁰ Circunstâncias da justiça são uma ideia humeana que Rawls adota essencialmente, pois elas não apenas tornam o pensar em justiça necessário, mas também possível. Elas são divididas entre circunstâncias objetivas – de modo geral, escassez limitada de recursos – e subjetivas – essencialmente altruísmo limitado dos indivíduos e, conforme acrescido no *Liberalismo Político*, o fato do pluralismo razoável (FREEMAN, 2007, p. 161).

identidades ao longo da socialização humana, escolheriam naturalmente um princípio antidiscriminatório para proteger os cidadãos de tal tratamento arbitrário.

No entanto, os dois princípios de Rawls, compreendidos dentro de sua estrutura teórica mais ampla, podem acomodar essas preocupações sem reformulações em seu enunciado. (SHELBY, 2004, p. 1708)³¹

Um outro argumento que Shelby desenvolve contra a necessidade do princípio antidiscriminatório tem como foco o próprio conceito de discriminação. O autor esclarece que esse conceito não pode ser compreendido abstratamente, conforme proposto por Shiffrin. Dessa forma, discriminação é um conceito que só faz sentido quando pensada enquanto discriminação voltada para um grupo específico. Isto é, as características do grupo discriminado são essenciais para que a própria ideia de discriminação ganhe contornos: "(...) a discriminação acontece quando uma característica (ou conjunto de características) possuída por ou atribuída aos membros de um grupo social é amplamente e erroneamente tratada como uma fonte de desvalor, incompetência ou inferioridade" (SHELBY, 2004, p. 1708).³² Então, se Shiffrin quer um princípio antidiscriminatório, Shelby pede a construção de tal princípio especifique o(s) grupo(s) cuja(s) características são tomadas pejorativamente. Em outras palavras, discriminação não é um conceito "intransitivo".

Se Shelby está certo, uma possível saída para Shiffrin seria identificar quais são os grupos cujas características estão "blindadas" contra injustiças e adicioná-las ao enunciado em abstrato do princípio. Mas aí fica a objeção anterior de Shelby: as partes da posição original teriam informações suficientes para construir esse princípio antidiscriminatório enquanto tal? Ou, então, não seria necessário dar mais um passo na sequência para que o princípio antidiscriminatório "transitivo" fosse explicitado? Parece que a razão neste ponto está com Shelby.

Importante também ressaltar que, com isso, o autor não quer dizer que desvantagens raciais são reduzíveis a desvantagens sociais. Esse posicionamento

³¹ Tradução livre de: "[Shiffrin] argues that the parties in the original position, knowing of the tendency of identity-based forms of domination and exclusion to develop in systems of social cooperation, would naturally choose an antidiscrimination principle in order to protect citizens from such arbitrary discriminatory treatment. However, Rawls's two principles, understood within his wider theoretical framework, can accommodate these concerns without further complicating the two principles."

³² Tradução livre de: "(...) discrimination is at work when a characteristic (or set of characteristics) possessed by or ascribed to the members of a social group is widely but wrongly treated as a source of disvalue, incompetence, or inferiority."

tornaria, portanto, atenção ao racismo indiferente do ponto de vista da justiça, conforme defendido, por exemplo, por Richard Kahlenberg, para quem basta a noção de classe social para combater as injustiças fundamentais de uma democracia contemporânea (KAHLENBERG, 1996, *passim*).

Muito pelo contrário, Shelby refuta esse posicionamento e explicita que, de um ponto de vista rawlsiano, racismo é um insulto à própria dignidade humana, além de uma injustiça em seus próprios termos, pois nega igual cidadania a um grupo por razões moralmente arbitrárias (SHELBY, 2004, p. 1709). Segundo Shelby, o ponto é que, para Rawls, a discriminação racial não deve ser avaliada da perspectiva do princípio da diferença ou da concepção geral de justiça, mas sim da igual cidadania e da igualdade equitativa de oportunidades:

Em um regime constitucional democrático, tal tratamento [discriminação racial] seria descartado pelas exigências de que todas as pessoas que são capazes de participar de um sistema equitativo de cooperação (e aqui assumimos que isso inclua todos) deveriam ter cidadania igual e que todos os cargos e posições devem estar abertos a todos cidadãos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (SHELBY, 2004, p. 1710)³³

Com isso, Shelby, de maneira alguma, nega que diversas desvantagens de grupos minoritários atuais sejam reflexo de preconceito e injustiças do passado. Mas então, fica a questão de como a teoria de Rawls lida com isso, dado seu caráter ideal. A resposta de Shelby é uma defesa da riqueza do significado da igualdade equitativa de oportunidades, já que este princípio mitiga desvantagens raciais, garantindo que a perspectiva de vida do membro de um grupo historicamente oprimido não seja afetada por qualquer legado discriminatório.

Assim, a ideia do autor é de que uma estrutura básica que garanta a igualdade equitativa de oportunidades para todos os cidadãos, independentemente da cor de sua pele, dissolve a maioria dos ônus socioeconômicos que minorias raciais atualmente suportam em virtude de injustiças do passado. Sendo esse o caso, então, pode-se ter a segurança de que a perspectiva de vida de um indivíduo será essencialmente a mesma que a de outros na mesma situação de talento e

³³ Tradução livre de: "In a democratic constitutional regime, such treatment [racial discrimination] would be ruled out by the requirements that all persons who are capable of participating in a fair system of cooperation (and here we assume this includes everyone) should be accorded equal citizenship and that all offices and positions should be open to all citizens under conditions of fair equality of opportunity."

motivação, independentemente de posição social em que tenham nascido (SHELBY, 2004, p. 1711).

Aliás, vale mencionar que essa também parece ser a posição de Thomas Nagel (NAGEL, 2003, p. 84) e Samuel Freeman (FREMAN, 2007, pp. 90-1), para os quais é função da igualdade equitativa de oportunidades corrigir injustiças do passado contra mulheres e negros, por exemplo. Ressalta-se, dessa maneira, não apenas a importância, mas também a amplitude e a riqueza das funções exercidas por esse princípio.

Parece, então, que a justiça como equidade não precisa necessariamente de uma reforma de seus princípios para proteger contra discriminação. Sem jamais diminuir o valor das contribuições de Shiffrin, a importância de trazer esse debate para a presente dissertação não tem por finalidade dar a resposta para esta questão específica. Mas sim, pretende-se, com isso, contextualizar e reforçar a adequação da escolha de Rawls como marco teórico, uma vez que sua teoria de justiça não é apenas influente, mas também preocupada e aparelhada de recursos suficientes para lidar com o problema de pesquisa específico deste trabalho – as ações afirmativas. Sendo esse o caso, então, passa-se para a próxima seção, em que serão introduzidas as perspectivas de autores pertinentes que também se dedicaram à mesma questão.

1.3. Noções Introdutórias da Relação entre Ações Afirmativas e Justiça como Equidade.

Há que se reconhecer que a publicação de *Uma Teoria da Justiça* em 1971 e seu imediato sucesso fizeram com que as noções básicas da justiça como equidade fossem usadas como fundamento para uma série de políticas típicas do chamado estado de bem-estar social. É bem verdade que o próprio Rawls entendia que este tipo de estado não se respalda em seus princípios de justiça, uma vez que, dado o caráter excessivamente redistributivista deste sistema, seriam permissíveis desigualdades tais que se cria uma classe de “subcidadãos,” os quais não teriam

condições de participar efetivamente do processo político, ferindo, portanto, o valor equitativo das liberdades políticas (RAWLS, 2001, pp. 139-40).

Por outro lado, como esclarecem João Feres Jr. e Luiz Augusto Campos, pode-se afirmar que as ideias de Rawls relacionam-se com as políticas implementadas pelo estado de bem-estar social, pois este foi: "(...) o modelo político, historicamente realizado, que melhor se conforma à teoria justiça como equidade, ainda que tal conformação seja parcial" (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 88). As ações afirmativas são um ótimo exemplo de políticas desse tipo, pois se caracterizam como: "(...) políticas, públicas ou corporativas privadas, que visam promover uma determinada categoria social subrepresentada em algum espaço institucional ou função" (FERES JR & CAMPOS, 2013, 2013, p. 86).

O que chama a atenção, todavia, é o pequeno volume de escritos de Rawls, cujas ideias tanto foram relacionadas com tais políticas públicas, especificamente sobre o assunto. Existem algumas razões possíveis para se compreender essa omissão do autor. Uma delas é inclusive mencionada por ele em uma das raras vezes em que toca o assunto, quando discute a relevância de se levar em consideração sexo e raça na caracterização dos menos favorecidos para fins de aplicação do princípio da diferença. Trata-se, evidentemente, do caráter ideal de sua teoria (RAWLS, 2001, p. 65-6). Embora essa resposta não seja vista com bons olhos por todos, Thomas Nagel acredita que ações afirmativas são problema da teoria não ideal, contentando-se, portanto, com o a proposta de Rawls:

(...) Rawls concentrou-se quase a maior parte de sua vida no que ele chamou de "teoria ideal". Com isso, ele quis dizer a teoria do que constituiria uma sociedade verdadeiramente justa e o porquê. A teoria ideal permite que você diga quando uma sociedade é injusta, porque fica aquém do ideal. Mas não lhe diz o que fazer se, como é quase sempre o caso, você se encontra em uma sociedade injusta e quer corrigir essa injustiça. Esse é o domínio do que ele chamou de "teoria não ideal." A ação afirmativa é claramente uma política destinada a lidar com as consequências injustas de uma história injusta. (NAGEL, 2003, p. 82)³⁴

³⁴ Tradução livre de: "(...) Rawls concentrated for most of his life almost exclusively on what he called "ideal theory." By this he meant the theory of what would constitute a truly just society, and why. Ideal theory enables you to say when a society is unjust, because it falls short of the ideal. But it does not tell you what to do if, as is almost always the case, you find yourself in an unjust society, and want to

Além disso, Nagel argumenta que, no contexto em que Rawls escreveu sua teoria da justiça (especialmente ao longo os anos 60), as principais questões que emergiam no debate público giravam em torno do movimento dos direitos civil de Martin Luther King Jr. Também há que se considerar que o caso paradigmático da suprema corte dos EUA sobre ações afirmativas, o caso Bakke,³⁵ apenas foi decidido em 1978, anos após a publicação da edição original de *Uma Teoria da Justiça* (NAGEL, 2003, p. 82).

Em contrapartida, Feres Jr. e Augusto Campos não se convencem com essa versão de Nagel, uma vez que Rawls teve tempo o suficiente para discutir o assunto, já que publicou até quase fim da vida, chegando inclusive a apresentar uma edição revista de *Uma Teoria da Justiça* em 1999 (RAWLS, 1999) – portanto, anos após a questão das ações afirmativas ter se evidenciado no debate público norte-americano (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 93).

Ainda que a argumentação de Nagel não convença para justificar o silêncio de Rawls sobre o tema, Nagel preocupa-se em ressaltar que acredita que ações afirmativas são uma consequência natural do ideal de justiça rawlsiano, uma vez que tais políticas funcionam para corrigir, ao longo prazo, a situação explicitamente não ideal caracterizada por injustiças históricas contra grupos minoritários (NAGEL, 2003, p. 84).

A seu turno, Robert S. Taylor ressalta que a falta de atenção para o tema das ações afirmativas não é apenas do mestre, mas também dos discípulos: os principais intérpretes de Rawls não entraram a fundo na questão das ações afirmativas (TAYLOR, 2009, p. 477). Já se adiantou que o trabalho de Taylor será o principal contraponto desta dissertação de mestrado. Sendo assim, neste momento

correct that injustice. That is the province of what he called "nonideal theory." Affirmative action is clearly a policy intended to deal with the unjust consequences of an unjust history."

³⁵ O caso 'Regents of the University of California v. Bakke' – 438 U.S. 265 (1978) – tem como objeto a ação que Allan Bakke move contra a Universidade da Califórnia pedindo sua admissão no curso de medicina por ser ele um homem branco que teria passado no "vestibular" não fosse a política de cotas raciais implementadas pela instituição. A decisão final da corte foi de que, embora o uso de critérios étnicos-raciais em programas de admissão educacional seja constitucional, a reserva de vagas para cotistas não é (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 94). Sobre esse caso, ainda vale a pena dizer que Thomas Nagel confidenciou que, na época de seu julgamento, Rawls reconhece a importância da constitucionalidade das ações afirmativas, em tradução livre: "(...) lembro-me de que, naquela época, em uma conversa, Rawls expressou sua visão da importância de se defender a constitucionalidade de ações afirmativas, embora, até onde eu saiba, ele nunca se referiu ao tema em seus escritos, exceto obliquamente" (NAGEL, 2003, p. 82).

de visão panorâmica, basta adiantar que o autor acredita que, em regra, a justiça como equidade não justifica cotas nem mesmo em condições não ideais.

Antes de trabalhar diretamente com Taylor, nota-se que ele menciona dois trabalhos especificamente sobre o tema, embora considere ambos contribuições insuficientemente rawlsianas, uma vez que não compreendem a densidade da conexão entre teoria ideal e não ideal em Rawls. O primeiro deles – “Ethics and Social Policy” de Elizabeth Rapaport (RAPAPORT, 1981, pp. 287-308 *apud* TAYLOR, 2009, p. 477) – sequer trata da distinção entre teoria ideal e não ideal, segundo Taylor.

Já o segundo trabalho que o autor menciona – “Affirmative Action, John Rawls, and a Partial Compliance Theory of Justice” de Edwin L. Goff (GOFF, 1976, pp. 43-59) – não recebeu sua devida atenção, pois Taylor o deixa de lado sob o fundamento de que não lida adequadamente com as questões de teoria não ideal.³⁶ Há que se reconhecer que Goff traça uma discussão menos sofisticada sobre o tema, uma vez que seu artigo foi publicado pouco tempo depois da edição original de *Uma Teoria da Justiça*. Mas, ainda assim, vale a pena apresentar aqui algumas de suas contribuições.

Em linhas gerais, Goff considera que a política de ações afirmativas é, no mínimo, consistente com o núcleo da estrutura teórica de Rawls e que, na verdade, aposta que ela é uma exigência de justiça dos princípios desenvolvidos pela respectiva teoria não ideal (GOFF, 1976, p. 45). Parece, então, que Taylor não fez uma leitura muito caridosa de Goff ao falar que este não se endereça adequadamente à teoria não ideal. Ao longo de seu texto, o autor inúmeras vezes trabalha e constrói a partir dessa distinção metodológica para o estudo da justiça, como se percebe nos seguintes excertos: “(...) as maneiras precisas pelas quais os princípios ideais são relevantes para as sociedades não ideais obviamente variarão de acordo com a natureza das injustiças específicas examinadas” (GOFF, 1976, p. 49); ou “(...) uma teoria de obediência parcial deve desenvolver princípios que

³⁶ Como ressaltando, essa distinção será estudada com mais profundidade nos capítulos que se seguem. Por sua vez, neste momento do texto, pede-se para considerar teoria com obediência parcial (“partial compliance theory”) como simples sinônimo de teoria não ideal.

transformarão em justas instituições injustas, sem violar outros princípios de injustiça” (GOFF, 1976, p. 51).³⁷

Pois bem, Goff entende que há duas questões essenciais que uma justificação rawlsiana das ações afirmativas precisa enfrentar: (i) se ações afirmativas violam a igualdade de oportunidades de emprego e (ii) se elas não criam demandas complexas demais que as tornem impraticáveis (GOFF, 1976, pp. 47-8). Fica claro que o autor entende que a história da discriminação com base em raça e sexo nos EUA revela como a igualdade equitativa de oportunidades de Rawls tem sido sistematicamente violada. Isto é, como o sistema americano não distribui vagas de forma justa, por exemplo, dada a abissal disparidade entre brancos e negros nos cargos mais bem remunerados.³⁸ Sendo assim, o autor acredita que se pode presumir que quem contrata não está seguindo a igualdade equitativa de oportunidades (GOFF, 1976, p. 55).

Por outro lado, Goff também reconhece que ações afirmativas não conseguem sozinhas atingir a igualdade equitativa de oportunidades em termos rawlsianos. Não obstante, o autor reforça como uma teoria não ideal partindo de Rawls consegue delimitar a importância desse tipo de política pública na garantia de duas dimensões da igualdade equitativa de oportunidades: iguais oportunidades de emprego e de educação (GOFF, 1976, p. 52).

Evidentemente que o autor não perde de vista que essas políticas precisam se apoiar em confiáveis dados empíricos para demonstrar tanto sua necessidade – se há, por exemplo, mais oportunidades para um grupo do que para outro – quanto sua eficiência – se têm apresentado os resultados esperados (GOFF, 1976, p. 53). Aliás, essa atenção empírica é o caminho para responder à indagação (ii) sobre as possíveis dificuldades procedimentais de implementação da política de ações afirmativas. Goff aposta, portanto, no bom funcionamento das ações afirmativas, que será comprovado empiricamente (GOFF, 1976, p. 56).

³⁷ Traduções livres de, respectivamente: “(...) the precise ways in which ideal principles are relevant to non-ideal societies obviously will vary according to the nature of the specific injustices examined” e “(...) a partial compliance theory must develop principles that will transform unjust into just institutions without violating further principles of injustice.”

³⁸ Conforme, a título de mero exemplo: <https://www.usatoday.com/story/money/2018/04/02/analysis-blacks-largely-left-out-high-paying-jobs-government-data-shows/477845002/>. Acesso em 20/01/2019.

Finalmente, Goff reforça como é importante apresentar uma defesa rawlsiana das ações afirmativas, o que demonstra o compromisso que a tradição liberal americana tem com as implicações da própria concepção liberal de justiça igual para todos (GOFF, 1976, pp. 58-9).

Pois bem, aproximando um pouco mais a discussão ao contexto brasileiro, João Feres Junior e Luiz Augusto Campos, ambos professores do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, examinaram a relação entre liberalismo igualitário e ações afirmativas. Em seu trabalho (FERES JR & CAMPOS, 2013, pp. 85-99), os professores investigam não apenas a posição de Rawls, mas também de outros autores liberais igualitários, como Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, pp. 409-27) e Thomas Nagel (NAGEL, 1973, pp. 348-63). Sua principal conclusão é que, embora o senso comum seja de que o liberalismo igualitário justifique bem esse tipo de política pública, “(...) não há uma relação unívoca entre a teoria política e moral do liberalismo igualitário e a justificação de políticas de ação afirmativa de recorte étnico-racial” (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 85).

Ao tratarem especificamente de Rawls, Feres Jr. e Campos reforçam que o critério rawlsiano para definição dos menos favorecidos, portanto, privilegiados pelo princípio da diferença, é socioeconômico, o que, como já ressaltado anteriormente, dificulta a justificação de ações afirmativas raciais, por exemplo. Entretanto, os autores reconhecem que isso não encerra a questão do ponto de vista da justiça como equidade, conforme demonstra a seguinte citação direta de Rawls:

Algumas vezes, contudo, outras posições podem ser levadas em conta. Se, por exemplo, há direitos básicos desiguais fundados em características naturais fixas, essas desigualdades definirão posições relevantes. Uma vez que tais características não podem ser mudadas, as posições que elas definem contam como ponto de partida na estrutura básica. Distinções baseadas em sexo são desse tipo, assim como aquelas relacionadas à raça e cultura. (RAWLS, 1971, p. 96 *apud* FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 89)³⁹

A despeito da citação acima, Feres Jr. e Campos são da posição de que, para Rawls, em regra, cotas sociais bastariam – ou seja, não haveria lugar para cotas de recorte étnico-racial em *Uma Teoria da Justiça*. Eles adotam essa posição, pois,

³⁹ Tradução dos autores.

mesmo no *Liberalismo Político* (RAWLS, 2005), livro em que raça e sexo poderiam ganhar um destaque maior, Rawls, já no prefácio, explicita que seu principal objeto de estudo ali são as questões clássicas da teoria liberal, notadamente, o funcionamento das instituições que compõem a estrutura básica das democracias ocidentais, sem, portanto esmiuçar questões particulares de aplicação da justiça (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 90).

Somente em *Justiça como Equidade: uma Reformulação* (RAWLS, 2001), Rawls apresenta um avanço maior nesse assunto. Nesta obra, ele ainda mantém sua posição de que os menos favorecidos jamais podem ser identificados sem referência a renda e riqueza. Contudo, Feres Jr. e Campos reconhecem que ali, Rawls explicita a possibilidade de se levar em consideração não apenas renda e riqueza para caracterizar os menos favorecidos em condições não ideais, pois:

(...) (i) primeiro, a condição de “menos privilegiado” pode ter um componente natural, que são as habilidades inatas e (ii) as Ciências Sociais já mostraram repetidas vezes que categorias como raça e gênero não são naturais, mas socialmente construídas. (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 91).

Desta forma, Feres Jr. e Campos reconhecem, então, que Rawls dá margem para pensar ações afirmativas étnico-raciais em sociedade nas quais raça, sexo e demais fatores moralmente arbitrários são determinantes para a piora injustificada da posição social de determinados indivíduos – isto é, em condições não ideais. Isso significa, então, que, embora os autores compreendam que não haja lugar para cotas raciais na sociedade bem ordenada pela justiça como equidade, eles admitem que “(...) a interpretação mais razoável [da teoria de Rawls] é de que ações afirmativas de gênero e étnico-raciais são sim justificáveis desde que tenham como horizonte normativo a igualdade” (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 92).

Ainda entre autores brasileiros, vale a pena citar uma recente dissertação de mestrado em filosofia defendida na Universidade Federal da Bahia, na qual Everton Mendes Francelino, orientado pelo prof. dr. Daniel Tourinho Peres, enfrenta a mesma questão que se enfrenta aqui. Em suma, o principal argumento de Francelino é pensar as ações afirmativas como políticas derivadas do princípio da diferença e que têm como objetivo inerente garantir as bases sociais do autorrespeito (FRANCELINO, 2017, p. 110).

Desse modo, o autor reforça que a justificação das ações afirmativas em Rawls, para além da garantia da igualdade equitativa de oportunidades, possibilita a garantia dos seguintes bens primários: livre escolha de ocupação; atribuição de poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; e a provisão das bases sociais do autorrespeito (FRANCELINO, 2017, pp. 111-2).

Em outras palavras, Francelino faz a defesa das ações afirmativas rawlsianas dada sua finalidade de garantir as bases sociais do autorrespeito a indivíduos que apresentem dificuldades moralmente injustificáveis no desenvolvimento do senso de seu próprio valor enquanto sujeitos, de sua concepção de vida boa e da própria capacidade de executar seu projeto de vida. Sendo essas dificuldades provenientes de “preconceito, da discriminação e da sub-representação a que estão sujeitos em determinados ambientes e setores da sociedade,” então ações afirmativas rawlsianas se tornam justificáveis (FRANCELINO, 2017, p. 114).

Assim como Francelino, o professor Clèmerson Clève, titular de direito constitucional na Universidade Federal do Paraná, acredita que o caminho para a justificativa rawlsiana das ações afirmativas passa pela sua função na garantia do acesso igualitário a bens primários. Em um texto mais voltado para a discussão sobre algumas decisões judiciais a respeito de ações afirmativas, Clève, em breve comentário sobre Rawls, afirma que a concepção deste autoriza que sejam pensados mecanismos institucionais que procurem uma distribuição de bens e direitos nos moldes dos princípios de justiça. Desse modo, o autor acredita que as ações afirmativas se justificam como um desses mecanismos:

(...) as ações afirmativas constituem uma forma de correção das desigualdades naturais em sociedades atravessadas por disparidades de diversas ordens. A sociedade igualitária poderia ser alcançada, sustenta o autor [Rawls], “se cada pessoa contasse com o mesmo conjunto de bens primários – entendendo por tais aqueles bens que todo mundo gostaria de ter porque constituem meios indispensáveis para realizar qualquer plano de vida.” (CLÈVE, 2016, p. 548)

Finalmente, ainda vale mencionar o argumento do autor desta dissertação de mestrado em obra prévia (DUTRA, 2017),⁴⁰ quando se sustentou a justificação das

⁴⁰ Atualmente, apesar de se considerar o principal argumento defendido ali deveras pouco desenvolvido, considera-se que escrever esse texto foi essencial na carreira do autor. Isso porque, além de ter sido uma etapa muito relevante na formação acadêmica, uma vez que ele foi defendido

ações afirmativas no acesso à educação pública superior brasileira com base na disparidade do atual contexto do brasileiro em comparação com uma sociedade bem ordenada pela justiça como equidade (DUTRA, 2017, pp. 48-50).⁴¹ Por outro lado, embora não se sustente que a situação do país tenha melhorado entre a publicação desse texto mencionado e a escrita desta dissertação de mestrado, espera-se que o argumento para a justificativa rawlsiana das ações afirmativas tenha tomado mais corpo no presente trabalho.

Passar por esse panorama de textos é relevante para demonstrar como ações afirmativas são um assunto que, embora não tenha sido diretamente endereçado por Rawls, intuitivamente tem uma relação forte com seus princípios de justiça. Com muito respeito a todos os trabalhos aqui mencionados, há que se reconhecer que a proposta de Taylor é a mais desafiadora sobre o assunto, até mesmo por ser tratar de uma posição que contraria o senso comum de rawlsianos e as próprias manifestações informais de Rawls⁴² quanto à justiça dessas políticas (MATTHEW, 2015, p. 325). Por esse motivo, Taylor receberá atenção especial no restante do trabalho e a argumentação dos próximos capítulos pretende apresentar contrapontos rawlsianos para os relevantes argumentos desenvolvidos pelo autor, começando pela discussão em torno da teoria ideal.

como trabalho de conclusão do bacharelado em direito na UFMG, o trabalho funcionou como introdução ao debate sobre ações afirmativas e a justiça como equidade. Além do mais, há que se reconhecer que diversas partes dos capítulos 2 e 3 da presente dissertação utilizaram-se desse trabalho como base.

⁴¹ Essa parece também ser a mesma conclusão do trabalho de Rodrigo Baptista Sepriano (SEPRIANO, 2013, p. 57) em sua especialização em filosofia do direito na Pontifícia Universidade Católica da Minas Gerais, orientada pelo prof. dr. Tiago Mosci.

⁴² Sobre este ponto, vale transcrever o sagaz comentário do prof. dr. Andrew Valls, em tradução livre: "(...) Taylor admite que suas conclusões estão em desacordo com o que o próprio Rawls considerou como implicações de sua teoria (2009, 506), e Taylor, desse modo, presume entender a teoria e suas consequências para ação afirmativa melhor do que o próprio Rawls" (VALLS, 2010, p. 18).

2. Ações Afirmativas e Teoria Ideal

No capítulo anterior, engajou-se na delimitação de alguns conceitos básicos da justiça como equidade que são pertinentes e relevantes para esta dissertação. Nesse sentido, procurou-se focar nos pontos de contato entre o pensamento de Rawls e a não discriminação, além de estabelecer um panorama de textos relevantes que já enfrentaram a questão das ações afirmativas rawlsianas. Reconheceu-se, então, que o trabalho de Robert S. Taylor (TAYLOR, 2009) é o mais relevante e desafiador sobre o assunto publicado até hoje, razão pela qual será adotado como principal interlocutor da presente dissertação de mestrado.

Começa-se a esmiuçar o argumento de Taylor a partir da teoria ideal, na distinção clássica proposta por Rawls. Antes disso, contudo, apresenta-se um conceito que categoriza os tipos de ações afirmativas, para melhor compreender os impactos que os princípios de justiça têm para cada um deles. Na sequência, explora-se a distinção entre teoria ideal e teoria não ideal, sendo que se pretende demonstrar que a interpretação que Taylor não é a mesma que a Rawls, e isso terá impactos significativos no próximo capítulo, cujo foco é a teoria não ideal.

Em circunstâncias ideais de justiça, os principais argumentos contra a proposta de Taylor seguem as seguintes linhas: sua má compreensão da prioridade lexical entre os princípios; o não conflito entre igualdade de oportunidades formal e ações afirmativas; e, finalmente, a dúvida sobre a existência de injustiças contra grupos minoritários em uma sociedade bem ordenada. A despeito da refutação aos argumentos de Taylor, conclui-se sem a certeza de se sustentar que os princípios da justiça como equidade reclamam necessariamente ações afirmativas em uma sociedade bem ordenada.

2.1. Um Conceito Analítico de Ações Afirmativas.

Robert S. Taylor apresenta um texto bastante rico, em que explora a possibilidade de ações afirmativas rawlsianas, tanto em condições ideais quanto não

ideais. Ele inicia seu raciocínio com base nas seguintes palavras de Samuel Freeman:

[Ação afirmativa] não faz parte da FEO [igualdade equitativa de oportunidades] para Rawls e talvez seja incompatível com ela. Isso não significa que Rawls nunca tenha considerado apropriado o tratamento preferencial na contratação e na educação. Em palestras e aulas, ele indicou que elas podem ser um remédio adequado contra os efeitos atuais de discriminações do passado. Mas isso pressupõe que elas sejam temporárias. (FREEMAN, 2007, pp. 90-91 *apud* TAYLOR, 2009, p. 476)⁴³

Taylor, então, constrói seu argumento a favor de uma interpretação restritiva da justificação rawlsiana das ações afirmativas. Para ele, estudar esse tema, na verdade, dá interessantes “insights” sobre a teoria de Rawls e seu compromisso com individualismo, procedimentalismo e autonomia (TAYLOR, 2009, p. 477). Assim, a principal tese de seu texto – com a qual, em abstrato, se está de pleno acordo – é que: “(...) qualquer teoria ideal deontológica deve não apenas guiar, mas também restringir sua respectiva teoria não ideal, para que não sofram de uma tensão fatal” (TAYLOR, 2009, p. 478).⁴⁴

É importante também ressaltar que o argumento de Taylor é integralmente centrado na busca uma justificação prospectiva com base em justiça para esse tipo de política pública (nos dizeres de Taylor, é “forward-looking”). Isso significa que o autor não discute argumentos de reparação (“backward-looking”)⁴⁵ ou de diversidade, sem, contudo, desconsiderar o valor desse tipo de justificação. Este é outro ponto em que se concorda com Taylor, pois, de uma perspectiva rawlsiana tradicional, o caráter “forward-looking” da teoria é bastante aceito, conforme ressalta Simmons:

A injustiça histórica não é abordada na teoria de Rawls, porque os princípios derivados da justiça são puramente “forward-looking,” porque o problema de

⁴³ Tradução livre de: “[Affirmative action] is not part of FEO [Fair Equality of Opportunity] for Rawls, and is perhaps incompatible with it. This does not mean that Rawls never regarded preferential treatment in hiring and education as appropriate. In lectures he indicated that it may be a proper corrective for remedying the present effects of past discrimination. But this assumes it is temporary.”

⁴⁴ Tradução livre de: “(...) any deontological ideal theory must not just guide but also constrain its complementary nonideal theory, lest they suffer from a fatal tension.”

⁴⁵ Para o esboço de uma justificação rawlsiana de ações afirmativas pensadas como mecanismos compensatórios, tem-se a visão do prof. dr. Luiz Paulo Rouanet (ROUANET, 2006, *passim*).

escolha dado às partes da posição original de Rawls exige a escolha de princípios puramente “forward-looking.” (SIMMONS, 2010, p. 33)⁴⁶

Todavia, essa não é uma questão absolutamente incontroversa na literatura. Assim, vale apresentar a visão do prof. dr. Moisés Vaca Paniagua, para quem uma teoria da justiça como a de Rawls precisa mostrar que leva em consideração injustiças históricas. Em outras palavras, ele sustenta a necessidade de um princípio de reparação a tais injustiças mesmo em uma sociedade bem ordenada, pois acredita que os caracteres ideal, “forward-looking” e não abrangente da teoria de Rawls não justificam sua falta de preocupação com injustiças históricas (PANIAGUA, 2012, p. 14).

Segundo Paniagua, há essencialmente três argumentos para justificar essa posição. O primeiro é de que vítimas de violência política têm o interesse em vir a termos com tais injustiças históricas que sofreram e isso é uma regularidade da psicologia humana. Sendo, assim, um fato da psicologia humana, seria necessário que as partes na posição original o levem em consideração no momento da escolha dos princípios de justiça (PANIAGUA, 2012, p. 68):

(...) o problema de escolha apresentado às partes na posição original (isto é, selecionar princípios para regular a cooperação social sob o véu da ignorância com pleno conhecimento de toda informação relevante a respeito das regularidades da psicologia humana e da sociedade – ver TJ: 102 -160) não pode ser corretamente resolvido adotando-se princípios estritamente “forward-looking.” (PANIAGUA, 2012, p. 85)⁴⁷

Seu segundo argumento é de que sociedades bem ordenadas não surgem do nada. Desse modo, um passado injusto é, na verdade, um fato para qualquer sociedade bem ordenada pela justiça como equidade, assim como o pluralismo razoável. Evidentemente que, com isso, o autor não quer dizer que haja injustiças sistemáticas em uma sociedade bem ordenada, mas apenas que qualquer sociedade bem ordenada conta com severas injustiças em sua história anterior a sua “boa ordenação” (PANIAGUA, 2012, p. 72).

⁴⁶ Tradução livre de: “Historical injustice goes unaddressed in Rawls’s theory because the derived principles of justice are purely ‘forward-looking’, because the choice problem given to Rawls’s original position contractors requires their choice of forward-looking principles.”

⁴⁷ Tradução livre de: “(...) the choice problem presented to the parties in the original position (i.e., selecting principles to regulate social cooperation under the veil of ignorance in full knowledge of all relevant information regarding the regularities of human psychology and society — see TJ: 102-160) cannot be correctly solved by adopting strictly forward-looking principles.”

O autor ainda ressalta que Rawls precisa aceitar o fato das injustiças pretéritas se ele pretende que sua teoria seja realmente uma utopia realizável – ou seja, que tenha pretensão de guiar sociedades existentes em direção à justiça. Na visão de Paniagua, o que torna uma sociedade bem ordenada é a existência de circunstâncias históricas, naturais e culturais que favorecem a estável perpetuação desse arranjo social intergeracionalmente – não se trata, assim, de uma “república de anjos” (PANIAGUA, 2012, p. 77).

Finalmente, seu terceiro argumento contra princípios de justiça exclusivamente “forward-looking” é de que as partes na posição original demonstram preocupações intertemporais que não têm vistas apenas ao futuro. Isso seria explicitado com a formulação do princípio da poupança justa e pela caracterização que Rawls faz de uma sociedade liberal como um sistema de justa cooperação social intergeracional – traduzindo a ideia da sociedade como um contínuo temporal (PANIAGUA, 2012, p. 87). Sendo assim, “(...) alguns dos problemas decorrentes dessas interações [entre gerações], que são relevantes para sua própria teoria de justiça [de Rawls], têm a ver com a relação de uma geração atual com seu próprio passado ou com as gerações anteriores” (PANIAGUA, 2012, p. 89).⁴⁸

Não obstante a força da argumentação de Paniagua, parece bastante intuitiva a afirmação de que a justiça como equidade se adequa a uma justificação “forward-looking.” Aliás, os professores João Feres Jr. e Luiz Augusto Campos expressam entendimento parecido. Os autores reforçam que, de modo geral, a filosofia apresenta três vias para justificar as ações afirmativas: a justiça social (“forward-looking”), a reparação (“backward-looking”) e a diversidade. Ao tratarem da relação entre liberalismo igualitário e ações afirmativas, eles entendem que a tradição mais se estrutura nos moldes “forward-looking.” Interessante que eles também expressamente negam a relação entre liberalismo de Rawls e o argumento da diversidade: “(...) o argumento da diversidade da maneira como é utilizado não pode ser diretamente derivado da teoria da justiça como equidade rawlsiana” (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 87).

⁴⁸ Tradução livre de: “(...) some of the problems arising from those interactions [between generations], which are relevant for his [Rawls] own theory of justice, have to do with the relation of a current generation with its own past or with previous generations.”

Acredita-se que fazer a leitura de Taylor a sua melhor luz⁴⁹ significa compreender que sua proposta de justificação “forward-looking” é uma justificativa de justiça social, nos termos de Feres Jr. e Campos. Em outras palavras, Taylor não se apoia em argumentos nem de reparação nem de diversidade para seu argumento rawlsiano, e essa, apesar dos argumentos de Paniagua, é uma leitura possível e bastante consolidada entre leitores da teoria ideal de Rawls (SIMMONS, 2010, pp. 32-3; KORSGAARD, 1996, pp. 147-8).

Pois bem, de modo geral Taylor caracteriza as ações afirmativas como “(...) classe de políticas públicas voltadas para a conquista da igualdade de oportunidades, especialmente nos âmbitos do ensino superior e do emprego, para certos grupos historicamente oprimidos” (TAYLOR, 2009, p. 478).⁵⁰ Para dar uma visão mais bem detalhada, o autor classifica as ações afirmativas conforme Thomas Nagel (NAGEL, 1973, p. 349-51 *apud* TAYLOR, 2009, p. 478), para quem há cinco categorias delas.

A primeira categoria de ações afirmativas (AA 1) cuida de uma faceta própria da igualdade de oportunidades, a saber, a formal. Desse modo, garantido esse primeiro nível de política pública, têm-se carreiras abertas a todos, sendo vedadas quaisquer discriminações arbitrárias. Esse tipo de AA bebe na fonte da primeira geração dos direitos fundamentais, em que a maior preocupação era a igualdade perante a lei. Pode-se argumentar que, nos termos da distinção conceitual proposta, se inclui nesta categoria de ação afirmativa a igualdade perante a lei do caput do art. 5º da Constituição da República de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” (BRASIL, 1988).

⁴⁹ Vale mencionar que Rawls, em seus estudos, sempre lançou mão desse princípio, o que pode ser percebido, por exemplo, pela leitura de suas aulas de filosofia política (RAWLS, 2007, *passim*). Além disso, Freeman apresenta a seguinte citação direta de texto não publicado de Rawls, em tradução livre (“My Teaching” de 1993): “Adoto seriamente o seguinte comentário de Mill (...): ‘Uma doutrina não é julgada até que seja julgada em sua melhor forma.’ (...) Várias máximas me guiaram ao fazer isso. Eu sempre presumi, por exemplo, que os escritores que estávamos estudando eram sempre muito mais inteligentes do que eu” (FREEMAN, 2007, p. 7).

⁵⁰ Tradução livre de: “(...) class of public policies focused on achieving equality of opportunity, especially in the realms of tertiary education and employment, for certain historically oppressed groups.”

Ao segundo nível (AA 2), Nagel chama de agressiva igualdade de oportunidades formal. Com isso, ele busca uma imparcialidade autoconsciente dos próprios indivíduos que resulte de treinamento da população, monitoramento externo e reforço jurídico (até mesmo sancionatório). Aqui se encontram as políticas educativas para superação dos preconceitos, como se pode ver ao longo Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), por exemplo, em seu art. 10º, que trata do acesso da população negra à educação, cultura esporte e lazer, e obriga União, Estados, Municípios e Distrito Federal ao “III – desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade” (BRASIL, 2010).

Na sequência, a terceira categoria de ações afirmativas (AA 3) se preocupa com a ajuda compensatória, ou seja, com programas especiais de treinamento e capacitação de camadas sociais pior posicionadas e grupos histórica e/ou atualmente discriminados. Um bom exemplo desse tipo de política é o Projeto Enegrecer,⁵¹ um projeto de extensão de iniciativa dos alunos do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Sua principal proposta é fornecer tutoria e preparação em sentido amplo para os candidatos às vagas reservadas para negros do processo seletivo do mestrado e do doutorado em direito na instituição.

A próxima categoria (AA 4) é chamada de “cotas leves,” ou seja, os chamados bônus de largada para determinados grupos. Esse era, aliás, o sistema de ação afirmativa adotado pela Universidade Federal de Minas Gerais para o concurso vestibular até poucos anos atrás. À época, os alunos de escolas públicas recebiam aumento de 10% na nota obtida e aqueles que, além de terem frequentado a escola pública, somassem o critério étnico-racial, recebiam 15% de aumento em sua nota final.

A última categoria de ações afirmativas (AA 5) é o que Nagel chama de “cotas pesadas,” aquelas que exigem uma representação proporcional dos beneficiados pela política no resultado dos processos de divisão de bens e posições sociais.

⁵¹ Mais informações sobre o projeto, do qual tenho a satisfação de fazer parte, disponíveis em: <https://pos.direito.ufmg.br/?home-noticia=iniciativa-estudantil-coletivo-processo-seletivo-pos-graduacao-em-direito-ufmg-tutoria-projeto-enegrecer>. Acesso em 16/01/2018.

Novamente trazendo para o contexto brasileiro, é esse o caso da Lei nº 12.711/2012:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. (...)

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.(BRASIL, 2012)

Nota-se como a preocupação da lei é de reserva de 50% das vagas nas instituições de educação superior federais para alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas. Além disso, o parágrafo único do primeiro artigo e o artigo terceiro trazem formas de divisão desses 50%, tendo em consideração deficiências e etnia declarada – isto é, dentre os alunos das escolas públicas cuja vaga está reservada, há que se observar proporção de pessoas com deficiência e da etnia representativa de cada estado, conforme o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Vale mencionar também que um tipo de ação afirmativa similar a este foi adotado para concursos públicos no âmbito federal, conforme o art. 1º da Lei nº 12.990/2014: “Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal (...)” (BRASIL, 2014).

Pois bem, parece claro que a finalidade das AA 1-2 é notadamente eliminar os preconceitos da sociedade, especialmente das AA 2. Do ponto de vista das AA 3, a perspectiva parece ser um pouco mais de busca e fomento de políticas públicas

que nivelem a competição e melhorarem a preparação de todos na procura pelo seu lugar ao sol. Segundo Taylor, a categoria 4, por sua vez, interfere ao longo dos processos seletivos e, finalmente, a categoria 5 interfere no resultado.

Resumidamente, para Taylor, em regra, a justiça como equidade não permitiria as cotas nem “leves” nem “pesadas”, ainda que em condições não ideais (TAYLOR, 2009, p. 479). O autor aceita apenas dois casos de teoria não ideal em que considera aceitáveis as AA 4-5: quando se tem convicção de como seria o “output” da teoria ideal, admitindo, portanto, que o limite de nosso juízo sobre a situação justa não é insuperável; ou quando as AA 4 – 5 são claramente mais eficientes do que AA 1-3 (TAYLOR, 2009 pp. 500-1). O foco desta dissertação de mestrado será, por sua vez, a regra e não nas exceções. A seguir, os detalhes do argumento em condições ideais,⁵² além de suas e suas respectivas refutações.

2.2. Teoria Ideal, Concepção Geral e Concepção Especial de Justiça.

Para refinar a discussão, é necessário clarificar a distinção entre teoria ideal e não ideal. Essa dicotomia é central para o projeto de pesquisa de John Rawls, que assim propõe:

A ideia intuitiva é dividir a teoria da justiça em duas partes. A primeira ou parte ideal presume obediência estrita e trabalha os princípios que caracterizam uma sociedade bem ordenada em circunstâncias favoráveis. Desenvolve-se a concepção de uma estrutura básica perfeitamente justa e os deveres e obrigações correspondentes das pessoas conforme as restrições fixas da vida humana. Minha principal preocupação é com essa parte da teoria. A teoria não ideal, a segunda parte, é elaborada depois que uma concepção ideal de justiça foi escolhida; só então as partes se perguntam quais princípios adotar em condições menos afortunadas. (RAWLS, 1999, p. 216)⁵³

⁵² O argumento em condições não ideais fica, como aditando, para o próximo capítulo.

⁵³ Tradução livre de: “The intuitive idea is to split the theory of justice into two parts. The first or ideal part assumes strict compliance and works out the principles that characterize a well-ordered society under favorable circumstances. It develops the conception of a perfectly just basic structure and the corresponding duties and obligations of persons under the fixed constraints of human life. My main concern is with this part of the theory. Nonideal theory, the second part, is worked out after an ideal conception of justice has been chosen; only then do the parties ask which principles to adopt under less happy conditions.”

Como é sabido, Rawls focou seu trabalho na teoria ideal, porque, segundo ele, “(...) o conflito atual no pensamento democrático é, em boa parte, um conflito sobre qual concepção de justiça é mais apropriada para uma sociedade democrática sob condições razoavelmente favoráveis” (RAWLS, 2001, p. 13).⁵⁴ Aliás, essa justificativa também vai ao encontro da pergunta fundamental que a filosofia política deve responder segundo o autor, a saber: qual a mais aceitável concepção política de justiça na delimitação dos termos da justa cooperação social entre cidadãos tidos como livres e iguais, racionais e razoáveis, enquanto membros efetivos de uma sociedade ao longo de sua vida e de geração após geração (RAWLS, 2001, p. 7-8).

Pois bem, em suma, a teoria ideal rawlsiana busca os princípios que devem ser aplicados à sociedade ideal, a que ele chama de sociedade bem ordenada, ou seja, aquela regulada por uma concepção política de justiça⁵⁵ em que todos aceitam e sabem que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça e cujas instituições que compõe sua estrutura básica sabidamente satisfazem tais princípios (RAWLS, 1999, p. 397). Em contraponto, a teoria não ideal lida com as injustiças presentes, tratando de temas como a desobediência civil e o direito à guerra justa, sempre considerando a respectiva teoria ideal como norte:

A teoria não ideal (...) busca políticas e cursos de ação que sejam moralmente permissíveis e politicamente possíveis, bem como que possam ser eficazes. Assim, a teoria não ideal pressupõe que a teoria ideal já esteja disponível. Pois, até que o ideal seja, pelo menos em linhas gerais, identificado – e isso é tudo o que devemos esperar – a teoria não ideal não tem um objetivo por referência ao qual suas perguntas possam ser respondidas. Embora as condições específicas do nosso mundo atual – o status quo – não determinem a concepção ideal (...), elas afetam as respostas específicas às questões da teoria não ideal. (RAWLS, 2000, pp. 89-90)⁵⁶

⁵⁴ Tradução livre de: “(...) the current conflict in democratic thought is in good part a conflict about what conception of justice is most appropriate for a democratic society under reasonably favorable conditions.”

⁵⁵ Em “A Ideia de Razão Pública Revisitada” (RAWLS, 2000, pp. 129-180), Rawls atribui três aspectos a uma concepção política de justiça: seus princípios se aplicam às instituições políticas e sociais que compõe a estrutura básica; ela pode ser apresentada de forma independente (“free-standing”) das doutrinas abrangentes; e ela é desenvolvida a partir de ideias fundamentais tidas como implícitas na cultura política pública de um regime constitucional, por exemplo, pressupor os cidadãos como livres e iguais e tomar a sociedade como um sistema de justa cooperação social (RAWLS, 2000, p. 143).

⁵⁶ Tradução livre de: “Nonideal theory (...) looks for policies and courses of action that are morally permissible and politically possible as well as likely to be effective. So conceived, nonideal theory presupposes that ideal theory is already on hand. For until the ideal is identified, at least in outline –

Embora seja intuitivo apoiar-se na dicotomia segundo a qual a teoria ideal lida com o que é justiça, enquanto que a teoria não ideal responde como lidar com injustiças, ao analisa-la com mais atenção, percebe-se que se trata de uma simplificação contraprodutiva. Acompanha-se, neste ponto, Moisés Paniagua, para quem há dois sentidos para teoria ideal em Rawls: o sentido não técnico é expressado pela ideia de utopia realizável, ou seja, a sociedade bem ordenada como o sistema mais justo possível limitado pelas possibilidades humanas; já o sentido técnico é caracterizado essencialmente pela presunção de obediência estrita e de condições favoráveis (PANIAGUA, 2012, pp. 64-5).

Paniagua entende que a teoria não ideal de Rawls procura dar as linhas gerais sobre como proceder em cenários em que há injustiça. Todavia, para ele, afirmar simplesmente que a teoria não ideal lida com a injustiça obscurece duas questões importantes: primeiro, ele entende que a presunção de obediência estrita significa que não há mais injustiças graves ocorrendo na sociedade, mas nada diz sobre a correção de injustiças do passado. Em segundo lugar, afirmar que apenas a teoria não ideal lida com a injustiça tira do escopo da teoria ideal o estudo de como prevenir que injustiças surjam em uma sociedade bem ordenada (o que desnaturaria sua boa ordenação). Para o autor, portanto, o caráter ideal da teoria de Rawls significa apenas que: “a teoria [ideal] não indica como podemos chegar de nossas sociedades liberais contemporâneas a uma sociedade livre de injustiças. Isso, de acordo com a distinção [ideal/não ideal], é o trabalho da teoria não ideal” (PANIAGUA, 2012, p. 66).⁵⁷

Superada, portanto, essa simplificação, é importante notar que Taylor afirma que, apenas diante de condições ideais (obediência estrita e circunstâncias favoráveis – v.g. ausência de guerras e miséria extrema), aplica-se a concepção especial de justiça de Rawls, sendo a teoria não ideal o lugar para aplicação da concepção geral de justiça⁵⁸ (TAYLOR, 2009, pp. 479-80).

and that is all we should expect – nonideal theory lacks an objective, an aim, by reference to which its queries can be answered. Though the specific conditions of our world at any time – the status quo – do not determine the ideal conception (...), those conditions do affect the specific answers to questions of nonideal theory.”

⁵⁷ Tradução livre de: “[ideal] theory does not state *how* we can arrive from our contemporary liberal societies to such an injustice-free society. That, according to the [ideal/non-ideal] divide, is the job of non-ideal.”

⁵⁸ Assim enunciada, em tradução livre: “Todos os bens sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma

Em termos amplos, a concepção geral de justiça “considera que todos os bens primários têm igual importância e os distribui para beneficiar a todos igualmente, permitindo desigualdades apenas para o maior benefício daqueles que terminam com menos” (FREEMAN, 2007, p. 65), enquanto que a concepção especial de justiça prioriza “(...) a igualdade das liberdades básicas sobre outros valores sociais, e igualdade de oportunidade justa sobre o princípio da diferença” (FREEMAN, 2007, p. 65).⁵⁹

Ambas as concepções serão mais desenvolvidas adiante, mas o ponto aqui é perceber como Taylor vincula teoria ideal à concepção especial; e teoria não ideal à concepção geral. Todavia, essa não é a leitura mais fiel ao texto de Rawls. Em diálogo com o próprio Taylor, Freeman, o mais importante intérprete de Rawls, afirma que a concepção geral de justiça se aplica apenas a condições “menos do que favoráveis,” ou seja, sociedades que não estão em condições de sustentar nem uma constituição liberal nem a democracia em seus aspectos mais básicos (FREEMAN, 2007, p. 489-90).

Desse modo, a concepção especial de justiça se aplica a dois tipos de sociedade, cada uma gerando uma forma de fazer teoria de justiça.⁶⁰ A primeira é a sociedade bem ordenada, ou seja, uma sociedade cujas instituições que compõem sua estrutura básica se regulam por uma concepção política de justiça, a qual também é aceita pelos cidadãos. Este é o caso da teoria ideal conforme Rawls indica em seus textos.

Mas a concepção especial não fica apenas ali, podendo também ser aplicada a uma sociedade que ainda não merece o título de bem ordenada: aquela que, embora não enfrente contingências históricas desfavoráveis, possui instituições que ainda não satisfazem os princípios de uma concepção política de justiça. Segundo Rawls, essa era a situação dos EUA em que ele viveu: “(...) em nosso país

distribuição desigual de qualquer um desses bens, ou todos eles, seja vantajosa para todos” (RAWLS, 1999, p. 54).

⁵⁹ Traduções livres de, respectivamente: “regards all the primary goods as of equal significance and distributes them to benefit everyone equally, allowing for an inequality only if it is to the greater benefit of those who end up with the least” e “(...) the equality of basic liberties over other social values, and equality of fair opportunity over the difference principle.”

⁶⁰ Este trabalho cometeria um erro neste ponto, se não fossem as explicações do professor Leandro Zanitelli. Aproveita-se, também, para reforçar a importância da disciplina “Temas de Teoria da Justiça – Teorias Ideais e Não Ideais de Justiça”, ofertada por ele no primeiro semestre de 2017, junto ao programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

atualmente, já se obtêm condições razoavelmente favoráveis, de modo que, para nós, é necessária a prioridade das liberdades básicas”⁶¹ (RAWLS, 2005, p. 297).⁶²

Evidentemente, Rawls não era ingênuo suficiente a ponto de acreditar que os EUA de sua época eram uma sociedade bem ordenada. Pelo contrário, como bem esclarece Amy Gutmann em sua “Tanner Lecture” (“Responding to Racial Injustice”) apenas dois anos após a primeira edição do *Liberalismo Político*: “Não há quase nenhuma teoria da justiça – liberal, igualitária ou libertária – pela qual os Estados Unidos hoje possam ser julgados como uma sociedade justa ou quase justa” (GUTMANN, 1995, p. 306).⁶³

Sendo assim, o caso do parágrafo anterior é de um tipo de teoria não ideal, aquele em que se aplica a concepção especial de justiça, cujos princípios, como será explicado à frente, relacionam-se em prioridade léxica.⁶⁴ Ressalta-se ainda que este caso de teoria não ideal é o mais relevante para a presente dissertação de mestrado, uma vez que ainda se aposta que as circunstâncias atuais do Brasil permitem que o país seja aqui encaixado, tendo em vista que não se exige um alto nível de desenvolvimento econômico para aplicação da concepção especial de justiça:

Rawls também acredita que dar prioridade (ou primazia) às iguais liberdades básicas não pressupõe um alto nível de renda e riqueza na sociedade (JF, 47n.). Países relativamente pobres, como a Índia e a Costa Rica, podem sustentar governos e sociedades democráticas bem-sucedidas. (FREEMAN, 2007, p. 65)⁶⁵

A seu turno, ainda existe um outro caso de teoria não ideal em Rawls, pois, em sentido amplo, teoria não ideal admite tanto a aplicação da concepção geral quanto da concepção especial, a depender das condições da sociedade em

⁶¹ Considera-se, por ora, que a aplicação da prioridade das liberdades básicas pode ser tida, grosso modo, como sinônimo de aplicação da concepção especial de justiça.

⁶² Tradução livre de: “(...) in our country today reasonably favorable conditions obtain, so that for us the priority of the basic liberties is required.”

⁶³ Tradução livre de: “There is almost no theory of justice – liberal, egalitarian, or libertarian – by which the United States today can be judged a just or nearly just society.”

⁶⁴ Reconhece-se que relação entre que teoria ideal e não ideal afeta a forma de compreender os princípios. Portanto, a aplicação da concepção especial de justiça a circunstâncias não ideais ganha um colorido diferente do que ocorre em uma sociedade bem ordenada, o que será mais desenvolvido no próximo capítulo. O ponto aqui é que esse colorido diverso não significa que se deixe de aplicar a concepção especial para se aplicar a geral e esse é um dos pontos que Taylor não compreende bem.

⁶⁵ Tradução livre de: “Rawls also thinks that giving priority (or primacy) to the basic equal liberties does not presuppose a high level of income and wealth in society (JF, 47n.). Relatively poor countries, such as India and Costa Rica, can sustain successful democratic governments and societies.”

questão. Acima demonstrou-se o caso de teoria não ideal em que se aplica a concepção especial: os EUA da época de Rawls, que já tinham, para o autor, condições de aplicação da concepção especial com a exigência da prioridade das liberdades básicas, sem, contudo, caracterizarem-se como uma sociedade bem ordenada. Por outro lado, na teoria não ideal, também pode-se aplicar a concepção geral de justiça, no caso de uma sociedade que enfrenta a miséria ou que não tem nem o mínimo de cultura democrática (FREEMAN, 2007, p. 65).

Talvez a tabela a seguir ajude a esclarecer melhor o ponto (dando ênfase na linha do meio, que é onde se estabelece o desacordo entre Rawls e Taylor):

Tipos de sociedades e um exemplo	Qual concepção de justiça a se aplicar (Taylor)	Qual a concepção de justiça a se aplicar (Rawls e Freeman)
Sociedade bem ordenada (v. g. Dinamarca com ainda menos desigualdades sociais)	Concepção Especial de Justiça Teoria Ideal	Concepção Especial de Justiça Teoria Ideal
Sociedade que não enfrenta miséria e possui alguma cultura democrática (v. g. EUA)	Concepção Geral de Justiça Teoria Não Ideal	Concepção Especial de Justiça Teoria Não Ideal
Sociedade que enfrenta sérias crises institucionais (v.g. Venezuela)	Concepção Geral de Justiça Teoria Não Ideal (para crises)	Concepção Geral de Justiça Teoria Não Ideal (para crises)

Já se adianta que, a partir de agora, sempre que se falar em teoria não ideal, refere-se àquela em que se aplica a concepção especial, por ser a mais relevante nos estudos de teoria da justiça contemporâneos e que potencialmente pode ser aplicada à maior quantidade de países ocidentais, dentre eles, o Brasil, como esclarecido acima. Em regra, a concepção geral apenas se aplica a países miseráveis, em guerra civil e/ou autoritários.

Também é importante reforçar que a concepção especial da teoria não ideal não necessariamente é a mesma da teoria ideal. Pretende-se explorar melhor esse ponto no capítulo a seguir, mas a ideia central é de que a relação entre ideal e não ideal altera a maneira com que se interpreta e aplica a concepção especial fora de uma sociedade de bem ordenada. É por isso que se concorda com a tese de Taylor de que toda teoria ideal deontológica é guia e limite para sua respectiva teoria não

ideal (TAYLOR, 2009, p. 478). Como se discutirá no próximo capítulo, isso tem implicações para a concepção especial da teoria não ideal de Rawls, por exemplo, nos termos de Christine Korsgaard e seguidos por Taylor, o respeito ao espírito e não à letra dos princípios de justiça (KORSGAARD, 1996, pp. 147-51 *apud* TAYLOR, 2009, p. 489).

Pois bem, na teoria ideal, aplica-se a concepção especial de justiça, que possui uma ordem de princípios que deve ser respeitada, o chamado sistema lexical de prioridades, ponto crucial para se compreender a hierarquia entre os princípios de justiça de sua teoria (KYMLICKA, 2002, pp. 55-7). Essa regra dá prioridade lexical a seu conjunto de iguais liberdades básicas, cujo rol exhibe:

(...) liberdade de pensamento e liberdade de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e participar na política) e liberdade de associação, bem como os direitos e liberdades especificados pela integridade (física e psicológica) da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abrangidos pelo estado de direito. (RAWLS, 2001, p. 44)⁶⁶

Rawls afirma que se pode chegar a esse rol de liberdades básicas por dois caminhos: tanto historicamente, através da análise daquelas liberdades mais fundamentais tradicionalmente defendidas em democracias liberais; quanto através do exercício teórico acerca de quais as condições sociais necessárias para o adequado desenvolvimento e completo exercício das duas capacidades da personalidade moral ao longo da vida, a racionalidade e a razoabilidade⁶⁷ (RAWLS, 2005, pp. 292-3).

Além disso, Rawls ainda postula uma segunda regra de prioridade, uma vez que seu segundo princípio se subdivide em dois que estão, também entre si, em ordem lexical de prioridade: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença (RAWLS, 1999, pp. 266-7). Desse modo, o princípio da diferença estabelece que, satisfeitas as liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades, toda a organização da estrutura básica deve ser pensada de

⁶⁶ Tradução livre de: "(...) freedom of thought and liberty of conscience; political liberties (for example, the right to vote and to participate in politics) and freedom of association, as well as the rights and liberties specified by the liberty and integrity (physical and psychological) of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law."

⁶⁷ Assim Rawls especifica as capacidades morais, em tradução livre: "(...) a capacidade de um senso de direito e justiça (a capacidade de honrar termos justos de cooperação e, portanto, de ser razoável), e a capacidade de uma concepção do bem (e, portanto, de ser racional)" (RAWLS, 2005, p. 302).

modo a priorizar o grupo de indivíduos menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 2001, p. 42).

Por outro lado, Taylor identifica uma nova subdivisão ainda no segundo princípio e ressalta que ela vem junto com outra ordem lexical de prioridade: a distinção entre igualdade equitativa de oportunidades formal e substancial:⁶⁸ “sob condições ideais, a relação entre igualdade de oportunidades formal e substancial é melhor entendida como uma prioridade lexical, da mesma forma que aquela entre os princípios mais amplos da justiça” (TAYLOR, 2009, p. 481).⁶⁹ Suscintamente, a faceta formal da igualdade de oportunidades exige carreiras abertas a talentos, enquanto que a substancial preocupa-se em garantir a todos oportunidades de competir por cargos e posições em termos equânimes (TAYLOR, 2009, p. 480).

Pois bem, Taylor entende que, da perspectiva da teoria ideal, AA 1 estão justificadas, pois elas traduzem a própria ideia representada pela igualdade de oportunidades formal, ou seja, manter cargos e posições abertos aos talentos (TAYLOR, 2009, pp. 480-1). Por sua vez, o autor acredita que AA 2 em regra não serão necessárias, pois uma sociedade bem ordenada não apresentaria mais preconceito contra determinados grupos sistematicamente.

Não obstante, o autor concede que AA 2 terão lugar em basicamente dois casos específicos, sempre tendo em vista a estabilidade. O primeiro ocorre quando as condições ideais de justiça foram recentemente atingidas e estigmas sociais do passado ainda não foram inteiramente superados, caso em que, por exemplo, racismo e sexismo ainda possuem ecos sociais. Já o segundo caso é o de fluxos migratórios intensos feitos por grupos identificáveis, o que pode gerar neles marcas sociais preconceituosas e opressoras, dando ensejo, então, a AA 2.

Finalmente, para o autor, as demais formas de AA 3-5 não existiriam em condições ideais, devido à superação da opressão sistemática e à primazia da igualdade de oportunidades formal sobre a substancial (TAYLOR, 2009, pp. 482-5), o que será detidamente explorado nas seções subsequentes.

⁶⁸ No restante do texto, referir-se-á aos conceitos como “igualdade de oportunidades formal” e “igualdade de oportunidades substancial.” Todavia, pede-se que o leitor tenha em mente que ambas fazem parte da igualdade equitativa de oportunidades. O “equitativo”, portanto, será omitido apenas para dar mais fluidez ao texto.

⁶⁹ Tradução livre de: “under ideal conditions, the relationship between formal and substantive EO [equality of opportunity] is best seen as one of lexical priority, like that between the wider principles of justice.”

2.3. Prioridade Lexical dos Princípios, Igualdade de Oportunidades Formal e Substancial.

Com dito acima, um dos motivos para Taylor excluir ações afirmativas mais robustas de um contexto ideal de justiça é o status de liberdade básica que ele atribui para a igualdade de oportunidades formal e, com isso, seu suposto valor prioritário. Para avaliar o quanto esse argumento se sustenta, é preciso compreender bem o que significa a prioridade lexical das liberdades básicas.

Pois bem, uma das críticas mais incisivas que a edição original de *Uma Teoria da Justiça* recebeu veio de H. L. A. Hart e se endereçou às liberdades básicas e sua prioridade (HART, 1973). Tanto é que a resposta a essa crítica é o objeto da “Tanner Lecture on Human Values” apresentada por Rawls em 1981, posteriormente ampliada, revista e publicada como capítulo do *Liberalismo Político* (RAWLS, 2005, pp. 289-371).

Os apontamentos de Hart explicitaram a Rawls basicamente duas principais lacunas em seu primeiro princípio. A primeira é a falta de argumentação para embasar os motivos que convencem as partes na posição original a adotar as aquelas liberdades básicas e a lhes atribuir prioridade. Por sua vez, a segunda lacuna é a falta de critérios para a especificação, aplicação e ajuste das liberdades básicas ao longo dos estágios constitucional, legislativo e administrativo/judicial. A acusação é, portanto, de que Rawls não esclarece como as liberdades básicas podem ser especificadas e ajustadas umas às outras quando as circunstâncias sociais são conhecidas (HART, 1973, pp. 542-55).

Em linhas gerais, a resposta de Rawls relaciona as liberdades básicas e sua prioridade com sua concepção de cidadãos livres e iguais e com uma apresentação mais sofisticada dos bens primários. Com isso, Rawls acredita que as liberdades básicas e sua prioridade repousam em uma concepção liberal de pessoa (em sentido filosófico) e não, como Hart acreditava, com base apenas em considerações de interesse racional. Rawls explicita a questão, uma vez que pressupõe que “(...) a capacidade para cooperação social é fundamental e atribui às pessoas as duas

capacidades morais que possibilitam essa cooperação. Essas capacidades especificam a base da igualdade” (RAWLS, 2005, p. 370).⁷⁰

Interessante perceber também, que, embora Rawls tenha a crítica de Hart na mais alta consideração, as reformas que dela se originaram não diminuem nem acrescentam nenhuma liberdade básica, mantendo muito do que constava na versão original de *Uma Teoria da Justiça*, conforme o próprio Rawls admite (RAWLS, 2005, p. 291).

Por outro lado, Rawls adota algumas mudanças terminológicas com o propósito de evitar o mal-entendido de que, com a prioridade das liberdades, Rawls esteja atribuindo abstratamente maior peso ao valor da liberdade do que ao valor da igualdade. É sensível, portanto, que, na edição original de *Uma Teoria da Justiça*, o parágrafo endereçado a trabalhar essa questão se chame “A Prioridade da Liberdade” (“The Priority of Liberty” – RAWLS, 1971, p. 243), enquanto que, por outro lado, o Rawls maduro se endereça à questão como “As Liberdades Básicas e sua Prioridade” (“The Basic Liberties and Their Priority” – RAWLS, 2005, p. 289).⁷¹ Nesse sentido:

Nenhuma prioridade é atribuída à liberdade como tal, como se o exercício de algo chamado “liberdade” tivesse um valor prioritário e fosse o principal se não o único fim da justiça política e social. Existe, com certeza, uma presunção geral contra a imposição de restrições legais e outras restrições à conduta sem razão suficiente. Mas essa presunção não cria prioridade especial para qualquer liberdade particular. (RAWLS, 2005, p. 291-2)⁷²

Com efeito, o próprio Rawls reconhece a importância dessa mudança terminológica, pois, nas suas primeiras formulações desse princípio, ele usa as expressões “liberdade básica” ou mesmo apenas “liberdade,” quando deveria ter

⁷⁰ Tradução livre de: “(...) the capacity for social cooperation as fundamental and attributes to persons the two moral powers which make such cooperation possible. These powers specify the basis of equality.”

⁷¹ Não menos sensível é o fato de Robert Taylor ainda adotar o título “A Prioridade da Liberdade” (“The Priority of Liberty”) em seu capítulo no recente compêndio sobre Rawls organizado por Jon Mandle e David Reidy (TAYLOR, 2014, pp. 147-63).

⁷² Tradução livre de: “No priority is assigned to liberty as such, as if the exercise of something called “liberty” has a preeminent value and is the main if not the sole end of political and social justice. There is, to be sure, a general presumption against imposing legal and other restrictions on conduct without sufficient reason. But this presumption creates no special priority for any particular liberty.”

usado ‘liberdades básicas’” (RAWLS, 2005, p. 292).⁷³ Essa mudança não é meramente semântica, mas sim reforça um compromisso substancial da parte de Rawls, já que a justiça como equidade é uma tentativa de conciliação dos valores da liberdade e da igualdade, a partir de uma perspectiva liberal contratualista:

A ideia é combinar as iguais liberdades básicas com um princípio para regular certos bens primários vistos como meios multifuncionais que possibilitam o avanço de nossos projetos de vida. Esta definição [justiça como equidade] é um primeiro passo para combinar liberdade e igualdade em uma noção coerente. (RAWLS, 2005, pp. 326-7)⁷⁴

Voltando ao foco principal desta seção, Rawls explica que tais liberdades básicas têm prioridade absoluta em relação a razões de bem comum e a valores perfeccionistas (RAWLS, 2005, p. 294). Interessante ele especificar que esse é o caso da prioridade absoluta das liberdades básicas, o que dá a entender que elas não têm prioridade absoluta em relação ao segundo princípio. Aliás, o autor expressamente ressalta que nenhuma dessas liberdades básicas têm valor absoluto uma em relação a outra, uma vez que elas podem entrar em conflito e o que o primeiro princípio assegura a todos é um sistema completamente adequado de liberdades básicas: “Cada pessoa tem o mesmo direito a um esquema totalmente adequado de iguais liberdades básicas, compatível com um esquema similar de liberdades para todos” (RAWLS, 2005, p. 291).⁷⁵

Segundo Rawls, para compreender melhor essa noção de sistema completamente adequado, há que se notar a diferença entre regulação e restrição de uma liberdade, sendo a primeira claramente permitida pela justiça como equidade sem ferir sua prioridade das liberdades básicas (RAWLS, 2005, pp. 295-6). Isso se dá porque a regulação apenas delimita os contornos para o exercício de uma liberdade básica. No clássico exemplo da liberdade de expressão, ao se proibirem manifestações políticas em bairros residenciais durante a madrugada, não se restringe, mas apenas regulamentam-se os meios pelos quais a liberdade de expressão pode ser exercida. Totalmente diferente é caso da censura, uma restrição

⁷³ Tradução livre de: “(...) I use the phrase ‘basic liberty,’ or simply ‘liberty’ when I should have used ‘basic liberties.’”

⁷⁴ Tradução livre de: “The idea is to combine the equal basic liberties with a principle for regulating certain primary goods viewed as all-purpose means for advancing our ends. This definition [justice as fairness] is a first step in combining liberty and equality into one coherent notion.”

⁷⁵ Tradução livre de: “Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all.”

inaceitável em que se proíbe o conteúdo da liberdade de expressão de determinada matéria.

Outra característica dessa prioridade, que será mais relevante nos estudos do próximo capítulo, mas já adiantada aqui, é que a prioridade das liberdades básicas não é exigível em quaisquer condições. Segundo Rawls, ela apenas subsiste em condições favoráveis, ou seja, aquelas “(...) circunstâncias sociais que, desde haja vontade política, permitam o efetivo estabelecimento e o pleno exercício dessas liberdades” (RAWLS, 2005, p. 297).⁷⁶ Para o autor, tais condições são determinadas, entre outros fatores, pela cultura da sociedade, suas tradições e habilidades adquiridas com o funcionamento de suas instituições, além de seu nível de desenvolvimento econômico – que não precisa ser especialmente alto.

É nesse ponto que Rawls faz a já referida menção de que os EUA de sua época já tinham condições de aplicar sua concepção especial de justiça, em que se exige a prioridade das liberdades básicas (RAWLS, 2005, p. 297). Como já explicitado anteriormente, acredita-se que esse trecho parece ter gerado em Taylor sua má compreensão de que o papel da teoria não ideal é de apenas encontrar as condições para aplicação da concepção especial com a prioridade das liberdades básicas – e não de aplicação da própria concepção especial, respeitados os guias e limites da respectiva teoria ideal.

Pois bem, para compreender especificamente a essência e o âmbito de aplicação da prioridade lexical do primeiro princípio, há que se identificar que, para Rawls, cada uma das liberdades tem um âmbito central de aplicação. Esse âmbito é caracterizado pela proteção institucional necessária para o desenvolvimento adequado e completo exercício das duas capacidades morais dos cidadãos tidos como livres e iguais: “(...) sob condições razoavelmente favoráveis, pode-se instituir um esquema praticável de liberdades em que o âmbito central de aplicação de cada liberdade é protegido” (RAWLS, 2005, p. 297).⁷⁷

É preciso, portanto, desenvolver um pouco mais essa noção de âmbito central de aplicação. Freeman explica que, embora essa ideia apareça sem muita

⁷⁶ Tradução livre de: “(...) social circumstances which, provided the political will exists, permit the effective establishment and the full exercise of these liberties.”

⁷⁷ Tradução livre de: “(...) under reasonably favorable conditions, there is a practicable scheme of liberties that can be instituted in which the central range of each liberty is protected.”

elaboração na edição revista de *Uma Teoria da Justiça*, ela representa uma especificação significativa em relação à prioridade apresentada na primeira edição do livro, pois, com ela, não é qualquer exercício das liberdades básicas que recebe especial proteção. Sendo assim, Freeman reforça que o significado de uma liberdade particular é o grau em que ela está mais ou menos envolvida no exercício pleno e informado das capacidades morais (FREEMAN, 2007, p. 70).

A partir desse novo contorno dado pelo âmbito central de aplicação, pode-se esquematizar a prioridade das liberdades rawlsianas conforme a seguinte ordem hierárquica (FREEMAN, 2007, pp. 81-4):

1. A prioridade das liberdades básicas no seu âmbito central de aplicação, ou seja, no exercício das duas capacidades morais;
2. A prioridade das liberdades não básicas protegidas pelo segundo princípio sobre demais valores sociais e objetivos políticos – trata-se do caso do exercício de uma liberdade em abstrato, como a liberdade de expressão, por exemplo, mas que não caia no âmbito central de aplicação (1), mas que caia no âmbito de proteção da igualdade equitativa de oportunidades (por exemplo, liberdade de expressão para anunciar vagas de emprego) ou do princípio da diferença (por exemplo, a liberdade de expressão na propaganda de preços e informações sobre bens e serviços);
3. Presunção de liberdade nos demais casos: o exercício de uma liberdade não básica que não atenda aos propósitos do segundo princípio pode ser restrito, apesar da presunção a favor da liberdade contra a imposição de restrições de condutas sem razões suficientes. Freeman ainda indica que a posição de Rawls sobre a caracterização dessas razões é dúbia, pois há trecho em que ele exige um argumento de razão pública, mas também há uma passagem que ele admite que uma decisão com base no princípio majoritário seja suficiente.

O esquema acima dá uma ideia da riqueza e da complexidade com que o Rawls maduro compreendia sua prioridade das liberdades. Mas ele não para por aí, pois, na verdade, a prioridade do primeiro sobre o segundo princípio ainda se torna mais nuançada quando Rawls, ao reforçar que as liberdades básicas não são

meramente formais, traça a distinção entre uma liberdade básica e seu valor (“worth”). Aliás, esta parece ser a chave para compreender o que Rawls pretendia com a ideia de que os princípios trabalham em conjunto, próxima e simultaneamente (em “tandem”): “(...) os dois princípios de justiça, na medida em que trabalham em conjunto, incorporam um importante elemento da justiça procedimental pura na própria determinação das parcelas distributivas” (RAWLS, 2005, p. 282).⁷⁸

A ideia de Rawls, assim, é especificar que as liberdades básicas significam um arranjo (“framework”) de caminhos e oportunidades legalmente protegidos. Sendo assim, o autor reconhece que a falta de conhecimento e de condições materiais são obstáculos que restringem as liberdades dos indivíduos. Todavia, ele considera que esse tipo de empecilho afeta o valor das liberdades e não as liberdades em si, uma vez que, embora o arranjo de liberdades básicas mantenha-se protegido legalmente, a utilidade (“usefulness”) que os indivíduos podem fazer delas é alterado. É aí que vem o trabalho em conjunto dos dois princípios, uma vez que, com exceção das liberdades políticas,⁷⁹ “para a justiça como equidade, a utilidade [de uma liberdade básica] especifica-se pelos termos do índice de bens primários regulados pelo segundo princípio de justiça” (RAWLS, 2005, p. 326).⁸⁰

Em outras palavras, para a justiça como equidade, o valor ou utilidade de uma liberdade básica não será o mesmo para todos, uma vez que isso depende do índice de bens primários de que se dispõe e o princípio da diferença tem como função essencial identificar desigualdades desse índice que são moralmente aceitáveis – pois se prioriza a situação do grupo social com a menor parcela distributiva de bens primários (RAWLS, 2005, p. 326).

Em suma, para Rawls, o valor equitativo das liberdades políticas somado à garantia do valor das demais liberdades básicas conforme o segundo princípio são as respostas contra a objeção de que suas liberdades básicas são meramente

⁷⁸ Tradução livre de: “(...) the two principles of justice as they work in tandem incorporate an important element of pure procedural justice in the actual determination of distributive shares.”

⁷⁹ Rawls justifica o valor equitativo das liberdades políticas nos seguintes termos, em tradução livre: “(...) é essencial, para estabelecer uma legislação justa, garantir que o processo político especificado pela constituição esteja aberto a todos com base essencialmente na igualdade” (RAWLS, 2005, p. 330). Além disso, o autor compreende que não é uma decisão racional para as partes da posição original adotar valor equitativo para todas as liberdades básicas, já que isso deixaria o grupo menos favorecido com um índice de bens primários menor do que aquele distribuído pelo princípio da diferença (RAWLS, 2005, p. 329).

⁸⁰ Tradução livre de: “(...) in justice as fairness, this usefulness [of a basic liberty] is specified in terms of an index of the primary goods regulated by the second principle of justice.”

formais (RAWLS, 2005, p. 331). Desse modo, não se pode manter uma visão simplista de que tal prioridade significa apenas que uma liberdade básica não pode ser limitada para fins de garantir a igualdade material. Embora esta visão não possa ser atribuída a Taylor, como se demonstrará a seguir, ele não parece ter compreendido as nuances da prioridade das liberdades básicas, o que o levou a conclusões equivocadas sobre ações afirmativas.

Em texto específico sobre o tema, Robert S. Taylor (TAYLOR, 2014) faz uma análise do conceito e dos argumentos que considera relevantes para compreender a prioridade das liberdades básicas. Acredita-se que o problema essencial de seu argumento seja uma leitura em termos absolutos⁸¹ da seguinte frase de Rawls: “(...) os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas podem ser restringidas apenas por causa da própria liberdade” (RAWLS, 1999, p. 266).⁸²

É importante esclarecer que o estudo da prioridade das liberdades básicas que se desenvolve aqui é para encontrar qual a interpretação à melhor luz da concepção de Rawls. Nesse sentido, o esforço é um pouco mais exegético de encontrar a forma canônica dessa prioridade, adotados os pressupostos do autor. Ou seja, não se apoia aqui em interpretações que repensam se essa ideia tem lugar de ser, como a já apresentada por Shiffrin, para quem Rawls não argumenta suficientemente para manter a prioridade das liberdades básicas sobre a igualdade equitativa de oportunidades (SHIFFRIN, 2004, pp. 1651-2).

Também vale mencionar a posição de Philippe Van Parijs, para quem uma leitura estrita da prioridade das liberdades básicas, conforme apresentada por Taylor, praticamente não deixa espaço algum para atuação do princípio da diferença, como se observa no exemplo a seguir, em que tal princípio é comparado com a liberdade básica à integridade física:

(...) muito mais poderia, sem dúvida, ser feito para aumentar a segurança física dos cidadãos, digamos, alocando mais recursos públicos para

⁸¹ Como também se pretende demonstrar no próximo capítulo, a má compreensão de Robert Taylor do conceito de justiça procedimental pura se funda em erro parecido, quando ele estrutura toda sua argumentação com base em uma interpretação estrita da seguinte frase de Rawls, em tradução livre: “A ideia intuitiva [da justiça procedimental pura] é projetar o sistema social de modo que o resultado seja justo qualquer que seja” (RAWLS, 1971, p. 85).

⁸² Tradução livre de: “(...) the principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore the basic liberties can be restricted only for the sake of liberty.”

iluminação pública, supervisão policial mais rígida ou câmeras de vídeo mais sofisticadas. Enquanto tal potencial existir, dedicar qualquer quantidade de recursos públicos à satisfação do princípio da diferença, ao invés de uma proteção mais eficaz da integridade física das pessoas, implica, portanto, um custo de oportunidade em termos de liberdades fundamentais para todos e, portanto, um rompimento com as instituições de igual liberdade. (VAN PARIJS, 2004, p. 224)⁸³

Apesar disso, Taylor sustenta que, independentemente do benefício que se tenha para igualdade equitativa de oportunidades ou diferença, as liberdades básicas não podem ser sacrificadas. Para embasar sua leitura estrita da prioridade, Taylor argumenta que, se houvesse “trade-off” entre os princípios, seria necessária uma métrica comum de comparação. Todavia, Taylor cita que Rawls se opõe profundamente à ideia de que “(...) todos os interesses humanos são comensuráveis, e que entre quaisquer interesses sempre haverá alguma taxa de câmbio em termos da qual é racional equilibrar a proteção de um contra a proteção do outro” (RAWLS, 2005, p. 312 *apud* TAYLOR, 2014, p. 148).⁸⁴

Em contrapartida, Philippe Van Parijs parece não ver problema com a existência de uma métrica comum. Na defesa de sua proposta menos rawlsiana e mais amena da prioridade das liberdades, o autor considera viável presumir uma métrica compartilhada para comparar os bens protegidos por cada princípio. Para ele, adotar essa interpretação mais branda, mas ainda vigorosa da prioridade, significa apenas que, mesmo diante de pequenas perdas de proteção do primeiro princípio, é preciso justificar que se trata de uma condição necessária para ganhos substanciais na perspectiva do segundo princípio (VAN PARIJS, 2003, p. 226).

Diga-se de passagem, também parece que o próprio Taylor não leva a sério seu argumento de que, estritamente falando, qualquer comparação entre os princípios pressupõe uma métrica comum. Isso porque, ao discutir os limiares de aplicação da prioridade das liberdades (que não se aplicam a todas e quaisquer

⁸³ Tradução livre de: “(...) far more could no doubt be done to increase the citizens’ physical safety, say by allocating more public resources to brighter street lighting, tighter police supervision, or more sophisticated video cameras. As long as such a potential exists, devoting any amount of public resources to the satisfaction of the difference principle, rather than to a more effective protection of people’s physical integrity, therefore implies an opportunity cost in terms of fundamental liberties for all and hence a “departure from the institutions of equal liberty.”

⁸⁴ Tradução livre de: “(...) all human interests are commensurable, and that between any two there always exists some rate of exchange in terms of which it is rational to balance the protection of one against the protection of the other.”

circunstâncias, como mencionado), Taylor desenvolve o seguinte critério, cuja aplicação notadamente é voltada para circunstâncias não ideais de justiça: “(...) se a violação das liberdades básicas é o melhor meio para promover o interesse que elas servem, então a prioridade da liberdade deve ser temporariamente suspensa” (TAYLOR, 2014, p. 158).⁸⁵

Ora, se é necessária a métrica comum acima enunciada por Taylor, como se pode sustentar ao mesmo tempo ser impossível a comparação entre princípios para a teoria ideal e possível para a teoria não ideal? Em outras palavras, Taylor, no mínimo, não se livrou de seu ônus argumentativo de esclarecer como as circunstâncias não ideais alteram a essência dos interesses protegidos por cada um dos princípios, o que torna possível a comparações entre eles.

Diante disso, acredita-se que Rawls defende a incomensurabilidade de quaisquer interesses humanos.⁸⁶ Essa é, aliás, uma das mais tradicionais acusações contra o utilitarismo (também endossada por Rawls): a necessidade de uma métrica comum de utilidade para determinar os caminhos de ação moralmente desejáveis (RAWLS, 1999, pp. 23-4). Por sua vez, é necessário reconhecer aqui o importante papel exercido pelos bens primários, que Rawls adota exatamente como objeto comum da justiça que estabelece os termos para que as partes tenham condições de deliberar e decidir quais os princípios de justiça a serem construídos a partir da posição original:

“(...) uma das principais razões para se usar um índice de bens primários na avaliação das demandas dos cidadãos em questões de justiça política é precisamente para eliminar os conflitos socialmente divisórios e irreconciliáveis que tais princípios despertariam” (RAWLS, 2005, p. 330).⁸⁷

Sendo assim, os bens primários são escolhidos como resposta à pergunta sobre quais as condições sociais geralmente necessárias e meios multifuncionais (“all-purpose means”) que possibilitam que indivíduos estabeleçam e realizem suas concepções de bem, além de exercitar suas capacidades morais (RAWLS, 2005, p. 308). Passou despercebido por Taylor que, ainda que não sejam a métrica da justiça

⁸⁵ Tradução livre de: “(...) if the violation of the basic liberties is the best means to advance the interest that they serve, then the priority of liberty must be temporarily set aside.”

⁸⁶ Sem perder, contudo, sua pretensão de objetividade para a teoria moral (RAWLS, 1975, pp. 5-22).

⁸⁷ Tradução livre de: “(...) one main reason for using an index of primary goods in assessing the strength of citizens’ claims in questions of political justice is precisely to eliminate the socially divisive and irreconcilable conflicts which such principles would arouse.”

rawlsiana, os bens primários são o ponto focal dos dois princípios de justiça, os quais lhes permitem trabalhar simultânea e conjuntamente (ou seja, em “tandem”).

Por sua vez, o dorso da argumentação de Taylor para a prioridade das liberdades básicas será o exame de três argumentos principais que ele identifica em Rawls: o argumento do autorrespeito, o da igual liberdade de consciência e o da hierarquia do interesse de ordem superior. Taylor conclui que apenas o último fundamenta sua interpretação da prioridade das liberdades básicas, pois somente o interesse de ordem superior na racionalidade justifica a prioridade lexical de todas as liberdades básicas (TAYLOR, 2014, p. 148).

Em poucas palavras, Taylor compreende que o argumento do autorrespeito é forte para deferir às liberdades básicas proteção especial, mas não para lhes conferir prioridade lexical (TAYLOR, 2014, p. 150). A seu turno, o argumento da igual liberdade de consciência ressalta o fundamental interesse das partes na posição original em proteger sua liberdade de consciência, o que, para Taylor, também não é suficiente para conferir prioridade lexical às demais liberdades básicas (TAYLOR, 2014, p. 151).

Finalmente, o autor chega ao argumento que considera o mais forte: o argumento da hierarquia do interesse de ordem superior. A ideia aqui é, basicamente, que a prioridade das liberdades básicas repousa no interesse de ordem superior, o qual também não parece ter sido bem compreendido por Taylor, que assim o enuncia:

Nosso interesse de ordem superior (ou o de nossos representantes na posição original) molda nossos outros interesses, incluindo os fundamentais acerca das condições para liberdade básicas, às quais, portanto, atribuímos “primeira prioridade;” esse interesse é idêntico ao interesse de mais alto nível no desenvolvimento e exercício de nossa segunda capacidade moral de racionalidade (CP, 312). (TAYLOR, 2014, p. 153).⁸⁸

Portanto, a posição de Taylor é de que, ao assinalar a prioridade lexical do interesse de segunda ordem em livremente escolher os fins (racionalidade), Rawls

⁸⁸ Tradução livre de: “Our highest-order interest (or that of our OP [original position] representatives) is in shaping our other interests, including our fundamental ones, under conditions of freedom, which we therefore assign “first priority”; this interest is identical to the highest-order interest in the development and exercise of our second moral power of rationality (CP, 312).”

dá o passo necessário para defender a prioridade lexical de todas as liberdades básicas (TAYLOR, 2014, p. 154).

Sem embargo, essa interpretação é imprecisa porque, conforme Freeman, o interesse de ordem superior não é apenas em obter condições para desenvolver e exercitar a agência de humanos enquanto seres meramente racionais, mas também como seres razoáveis. Desse modo, o interesse de ordem superior está no exercício das duas capacidades morais enquanto interesse fundamental de pessoas que se veem como livres, iguais e que procuram desenvolver e levar a cabo seu projeto de vida.

Primeiro, elas [as partes na posição original] visam avançar sua concepção determinada do plano racional ou bom da vida. Então, elas também buscam condições que lhes permitam exercitar e desenvolver suas “capacidades morais,” a saber (2) suas capacidades racionais de formar, revisar e perseguir uma concepção de seu bem, e (3) sua capacidade de ser razoável e tem um senso de justiça. Estes são os três “interesses de ordem superior” que as partes da posição original de Rawls pretendem promover em seu acordo sobre princípios de justiça. (FREEMAN, 2007, p. 152)⁸⁹

O próprio Rawls, ao explicar os fundamentos da prioridade das liberdades básicas em sua resposta da Hart, constrói sua argumentação tanto ancorada na racionalidade (RAWLS, 2005, pp. 310-5) quanto na razoabilidade, apresentando, com isso, uma justificativa das liberdades básicas e sua prioridade da perspectiva do senso de justiça (RAWLS, 2005, pp. 315-24).

Desse modo, parece que Taylor não percebeu que também há argumentos do senso de justiça, isto é, relacionados com a capacidade moral da razoabilidade, para justificar a prioridade das liberdades rawlsianas. Ao que tudo indica, essa confusão é evidenciada pela sua compreensão incompleta do interesse de segunda ordem como voltado apenas para condições que possibilitem o desenvolvimento da capacidade de racionalidade.

⁸⁹ Tradução livre de: “First, they [the parties at the original position] aim to advance their determinate conception of the good, or rational plan of life. Then, they also seek conditions that enable them to exercise and develop their “moral powers,” namely (2) their rational capacities to form, revise, and pursue a conception of their good, and (3) their capacity to be reasonable and to have a sense of justice. These are the three “higher-order interests” the parties to Rawls’s original position aim to promote in their agreement on principles of justice.”

Rejeita-se, então, a visão de prioridade estrita apresentada por Robert S. Taylor pelas razões acima descritas. Essa rejeição funciona como primeira etapa para contrariar um dos argumentos de Taylor contra AA 3-5 em condições ideais: a primazia da igualdade formal em face da igualdade equitativa de oportunidades. Repare que, até o momento, admitiu-se, “ad argumentandum tantum,” que a igualdade de oportunidades formal possui o mesmo status que as iguais liberdades básicas. Sendo esse o caso, argumentou-se que a visão de Taylor não subsiste, pois, na aplicação da concepção especial de justiça, em que vigora a prioridade lexical das liberdades básicas e da igualdade de oportunidades formal, Taylor não demonstrou que as AA 3-5 violam o âmbito central de aplicação da igualdade formal de oportunidades (único caso em que ela teria prioridade lexical).

Por sua vez, uma compreensão mais adequada e ancorada nos textos de Rawls entende que a prioridade das liberdades básicas deve ser lida em três níveis: âmbito central de aplicação das liberdades básicas, liberdades não básicas no segundo princípio e presunção de liberdade. Também foi esclarecido que a prioridade das liberdades tem fundamento na concepção de pessoa de Rawls, dotada das duas capacidades morais (as quais delimitam seu âmbito central de aplicação) e no interesse de ordem superior. Taylor não apenas erra ao ler a prioridade de forma absoluta, pois, como se demonstrou, os princípios funcionam em conjunto (“tandem”), mas também porque ele não se desincumbiu do ônus de esclarecer como AA 3-5 violam a igualdade de oportunidades formal no seu âmbito central de aplicação – único caso em que Rawls lhe asseguraria proteção especial quando comparada com as demandas do segundo princípio. Estipular prioridade qualquer caso além desse significa afastar-se da justiça como equidade.

Não obstante, a seguinte etapa de ataque ao argumento de Taylor é, deveras, mais simples. Pretende-se demonstrar como a igualdade de oportunidades formal não merece a proteção com o mesmo status que as liberdades básicas do primeiro princípio. Em outras palavras, a igualdade de oportunidades formal se encontra no mesmo nível lexical da igualdade de oportunidades substancial, já que ambas são facetas de igualdade equitativa de oportunidades.⁹⁰

⁹⁰ Como muito bem observado pelo professor Denilson Werle em seus comentários na banca deste trabalho, defender o contrário é não perceber corretamente o significado da própria concepção de igualdade de Rawls, isto é, a igualdade democrática (RAWLS, 1999, p. 57).

Conforme já se ressaltou acima, em condições ideais, aplica-se a concepção especial de justiça em que vigora a prioridade lexical, entendida nos termos anteriormente explicitados. Recapitulando, então, o argumento de Taylor é de que a igualdade equitativa de oportunidades tem duas facetas, uma formal e outra substancial, aplicando-se prioridade lexical daquela em relação a esta:

FEO [igualdade equitativa de oportunidades] tem dois componentes distintos. Primeiro, a FEO exige a igualdade de oportunidades formal ou “carreiras abertas a talentos,” isto é, proíbe discriminações arbitrárias (por motivos de raça, gênero, etc.) pelo Estado ou por agentes privados e condena todos os privilégios monopolistas (incluindo restrições à entrada no mercado de trabalho, exemplificadas com um sindicalismo fechado e ou com um licenciamento ocupacional excludente). Em segundo lugar, a FEO exige igualdade de oportunidades substancial: todos os cidadãos devem ter uma chance justa de concorrer a cargos e posições na estrutura básica da sociedade, independentemente de suas circunstâncias sociais (por exemplo, seu status de classe ou antecedentes familiares); como diz Rawls, “aqueles com habilidades e talentos semelhantes devem ter chances de vida semelhantes.” (TAYLOR, 2009, p. 480)⁹¹

Reforça-se que Rawls jamais estipulou expressamente essa prioridade. Contudo, Taylor identifica-a porque, segundo Rawls, a igualdade formal é uma essência constitucional, sendo materializada, portanto, no segundo estágio – a assembleia constituinte.⁹² Por outro lado, a igualdade de oportunidades substancial é realizada na etapa legislativa, ou seja, no terceiro estágio. Ora, tendo em vista a divisão de trabalho entre os princípios que Rawls espelha respectivamente nos segundo e terceiro estágios da sequência (RAWLS, 1999, pp. 174-5), haveria que se presumir que o autor pretendia dar status superior à igualdade de oportunidades formal.

⁹¹ Tradução livre de: “FEO [fair equality of opportunity] has two discrete components. First, FEO demands formal equality of opportunity or ‘careers open to talents,’ that is, it forbids arbitrary discrimination (on grounds of race, gender, etc.) by either the state or private agents and condemns all monopolistic privileges (including barriers to entry in labor markets, like closed-shop unionism and exclusionary occupational licensing). Second, FEO requires substantive equality of opportunity: all citizens must be guaranteed a fair chance to compete for offices and positions in the basic structure of society, regardless of social circumstances (e.g., class status or family background); as Rawls says, ‘those with similar skills and talents should have similar life chances.’”

⁹² Procurou-se dar uma visão geral sobre a sequência de quatro estágios no primeiro capítulo deste trabalho.

Além disso, Taylor argumenta, é uma constante em países ocidentais que proteger um direito em nível constitucional significa que ele possui status superior do que os direitos protegidos na legislação ordinária – o que também ocorre no Brasil (FERNANDES, 2012, pp. 843-4). De acordo com a interpretação de Taylor, portanto, a igualdade de oportunidades formal tem não apenas status superior, mas sim goza da mesma prioridade lexical que as demais liberdades básicas. Pretende-se demonstrar que não é este o caso.

Inicialmente, conforme se esclareceu anteriormente, Rawls concebeu a sequência de quatro estágios como um experimento teórico, assim como a posição original. Desse modo, tal sequência tem como finalidade estabelecer não apenas os tipos de razões (FREEMAN, 2007, p. 144), mas também os tipos de instituições necessárias à implementação de cada um dos princípios de justiça (RAWLS, 1999, p. 173). Então, se a sequência, na verdade, funciona para esses propósitos, não se pode afirmar que, ao colocar a igualdade de oportunidades formal no estágio constitucional, Rawls tenha lhe prestado proteção no nível de uma liberdade básica. Não obstante, visto que Rawls sempre atribuiu expressamente a prioridade aos princípios especificamente, fica a questão por que ele não o fez expressamente no caso da alegada prioridade da igualdade de oportunidades formal?

Ressalta-se que Seana Shiffrin também chegou a essa mesma indagação. Para a autora, Rawls é um tanto confuso neste ponto, pois, em sua breve exposição do assunto, ele estipula (i) que a igualdade de oportunidades formal seja uma essência constitucional e (ii) que o primeiro princípio abraça as essências constitucionais. Todavia, ele não explicita que a igualdade de oportunidades formal seja um componente do primeiro princípio (SHIFFRIN, 2004, p. 1649). Nesse sentido, diante da falta de manifestação de Rawls, fica difícil atribuir a ele a posição de que a igualdade de oportunidades formal esteja no mesmo nível das liberdades básicas do primeiro princípio.

Shiffrin ainda ressalta que as manifestações de Rawls sobre o tema em *Uma Teoria da Justiça* endossam a interpretação de que considerar a igualdade de oportunidades formal como parte do primeiro princípio é uma intenção difícil de se atribuir a Rawls. Dessa maneira, considerando que a igualdade de oportunidades substancial entraria em conflito com a igualdade de oportunidades formal, por que Rawls não teria explicitamente adicionado a igualdade de oportunidades formal ao

rol de liberdades básicas? “Se ele [Rawls] quis dizer que a igualdade de oportunidades formal é um complemento ou uma implicação do primeiro princípio, é peculiar que ele não o tenha dito” (SHIFFRIN, 2004, p. 1649).⁹³

Ainda mais relevante do que compreender se a igualdade de oportunidades formal é parte do primeiro princípio é compreender se, da sua estipulação como essência constitucional, decorre sua prioridade lexical. Para Shiffrin, esta última interpretação é ainda menos aceitável que a primeira, pois, além da falta de manifestação expressa, a autora também não consegue apostar que, ao dizer que a igualdade de oportunidades formal é uma essência constitucional, Rawls queria dizer que ela tem prioridade lexical. O argumento dela é de que, ao se argumentar pela constitucionalização de um direito, tem-se em mente o arranjo institucional encarregado de sua defesa. Evidentemente que, em países de controle de constitucionalidade com supremacia judicial, trata-se do judiciário ou de um tribunal constitucional:

(...) em grande parte de nossa estrutura constitucional, também estamos preocupados, primeiro, em garantir que os compromissos constitucionais sejam judicialmente executáveis e, em segundo lugar, que a natureza desses compromissos seja suscetível a interpretações que sejam específicas e permaneçam constantes ao longo do tempo. (SHIFFRIN, 2004, pp. 1672-3)⁹⁴

A seu turno, nos novos modelos da comunidade britânica (Nova Zelândia, Canadá e Reino Unido) apresentados por Stephen Gardbaum (GARDBAUM, 2001 *apud* SHIFFRIN, 2004, p. 1673), compromissos constitucionais podem ser significativamente defendidos em um sistema que não dá a judiciário a palavra final, mas que, em vez disso, aposta no poder interpretativo compartilhado entre cortes e parlamentos. O ponto, então, é que uma proposta teórica de constitucionalizar um direito não significa necessariamente sua proteção com status superior, mas sim tem em vista qual ou quais instituições ficam encarregadas de fazê-lo ser cumprido.

⁹³ Tradução livre de: “If he [Rawls] meant formal equality of opportunity to be a complement or an entailment of the first principle, it is peculiar that he did not say so.”

⁹⁴ Tradução livre de: “(...) for the most part, in our constitutional structure, we are also concerned, first, to ensure that constitutional commitments are judicially enforceable and, second, that the nature of these commitments is susceptible to interpretations that are both specific and remain constant over time.”

Em parte, Shiffrin parece ter razão quanto a este ponto, pois um dos argumentos para Rawls não colocar o princípio da diferença no estágio constituinte é justamente para que evitar o ativismo judicial (RAWLS, 2001, p. 162). Por outro lado, é difícil pensar que Rawls não imaginou que a igualdade de oportunidades formal teria hierarquia superior no direito de uma sociedade bem ordenada pelos princípios da justiça como equidade. A questão é que isso não significa a mesma coisa que deferir à igualdade de oportunidades formal mesmo status que uma liberdade básica.

Além de Shiffrin, Andrew Valls também vislumbra um problema com a forma de Taylor compreender a igualdade de oportunidades formal. A seu turno, o autor explicita que a base desse problema está em um dos mantras que Taylor atribui ao princípio: construir uma sociedade cega para gênero e cor. Contra isso, Valls esclarece que demonstrar a compatibilidade entre políticas sensíveis a raça e sexo e a igualdade de oportunidades formal é uma das questões centrais do debate em torno de ações afirmativas (VALLS, 2010, pp. 4-5).

Vale ainda citar que essa também é a posição de Amy Gutmann, para quem a equidade pede políticas que sejam conscientes e não cegas a cor e sexo: “Daltonismo [‘color-blindness’] (...) não é um princípio fundamental de justiça para a nossa sociedade. A equidade é e ela nem sempre exige daltonismo no que diz respeito a empregos ou a admissões universitárias” (GUTMANN, 1995, p. 298).⁹⁵

Nesse diapasão, a acusação de Valls é de que Taylor apenas postulou o propósito de cegueira racial/sexual à justiça como equidade, sem, contudo, argumentar a favor dessa posição. Mais uma vez, portanto, o autor não se desincumbe de seu ônus argumentativo, ainda mais em relação a esse ponto, uma vez que a literatura em geral não vê incompatibilidade entre ações afirmativas mais robustas e carreiras abertas a talentos – pois continua havendo vagas para disputa em ampla concorrência (VALLS, 2010, p. 5).

A igualdade de oportunidades formal entendida como "carreiras abertas a talentos" exige que "as posições sejam abertas àqueles capazes e dispostos a lutar por elas" e que "todos tenham pelo menos os mesmos

⁹⁵ Tradução livre de: “Color-blindness (...) is not a fundamental principle of justice for our society. Fairness is, and it does not always call for color-blindness, with regard to either employment or university admissions.”

direitos legais de acesso a todas as posições sociais favorecidas" (Rawls 1999, 57, 62). (...) A igualdade de oportunidades formal requer que ninguém seja impedido de competir e que todos sejam julgados por critérios relevantes, mas diz pouco sobre quais são os critérios relevantes. (VALLS, 2010, p. 7)⁹⁶

Essencialmente, Valls acusa Taylor de adotar uma concepção excessivamente estreita e técnica de mérito,⁹⁷ em favor da qual ele também não argumenta (VALLS, 2010, p. 6). Se Valls tem razão, então, a acusação é muito séria, pois Rawls nega expressamente que seus princípios de justiça deem vasão a uma sociedade meritocrática (RAWLS, 1999, pp. 214-5).

Além do mais, Valls entende que não há violação à igualdade de oportunidades formal com a implementação da política de cotas (AA 4-5), porque as instituições que compõe a estrutura básica – dentre as quais, as universidades – têm liberdade para eleger critérios relevantes para seus objetivos e missão institucional, desde que, como um todo, a estrutura básica ainda satisfaça os princípios de justiça. O argumento, então, é de que os princípios se aplicam à estrutura básica como um todo, sendo uma imprecisão aplica-los a cada instituição especificamente:

(...) a estrutura básica, as associações e formas sociais dentro dela são regidas por princípios distintos, tendo em vista seus diferentes objetivos e propósitos, além de sua natureza peculiar e seus requisitos especiais. (RAWLS, 2001, p. 11 *apud* VALLS, 2010, p. 8)⁹⁸

Em suma, Valls argumenta que o objetivo da igualdade equitativa de oportunidades é garantir que quem possui aproximadamente os mesmos talentos e motivações receba, grosso modo, as mesmas perspectivas de vida (VALLS, 2010, p. 8). Sendo assim, a estrutura básica de uma sociedade liberal, acomoda legitimamente instituições com diversos objetivos e missões, de modo que, para

⁹⁶ Tradução livre de: "Formal equality of opportunity as 'careers open to talents' requires that 'positions are open to those able and willing to strive for them' and that 'all have at least the same legal rights of access to all advantaged social positions' (Rawls 1999, 57, 62). (...) Formal equality of opportunity requires that none be barred from competing, and that they be judged by relevant criteria, but it says little about what the relevant criteria are."

⁹⁷ Ao analisar a forma com que Taylor compreende a justiça procedimental pura, a profa. dra. Kristina Meshelski também chega a mesma conclusão (MESHELSKI, 2016, p. 437).

⁹⁸ Tradução livre de: "(...) the basic structure and the associations and social forms within it are each governed by distinct principles in view of their different aims and purposes and their peculiar nature and special requirements."

Rawls, não há vedação de que políticas sensíveis a raça e sexo estejam entre esses objetivos e missões possíveis (VALLS, 2010, p. 9).

No mesmo sentido, Amy Gutmann defende que instituições educacionais de uma democracia liberal devem se engajar em cultivar não apenas a tolerância (que tem um caráter mais de não interferência em questões alheias), mas também o respeito mútuo (uma consideração positiva baseada no entendimento e na compreensão) entre pessoas com diversas experiências e percepções de vida (GUTMANN, 1995, p. 307).

Acredita-se, com isso, ter-se rejeitado a prioridade lexical da igualdade de oportunidades formal, de modo que ela não pode ser considerada como argumento para vedar AA 3-5 em condições ideais. Outrossim, ainda que esse empreendimento tenha sido malsucedido, argumentou-se que Taylor não apenas compreendeu mal a forma de se aplicar a prioridade lexical, mas também que não há incompatibilidade entre igualdade de oportunidades formal e AA 3-5, uma vez que se mantêm cargos e posições sociais abertos para os talentos.

Em outras palavras, ainda que haja reserva de vagas para determinados candidatos, as demais vagas não reservadas estão abertas aos talentos, tornando a tensão que Taylor propõe entre AA 3-5 e igualdade de oportunidades formal apenas aparente. Ainda resta, contudo, averiguar, na próxima seção, o que a boa ordenação social significa para estigmas sociais contra grupos minoritários amplamente verificáveis em sociedades reais, como a brasileira.

2.4. Sociedade Bem Ordenada e Opressão Sistemática.

Dentro das limitações evidentes que o tema impõe, pretende-se aqui vislumbrar a aparência de uma sociedade bem ordenada. Mais especificamente, procura-se compreender se ainda haveria estigmas sociais opressores em tais circunstâncias: por exemplo, para além da tonalidade da pele, quais as possíveis implicações de ser negro em uma sociedade bem ordenada.

Ao discutir ações afirmativas, Taylor argumenta que, em uma sociedade bem ordenada, há uma superação da leitura preconceituosa que as sociedades atuais

atribuem aos negros. Sendo assim, a possível superação da opressão sistemática é o argumento do autor para banir quaisquer tipos de cotas (AA 4-5) da teoria ideal:

Sob condições ideais, no entanto, tais legados [v.g. do racismo] foram superados, e nenhuma desvantagem nos domínios de raça e gênero precisa ser corrigida pela EO [igualdade de oportunidades] substancial; a discriminação pode ainda ocorrer, como observei acima, embora será não sistemática, mas sim idiossincrática, como a discriminação contra os ruivos ou contra aqueles que possuem olhos cinzentos, podendo ser remediada apenas pela simples aplicação de leis antidiscriminatórias. (TAYLOR, 2009, p. 482)⁹⁹

Desse modo, o trecho acima é bastante claro ao afirmar que a boa ordenação dissolve estigmas sociais contra, por exemplo, negros. Assim, uma sociedade bem ordenada teria extirpado não apenas a opressão, mas também seus legados. Por sua vez, há motivos para crer que Taylor tenha mudado de opinião. Três anos após a publicação de “Rawlsian Affirmative Action” (TAYLOR, 2009), o autor publicou um artigo endereçado ao discurso de ódio (TAYLOR, 2012). Em linhas gerais, sua proposta ali é de que liberais que defendem a prioridade das liberdades básicas enfrentam um dilema ao defenderem a restrição da liberdade de expressão no caso de discurso de ódio. Esse dilema se caracteriza, portanto, quando se defende ao mesmo tempo que a liberdade de expressão seja uma liberdade básica, mas se admite seu “trade-off” com a igualdade equitativa de oportunidades no caso do discurso de ódio (TAYLOR, 2012, p. 353).

Não se pretende aqui demonstrar se Taylor tem razão ao apresentar o dilema – acredita-se que não, dada sua leitura absolutista da prioridade das liberdades básicas, conforme se demonstrou anteriormente. O que importa neste momento é que, em certo ponto do texto sobre discurso de ódio, Taylor enfrenta a objeção de que não haveria opressão estrutural em uma sociedade bem ordenada e que, portanto, não seria necessário se falar em discurso de ódio em tais condições ideais. Contra essa objeção, ele afirma a inevitabilidade de certo nível opressão, tomando como exemplo a não superação completa do sexismo nos países nórdicos.

⁹⁹ Tradução livre de: “Under ideal conditions, however, such legacies [v.g. racism] have been overcome, and no disadvantages in the domains of race and gender remain to be corrected by substantive EO [equality of opportunity]; discrimination might still occur, as I noted above, but it will be unsystematic and idiosyncratic, like discrimination against the red-haired or gray-eyed, and can be remedied by the enforcement of antidiscrimination laws alone.”

O ponto do autor é de que, mesmo em sociedades que são modelos igualitários no mundo contemporâneo e que têm investido em políticas para emancipação feminina há algumas décadas, não se verifica que houve ou mesmo que há a perspectiva de superação completa da opressão sexual e a realização da verdadeira igualdade entre os sexos:

(...) a história dos países nórdicos em relação à igualdade entre os sexos não é encorajadora: mesmo depois de muitas décadas de intervenção estatal extensiva em nome das mulheres (por exemplo, provisão pública de cuidados a crianças e idosos, cotas para mulheres em órgãos políticos, iniciativas educacionais, etc.) ainda existe um legado considerável de sexismo, como indiquei acima, e esse legado provavelmente permanecerá intacto no futuro próximo. (TAYLOR, 2012, p. 361)¹⁰⁰

Ora, se esta é a posição mais consolidada no atual pensamento de Robert S. Taylor, fica evidente que ele mudou de opinião, pois, quando o assunto foi discurso de ódio, ele afirmou que continuaria havendo algum tipo de opressão na sociedade bem ordenada; já no caso de ações afirmativas, ele disse o contrário (TAYLOR, 2009, p. 482). Se o próprio autor mudou de opinião sobre o tema, pode-se perceber não apenas a complexidade do assunto, mas, especialmente, que seu argumento contra as ações afirmativas perde força.

Aliás, trazer outros autores para a discussão, mostra como a questão é difícil e controversa. Jeremy Waldron, por exemplo, ao discutir também o discurso de ódio, propõe-se exatamente a pergunta “What Does a Well-Ordered Society Look Like?” (WALDRON, 2009, p. 1). Ele reconhece, evidentemente, que uma sociedade bem ordenada não é uma “república de anjos.” Nesse sentido, esclarece a importância do direito não apenas para se atingir esse nível de organização social, o que é trabalho da teoria não ideal, mas também como mecanismo de estabilização da cooperação social quando se atinge a obediência estrita em teoria ideal (WALDRON, 2009, p. 9). Ainda assim, o autor ressalta que uma sociedade bem ordenada não é racista:

Uma sociedade bem ordenada definitivamente não parecerá racista (...) isso não será porque existem leis contra esse tipo de coisa. Será porque os

¹⁰⁰ Tradução livre de: “(...) the history of the Nordic countries with respect to gender equality is not encouraging: even after many decades of extensive state intervention there on behalf of women (e.g., public provision of child and elder care, quotas for female membership in political bodies, educational initiatives, etc.) there is still a considerable legacy of sexism, as I pointed out above, and that legacy will likely remain intact for the foreseeable future.”

cidadãos – sendo cidadãos de uma sociedade bem ordenada – não têm desejo ou motivação para se expressar nesses termos. (WALDRON, 2009, p. 8)¹⁰¹

Neste ponto, Waldron faz menção a uma mudança atitudinal dos cidadãos em tal sociedade. Interessante que, em relação às atitudes individuais em uma sociedade bem ordenada, o professor D. C. Matthew sustenta visão diametralmente oposta. Nesse sentido, contra o argumento de Taylor segundo o qual AA 3-5 seriam supérfluas em uma sociedade bem ordenada devido à inexistência de racismo, Matthew entende que, do ponto de vista da postura das instituições que compõe a estrutura básica, AA 3-5 de fato seriam desnecessárias.

Por outro lado, o autor acredita que, ainda assim, há espaço para essas ações afirmativas, porque em uma sociedade bem ordenada ainda haveria discriminação privada “(...) não por organizações privadas (como empresas), mas por indivíduos nas escolhas que fazem sobre onde morar, com quem fazer amizade e como tratam as pessoas informalmente” (MATTHEW, 2015, p. 328).¹⁰²

A análise dos comportamentos individuais em uma sociedade bem ordenada é parte importante de uma das críticas mais influentes feitas a Rawls, notadamente a crítica de Gerald Allan Cohen (COHEN, 2008, pp. 69-74). Trata-se de argumento sensivelmente sofisticado cuja essência, basicamente, é afirmar que aplicar o princípio da diferença apenas à estrutura básica torna justos os comportamentos dos indivíduos no mercado, os quais, analisados em conjunto, geram desigualdades moralmente inaceitáveis. Com efeito, para Cohen, o princípio da diferença alega ser justo um mero ótimo de Pareto.

Assim, o autor acredita que a justiça só é acessível com um ethos igualitário: “(...) o conjunto de sentimentos e atitudes em virtude do qual as práticas normais e pressões informais dos cidadãos são o que são” (COHEN, 2008, p. 144).¹⁰³ Em linhas gerais, esse ethos exige que atitudes individuais também sejam guiadas pelo princípio da diferença.

¹⁰¹ Tradução livre de: “A well-ordered society will definitely not look racist (...) this will not be because there are laws against that sort of thing. It will be because the citizens — being citizens of a well-ordered society — have no wish or motivation to express themselves in these terms.”

¹⁰² Tradução livre de: “(...) not by private organizations (like businesses), but by individuals in the choices they make about where to live, whom to befriend and how they treat people informally.”

¹⁰³ Tradução livre de: “(...) the set of sentiments and attitudes in virtue of which its normal practices and informal pressures are what they are.”

Tamanho o impacto dessa crítica, pode-se dizer que ela dividiu a literatura entre aqueles que afirmam as vantagens e a suficiência da restrição da estrutura básica – não aplicando, portanto, o princípio da diferença diretamente a comportamentos individuais (v.g. POGGE, 2000, pp. 137-169) – e aqueles que veem a importância de explicitar as demandas da equidade a comportamentos individuais (v.g. MURPHY, 1998, pp. 251-291).¹⁰⁴

Não há fôlego nem pertinência para se adentrar a esse debate agora. Basta dizer que D. C. Matthew parece fazer uma leitura estrita dos princípios de justiça de Rawls, como se o foco na estrutura básica viesse sem deveres individuais de justiça (SCHEFFLER, 2006, p. 103) ou sem um correlato ethos rawlsiano pleno (TITELBAUM, 2008, p. 302). Independentemente se Matthew está certo quanto a isso, o ponto é ressaltar seu desacordo com Waldron na forma de compreender atitudes individuais em uma sociedade bem ordenada e as implicações que isso tem para a existência ou não de racismo em tal sociedade.

Aqui também vale trazer para a discussão Moisés Paniagua, que, ao estudar a importância de um princípio de retificação a injustiças históricas na teoria ideal de Rawls, descredita visões como a de Taylor, para quem uma tal sociedade está imunizada contra qualquer tipo de injustiça racial. Ao contrário, Paniagua afirma que é sim papel da teoria ideal prevenir que injustiças surjam em uma sociedade bem ordenada (PANIAGUA, 2012, p. 65).

Desse modo, não é que o autor sustente que a teoria ideal tenha como objeto uma sociedade permanentemente imaculada de injustiças sistemáticas, mas sim que, dentre outras funções, a teoria ideal procura evitar a deterioração de uma sociedade bem ordenada (PANIAGUA, 2012, p. 77). Esse, aliás, é argumento que D. C. Matthew utiliza para defender a possibilidade de AA 4-5 em condições ideais, isto é, as cotas em uma sociedade bem ordenada teriam a função de manter a boa ordenação social (MATTHEW, 2015, pp. 329-30).

Diante de toda essa gama de posições diversas, é preciso reconhecer a dificuldade de se argumentar sobre como será (ou seria) uma sociedade bem ordenada. Parece que Paniagua tem razão ao dizer que sociedades bem ordenadas

¹⁰⁴ Pela introdução a esse debate, agradece-se ao professor Leandro Zanitelli pela disciplina “Temas de Teoria da Justiça - A crítica de G. A. Cohen a Rawls,” ministrada no segundo semestre de 2017, junto ao programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

não surgem do nada (PANIAGUA, 2012, p. 72). Sendo assim, pode-se observar que, se qualquer uma das sociedades ocidentais contemporâneas se bem ordenar, estar-se-á diante de uma sociedade bem ordenada com um passado repleto de injustiças históricas. Todavia, fica a questão de como, ou mesmo, se essas injustiças reverberam na sociedade bem ordenada – e, como dito, trata-se de exercício teórico bastante desafiador.

Soma-se a isso, a ideia de que, como argumenta Goff, ações afirmativas não são dispositivos meramente teóricos, mas sim mecanismos sensíveis a dados empíricos para demonstrar sua justificação (GOFF, 1976, p. 53). Por exemplo, nesta Universidade Federal de Minas Gerais, ainda que tais políticas tenham seus problemas, elas se mostram mecanismos bastante efetivos e interessantes.¹⁰⁵ O problema é levantar esses dados em uma sociedade bem ordenada.

Em suma, portanto, pode-se afirmar que, enfrentados os argumentos de Taylor, eles não se mantêm. Essa não parece ser uma conclusão trivial, diante da relevância e da influência o trabalho de Taylor ele teve no debate contemporâneo sobre justiça. Essa conclusão permite, ainda, que se sustente a posição, acompanhando Goff, de que, em teoria ideal, não há incompatibilidade essencial entre AA 3-5 e os princípios de justiça de John Rawls (GOFF, 1976, p. 44-5).

Desse modo, conclui-se que o aparato teórico proposto por Rawls tem recursos para justificar ações afirmativas em teoria ideal. Em outras palavras, é evidente que AA 1 têm seu lugar, pois apenas garantem a mais básica não discriminação. Por sua vez, mesmo a necessidade de AA 2 fica difícil de estipular, pois há um desacordo teórico profundo a respeito da existência de estigmas sociais na sociedade bem ordenada. Do mesmo modo, também não se conclui pela necessidade das demais AA 3-5 nesse tipo de sociedade.

Em contrapartida, o que se pode sustentar argumentativamente é que a teoria ideal de Rawls não impossibilita a existência de qualquer uma das categorias de

¹⁰⁵ Pelo menos do ponto de vista do desempenho dos alunos cotistas da graduação, a política tem mostrado bons resultados segundo a profa. dra. Carolina Silva Pena, coordenadora do setor de estatística da pró-reitoria de graduação da Universidade Federal de Minas Gerais. Ao apresentar o relatório do desempenho dos cotistas na universidade em 2015, ela esclarece que "(...) o desempenho acadêmico desses alunos é bastante similar e, em vários momentos ao longo desse período, superior ao de candidatos que ingressaram na Universidade nas modalidades de ampla concorrência." (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2015, *on-line*).

ações afirmativas em uma sociedade bem ordenada, pelas razões expostas ao longo do capítulo. Essa permissão, aliás, ainda se torna mais palatável ao se pensar em cotas sociais, uma vez que, bem compreendida a prioridade dos princípios, pode-se afirmar o compromisso de Rawls com a igualdade na competição por cargos e posições sociais e com a priorização de renda e riqueza dos que recebem a menor parcela distributiva. Sendo assim, sustenta-se não haver um entrave teórico para AA 4-5 que se baseiam em critérios socioeconômicos.

A questão fica, de fato, mais difícil para cotas que adotem outro critério, como raça, embora haja vozes citadas neste trabalho (v.g. PANIAGUA, 2012, *passim*) para as quais uma sociedade bem ordenada tem que lidar com injustiças raciais e que a justiça como equidade, ainda que com leves reformas internas, tenha os mecanismos para combatê-las. O que não se pode afirmar, todavia, é que em uma sociedade bem ordenada, via de regra, haverá a necessidade de ações afirmativas mais robustas (AA 2-5). Feitas essas observações, passa-se para o próximo capítulo, que se encarrega da teoria não ideal.

3. Ações Afirmativas e Teoria Não Ideal

No capítulo anterior, procurou-se desmontar o argumento de Taylor contra AA 3-5 em condições ideais, apontando, essencialmente, para duas interpretações estritas e insustentáveis do autor em relação à prioridade do primeiro princípio e à igualdade de oportunidades formal, além da incerteza sobre a opressão sistemática no cenário ideal.

O trabalho do presente capítulo, por sua vez, é aproximar-se da realidade e enfrentar os argumentos de Taylor contra ações afirmativas AA 4-5. Contra o autor, se argumenta que ele também apresenta uma leitura estrita e insustentável da justiça procedimental pura. Sendo assim, defende-se que, em condições não ideais, a justiça como equidade toma forma de justiça procedimental quase pura e admite a existência de um princípio da diferença sensível a critérios não socioeconômicos.

Antes de seguir, vale explicitar o desafio que representa pensar a justiça em termos não ideais. Samuel Freeman, por exemplo, dá a entender que o trabalho da teoria não ideal está aparentemente mais próximo de uma abordagem empírica:

As muitas questões de teoria não ideal e “obediência parcial” que precisariam ser confrontadas para aplicar justiça como equidade à nossa própria condição não são questões que Rawls achava que ele, ou qualquer outro filósofo, estava em condições de responder adequadamente. Elas exigem conhecimento de fatos históricos, sociais e culturais que são mais apropriadamente abordados por cientistas sociais e historiadores. (FREEMAN, 2007, p. 232)¹⁰⁶

Ciente desse desafio, adota-se aqui o posicionamento da prof. dra. Ingrid Robeyns, para quem há três camadas para a abordagem do estudo normativo da justiça social: a teoria ideal, a teoria não ideal e, finalmente, o desenho e implementação de políticas. A autora ainda ressalta que as duas últimas “(...) dão forma ao trabalho não ideal na pesquisa de justiça social normativa, mas se distinguem pelo fato de que o desenho e implementação de políticas caracteriza-se

¹⁰⁶ Tradução livre de: “The many questions of non-ideal theory and ‘partial compliance’ that would need to be confronted to apply justice as fairness to our own condition are not questions Rawls thought that he, or any other philosopher, was in a position to adequately respond to. They require knowledge of historical, social, and cultural facts that are more appropriately addressed by social scientists and historians.”

principalmente por sua abordagem empírica, em contraponto à teoria não ideal” (ROBEYNS, 2008, p. 343).¹⁰⁷ Evidentemente, este trabalho não tem uma vocação empírica, do modo que se caracteriza como teoria não ideal em sentido estrito.

3.1. A Rejeição de Robert S. Taylor.

Ao se adentrar às condições não ideais, a situação muda de figura, pois, em vez da obediência estrita e superação de contingências históricas, há observância parcial das normas e remanescem certas contingências (TAYLOR, 2009, p. 485). Já se argumentou pelo equívoco de Taylor ao conceituar a teoria não ideal, por compreender que ela se esgota na aplicação da concepção geral de justiça. Isso torna o trabalho dele mais restritivo ainda, pois, como já trazido acima, os principais comentadores de Rawls consideram que apenas sociedades com déficit institucional e crise de recursos estariam em tais condições (FREEMAN, 2007, pp. 64-72; POGGE, 1989, pp. 122-134).

A confusão do autor torna-se ainda mais clara quando Taylor afirma que o objetivo da teoria não ideal é encontrar as condições para a aplicação da concepção especial de justiça: “(...) o objetivo da teoria não ideal de Rawls é alcançar condições ideais para que a concepção especial de justiça com suas relações de prioridade lexical possa ser aplicada” (TAYLOR, 2009, p. 487).¹⁰⁸ Por sua vez, para Rawls, o objetivo da teoria não ideal é lidar com a injustiça com vistas a se chegar a uma sociedade bem ordenada, já se aplicando sua concepção especial de justiça (RAWLS, 2001, pp. 89-90).

Todo o argumento de Taylor quanto às condições não ideais tem em Christine Korsgaard seu ponto de partida (TAYLOR, 2009, pp. 487-90). Em seu “Creating the Kingdom of Ends,” ela trata da relação entre teoria ideal e não ideal (KORSGAARD, 1996, pp. 147-51). Sua argumentação, em linhas gerais, é de que a teoria não ideal rawlsiana não é puramente consequencialista, pois nem toda ação que se direciona

¹⁰⁷ Tradução livre de: “(...) form the nonideal work in normative social justice research, but they are distinguished by the fact that action design and implementation is primarily empirical research, in contrast to nonideal theory.”

¹⁰⁸ Tradução livre de: “(...) the goal of Rawls’s nonideal theory is to achieve ideal conditions in order that the special conception of justice with its lexical-priority relations.”

ao ideal está justificada. Taylor demarca, portanto, ao menos três importantes parâmetros que devem ser levados em consideração na construção do não ideal (TAYLOR, 2009, pp. 489-90).

O primeiro deles insiste que a teoria não ideal deve ser consistente com a concepção geral de justiça. Em segundo lugar, a teoria não ideal deve espelhar prioridade lexical da teoria ideal no seu curso de ação. Em outras palavras, embora já não impere aqui a rigorosa série lexical de princípios, os problemas que devem ser enfrentados primeiro devem ser aqueles relativos aos princípios hierarquicamente superiores.

Por último, a teoria não ideal deve ser consistente com a essência da teoria ideal. Em suma, a ideia aqui é o respeito não à letra (este seria o caso da teoria ideal), mas ao espírito dos princípios. Evidentemente não é fácil identificar o que é o espírito do princípio e as restrições que daí decorrem. Todavia, ignorar tais restrições pode levar a políticas definitivamente inconciliáveis com os densos princípios de justiça desenvolvidos na teoria ideal.

Este texto concorda com a ideia geral de que a teoria ideal é norte e limite para a respectiva teoria não ideal. Contudo, discorda-se da forma com que Robert S. Taylor compreende tais limites. Esse ponto será explorado mais adiante e ficará mais claro quando se analisarem especificamente os temas do procedimentalismo puro e da relação entre ideal e não ideal em Rawls.

Resumidamente, então, Taylor explica que as AA 1-3 são justificáveis em condições não ideais, pois mantêm um procedimento “cego para raça e sexo,” o que seria fundamental para Rawls, diante de seus compromissos com a justiça procedimental pura – o espírito da igualdade equitativa de oportunidades (TAYLOR, 2009, pp. 491-2). Como já se argumentou anteriormente, há importantes intérpretes que discordam dessa cegueira à raça e sexo, por exemplo, Amy Gutmann (GUTMANN, 1995, p. 298).

Em suma, Taylor defende que seriam possíveis apenas compensações no “input” (AA 3), mas não no “process” (AA 4) e muito menos no “output” (AA 5). Segundo autor, qualquer interferência tanto no “process” quanto no “output” significa um desrespeito ao procedimentalismo puro de Rawls, o qual, por si só, já traduz a justiça dos procedimentos a seus resultados.

Nesse sentido, o autor compreende que as cotas (AA 4-5) não têm justificativa na teoria de Rawls, nem mesmo em condições não ideais (TAYLOR, 2009, pp. 493-4). O autor esquematiza seu argumento a partir da seguinte figura (TAYLOR, 2009, p. 491):

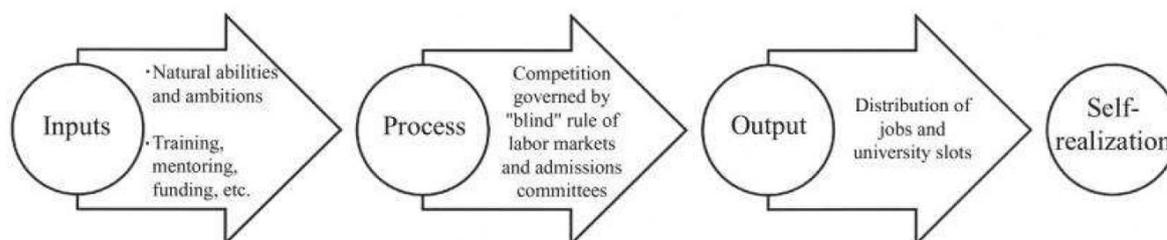


FIG. 1

Nesse sentido, Taylor acredita que, em condições não ideais, admite-se a violação da letra da igualdade equitativa de oportunidades por meio de intervenções do "input." É exatamente isso que as AA 3 fazem. O que, contudo, o autor não admite é a violação ao espírito da igualdade equitativa de oportunidades, capturada pelo seu procedimentalismo puro: "(...) uma distribuição justa aqui é simplesmente aquela que emerge de um procedimento justo, definido como aquele que neutraliza as contingências sociais" (TAYLOR, 2009, p. 493).¹⁰⁹ Seria exatamente essa a diferença entre AA 3 e AA 4-5: enquanto aquelas não violam o espírito da igualdade equitativa de oportunidades, estas o fazem.

Em outras palavras, Taylor assevera que o procedimentalismo e o individualismo da justiça como equidade encontram sua expressão na igualdade equitativa de oportunidades, cujo foco "(...) é em garantir condições competitivas para os cidadãos, e não em garantir certos resultados para certos grupos" (TAYLOR, 2009, p. 503).¹¹⁰ Essencialmente, é daí que decorre, na interpretação de Taylor, a impossibilidade de justificar cotas (AA 4-5) em uma teoria não ideal rawlsiana.

Entretanto, essa interpretação parece incompatível com o projeto rawlsiano, pois não alcança a melhor luz de dois de seus conceitos fundamentais: o procedimentalismo puro e o princípio da diferença, que serão discutidos nas seções que se seguem.

¹⁰⁹ Tradução livre de: "(...) a fair distribution here is simply whatever emerges from a fair procedure, defined as one that neutralizes social contingencies."

¹¹⁰ Tradução livre de: "(...) is on securing fair competitive conditions for individual citizens, not on guaranteeing certain outcomes for the groups to which they belong."

3.2. Procedimentalismo Puro, Estrutura Básica e Equilíbrio Reflexivo.

Na tentativa de produzir uma teoria não ideal razoável, Taylor se engaja, conforme se viu acima, no respeito não à letra, mas ao espírito dos princípios de justiça rawlsianos. Desse modo, ele aposta que o espírito da igualdade equitativa de oportunidades é a justiça procedimental pura.

De partida, pode-se objetar que o autor tenha identificado corretamente tal espírito. Essa posição é defendida por Andrew Valls, para quem a insistência de Rawls de que posições e cargos estejam disponíveis em equitativa igualdade de condições demonstra um compromisso forte do autor no sentido de mitigar contingências moralmente arbitrárias das perspectivas de vida dos indivíduos. Sendo assim, talvez não seja o procedimentalismo, mas algum compromisso mais denso com a equidade o espírito do conceito (VALLS, 2010, p. 10).

Assim como Valls, a profa. dra. Hye Ryoung Kang identifica dois problemas quando Taylor estipula a justiça procedimental pura como o espírito da teoria ideal: arbitrariedade e amplitude. O primeiro deles se caracteriza pela falta de uma explicação de como o espírito da igualdade equitativa de oportunidades foi encontrado. Decorre daí o segundo problema: a proposta de Taylor possibilita interpretações excessivamente amplas, de modo que ela pede sua força enquanto guia normativo. A acusação aqui, portanto, é de que múltiplas políticas conflitantes parecem ser justificáveis à luz do teste “consistência com o espírito do princípio,” tornando, assim, difícil determinar qual proposta seria justa do ponto de vista de uma teoria não ideal da justiça rawlsiana (KANG, 2016, p. 52).

Entretanto, ainda que se trate de uma ideia contestável, parece que a interpretação de Taylor está correta, pois encontra substrato diretamente no texto de Rawls, que, ao tratar da justiça procedimental pura em *Uma Teoria da Justiça*, apresenta-a em conjunto com a igualdade equitativa de oportunidades e explicita que: “O papel do princípio da igualdade equitativa de oportunidades é de garantir

que o sistema de cooperação social seja de justiça procedimental pura” (RAWLS, 1999, p. 76).¹¹¹

Mesmo que Rawls utilize o termo “papel” (“role”) em vez de algo um tanto esotérico como o espírito do princípio, admite-se que, grosso modo, trata-se da mesma ideia. Portanto, há que se reconhecer que Taylor tem um ponto aqui. Contudo, não é possível dar razão a sua conclusão, uma vez que o autor não compreendeu bem o significado de justiça procedimental pura, ao fazer uma interpretação absoluta da ideia de que, respeitado o procedimento, os resultados são justos quaisquer que eles sejam. Além do mais, também pretende-se argumentar que a teoria não ideal de Rawls não pode ser compreendida como um caso de justiça procedimental pura.

Inicialmente, procura-se demonstrar como Taylor não vislumbrou corretamente o que é justiça procedimental pura. Dessa má compreensão, ele desenvolve o seguinte argumento, o qual, concede-se, tem intuitivamente bastante consistência com a proposta de justiça procedimental pura de Rawls:

(...) nos falta o conhecimento para usar as intervenções das categorias 4 e 5 para fazer as compensações necessárias nos resultados, porque simplesmente não podemos saber como seriam os resultados contrafactuais de uma competição “limpa,” a menos que uma tal competição seja realizada (...). Assim, analisar novamente os resultados competitivos por razões de justiça é inevitavelmente arbitrário e inconsistente com o espírito da FEO [igualdade equitativa de oportunidades], pelo menos se aceitarmos a interpretação da FEO como uma aplicação de justiça procedimental pura ao domínio distributivo de cargos e posições sociais, como Rawls claramente faz. (TAYLOR, 2009, p. 494)¹¹²

A acusação de Taylor é de que, por se tratar de uma teoria de justiça procedimental pura, não se podem julgar as regras das instituições que compõem a estrutura básica a partir de seus resultados. Neste ponto, o contra-argumento depende de uma revisão de literatura da teoria de Rawls.

¹¹¹ Tradução livre de: “The role of the principle of fair opportunity is to insure that the system of cooperation is one of pure procedural justice.”

¹¹² Tradução livre de: “(...) we lack the knowledge to use category 4 and 5 interventions to make the necessary compensations in outcome, because we simply cannot know what the counterfactual results of a “clean” competition would look like unless we run one (...). Thus, rejigging competitive results on justice grounds is inevitably arbitrary and inconsistent with the spirit of FEO [fair equality of opportunity], at least if one accepts the interpretation of FEO as an application of pure procedural justice to the distributive domain of offices and positions, as Rawls very clearly does.”

Inicialmente, ressalta-se que há uma relação forte entre justiça procedimental pura e estrutura básica, clara em Rawls (RAWLS, 1999, p. 74) e comentada por Freeman (FREEMAN, 2014, pp. 110-1). Segundo Rawls, o objeto primário da justiça social¹¹³ é a estrutura básica, que cria o pano de fundo para a justiça, molda e acompanha os indivíduos por toda a vida:

A estrutura básica da sociedade é a maneira pela qual suas principais instituições políticas e sociais se encaixam em um sistema de cooperação social, além a maneira como elas atribuem direitos e deveres básicos e regulam a divisão de vantagens da cooperação social ao longo do tempo. A constituição política com um judiciário independente, as formas de propriedade legalmente reconhecidas e a estrutura da economia (por exemplo, como um sistema de mercados competitivos com propriedade privada dos meios de produção), bem como a família de alguma forma, todos pertencem à estrutura básica. (RAWLS, 2001, p. 10)¹¹⁴

Com isso, argumenta-se que, em Rawls, justiça não é um estado de distribuição, como acusa Robert Nozick (NOZICK, 1974, pp. 183-203), mas um processo. Na tradicional metáfora do jogo, o fato de que os jogadores seguem suas regras diz algo sobre eles, constituindo e moldando-os. Não há, assim, estado de coisas a ser alcançado: “o ponto é jogar” e os indivíduos jogam “justiça” (ou melhor, “justa cooperação social”) por toda a vida. Nesse sentido, as instituições que compõem a estrutura básica precisam traduzir um procedimento justo em todos os momentos da vida dos indivíduos. Em outras palavras, a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada deve se formar por regras que produzem um “jogo da vida” justo.

Pois bem, Taylor afirma que AA 4-5 são, respectivamente, interferências no “process” e no “output.” Assim, seriam políticas injustas por atentarem contra o ideal de procedimentalismo puro, tão caro para o liberalismo de John Rawls. Isso se dá, pois alteram tanto “process” quanto “output” com base em resultados esperados, por

¹¹³ Justiça social ou distributiva, segundo Rawls, é o âmbito de estudo de justiça que tem como objeto primário a estrutura básica. Aquela se distingue da justiça global, que trata das relações entre as nações (direito internacional), e da justiça local, que cuida das associações e instituições criadas dentro (“within”) da estrutura básica, como as associações civis (RAWLS, 2001, p. 11).

¹¹⁴ Tradução livre de: “The basic structure of society is the way in which the main political and social institutions of society fit together into one system of social cooperation, and the way they assign basic rights and duties and regulate the division of advantages that arises from social cooperation over time. The political constitution with an independent judiciary, the legally recognized forms of property, and the structure of the economy (for example, as a system of competitive markets with private property in the means of production), as well as the family in some form, all belong to the basic structure.”

exemplo, a maior representação de negros nos quadros de magistrados do poder judiciário. Entretanto, sustenta Taylor, a justiça procedimental pura não admite alteração das regras com base nos resultados esperados (TAYLOR, 2009, p. 493).

Por outro lado, acredita-se que essa distinção de Taylor entre “input,” “process” e “output” cria uma cisão artificial na realidade social e nas instituições que compõem a estrutura básica, sendo que o autor, mais uma vez, não se desincumbiu de seu ônus argumentativo de apresentar boas razões para essa fragmentação. O que se defende, então, é que o exame mais profundo do tema não leva a crer que tal distinção subsiste nos termos de Taylor, pois o processo de distribuição de cargos e posições sociais não tem nem um termo inicial claro na vida do indivíduo nem “process” bem demarcado. Na verdade, essa distribuição está continuamente sendo alinhavada dentro da estrutura básica ao longo de toda a vida dos indivíduos (e até mesmo entre gerações).

Em um exemplo singelo, tem-se a disputa por uma vaga em uma universidade federal, que claramente não começa no primeiro dia de prova do exame nacional do ensino médio (ENEM): esta é apenas uma etapa, mas não o processo como um todo. Além do mais, como se marcar o momento de começo do “process”? No primeiro dia do Ensino Médio? Ou apenas no 3º ano? Ao que mais parece, toda a formação do sujeito o leva ao momento de sua avaliação, que não encerra em si o processo de divisão das vagas universitária. Seria um erro, portanto, considerar que apenas os finais de semana da prova são o “process,” pois Rawls não está preocupado apenas com uma prova justa, mas com uma estrutura social que crie condições procedimentalmente justas para os indivíduos por toda a sua vida.

Outrossim, há que se lembrar de que Rawls almeja uma teoria que seja justa ao longo de gerações. Para tanto, ele propõe até mesmo o já mencionado princípio da poupança justa (RAWLS, 1999, p. 251), que trata da quantidade de economia que uma geração deve poupar para a próxima por razões de justiça. Sem contar que a própria ideia da sociedade como um sistema de justa cooperação social traduz a noção de um contínuo social (PANIAGUA, 2012, p. 87).

Soma-se a isso, finalmente, o ideal de estabilidade, que confirma essa preocupação da justiça com pretensões permanentes:

(...) o senso de justiça dos cidadãos, dados seu caráter e interesses moldados sob uma estrutura básica justa, é forte o suficiente para resistir às tendências normais à injustiça. Os cidadãos agem de bom grado para dar uns aos outros justiça ao longo do tempo. A estabilidade é assegurada por motivações adequadas sob instituições justas. (RAWLS, 2001, p. 188)¹¹⁵

Desse modo, parece razoável assumir até mesmo que o “input” de uma geração pode ser lido como o “output” das gerações que a antecederam. Ou seja, as condições sociais que as gerações anteriores legam à atualidade são, ao mesmo tempo, o atual “input” e o “output” daquelas. Essa relação entre as gerações é mais um argumento que torna difícil aceitar a distinção de Taylor.

Diante disso, se a distinção entre “input,” “process” e “output” não subsiste, em condições não ideais ou Taylor tem que aceitar todas as AA 1-5 ou sequer poderia admitir AA 3, visto que a ideia de justiça procedimental pura não permite que se alterem as regras do jogo com base nos resultados. Em relação a esse ponto, ressalta-se que os professores João Feres Jr. e Luiz Augusto Campos argumentam de forma semelhante, pois, segundo eles, “(...) pode-se objetar [contra Taylor] que qualquer intervenção redistributiva não seria totalmente procedimental, pois sempre se justificaria por uma presunção de que um resultado mais proporcional é melhor” (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 96).

Os autores ainda defendem que essa proposta de Taylor guarda semelhança com a crítica de Nozick à justiça distributiva, para quem Rawls pede constantes retificações aos resultados de mercado com base em um resultado final já esperado (NOZICK, 1974, p. 208; FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 96). Sendo assim, se Nozick está certo,¹¹⁶ a justiça como equidade realiza-se através da análise e retificação contínua dos resultados da cooperação social com base nos princípios de

¹¹⁵ Tradução livre de: “(...) citizens' sense of justice, given their character and interests as formed by living under a just basic structure, is strong enough to resist the normal tendencies to injustice. Citizens act willingly to give one another justice over time. Stability is secured by sufficient motivation of the appropriate kind acquired under just institutions.”

¹¹⁶ Em síntese, a resposta de Rawls a essa questão passa pela distinção entre justiça na alocação dos recursos – a mera entrega de determinada quantidade de bens para diversos indivíduos com base em um critério previamente estipulado e que apenas é concebível quando não há cooperação social – e a justiça distributiva – que se preocupa com a delimitação dos termos para provisão de bens e posições sociais sob os quais os indivíduos cooperam socialmente. A justiça como equidade não é um caso de justiça alocativa, mas sim distributiva. (RAWLS, 2001, pp. 50-2). Em tradução livre: “(...) se for perguntado em abstrato [fora da cooperação social], se a distribuição de um dado estoque de recursos a indivíduos definidos com desejos e preferências conhecidos é mais justa do que outra, então simplesmente não há resposta para essa questão” (RAWLS, 2005, p. 282).

justiça, o que tornaria a própria cooperação social impossível. Neste caso, Taylor erraria em isolar as ações afirmativas e deveria se direcionar a qualquer política que faz alterações nas regras com base nos resultados. Contudo, conforme argumentam os autores:

(...) se sacarmos o elemento iterativo da teoria da justiça de Rawls, ou seja, o processo de retroalimentação no qual resultados finais são convertidos em situações iniciais para um novo ciclo de operação das instituições promotoras de justiça, o edifício todo desmorona, o que nos leva a concluir que o argumento de Taylor tem problemas graves para se sustentar. (FERES JR & CAMPOS, 2013, p. 96)

Por sua vez, a resposta que esta dissertação propõe a Taylor passa por uma reconstrução do procedimentalismo puro rawlsiano em condições não ideais, à luz do equilíbrio reflexivo. Novamente em Rawls, justiça procedimental pura é uma forma de teoria de justiça que “(...) projeta o sistema social para que seu resultado seja justo, qualquer que ele seja” (RAWLS, 1999, p. 74).¹¹⁷

O autor ainda contrapõe a justiça procedimental pura à justiça procedimental perfeita e à imperfeita. A perfeita afirma que há tanto um critério independente para determinar qual a divisão justa quanto um procedimento que garanta esse resultado desejado (RAWLS, 1999, p. 74). Já a imperfeita concorda com a primeira tese, mas discorda da segunda, ou seja, afirma haver um critério independente para caracterização do resultado justo, mas que não há procedimento viável que garanta que tal resultado seja encontrado (RAWLS, 1999, p. 75).

A seu turno, a justiça procedimental pura, em certa medida, é o oposto da justiça procedimental imperfeita, uma vez que, enquanto nega haver um critério independente para a correção do resultado, afirma haver um procedimento justo que traduz sua justiça a seu resultado, desde que o procedimento seja adequadamente seguido. Kristina Meshelski esquematiza a distinção acima proposta na seguinte tabela (MESHELSKI, 2016, p. 435):

¹¹⁷ Tradução livre de: “(...) design the social system so that the outcome is just whatever it happens to be.”

Table 1 Rawls's types of procedural justice

	Justice of outcome is independent of procedure	Justice of procedure is independent of outcome
Perfect procedural justice	Yes	No
Imperfect procedural justice	Yes	Yes
Pure procedural justice	No	No

A seu turno, Taylor tem evidentemente a bagagem de leitura para compreender os conceitos acima descritos. Todavia, ele confere à justiça procedimental pura uma leitura excessivamente procedimentalista, cuja origem parece estar em uma interpretação estrita de Rawls, para quem o cerne da ideia intuitiva de justiça procedimental pura é de que o arranjo do sistema social deve garantir que seus resultados sejam justos quaisquer que sejam.

Entretanto, a justiça procedimental pura demanda, na verdade, uma concepção de igualdade que é substancial e não apenas procedimental, como afirma Joshua Cohen em seu "Proceduralism and Pluralism" (COHEN, 1994, p. 569-89), citado diretamente por Rawls no *Liberalismo Político* (RAWLS, 2005, p. 422): "(...) a concepção igualitária de bem comum expressa pelo princípio da diferença é fundamentalmente uma questão substancial e não de procedimento" (COHEN, 1994, p. 596).¹¹⁸

Afirma-se, então, que a interpretação de Taylor é estrita, pois, já desde a primeira edição de *Uma Teoria da Justiça*, ao enunciar a ideia central da justiça procedimental pura, Rawls apresenta a seguinte ressalva: "A ideia intuitiva [da justiça procedimental pura] é projetar o sistema social de modo que o resultado seja justo qualquer que seja, desde que esteja dentro de certo escopo" (RAWLS, 1971, p. 85).¹¹⁹ Ao longo de toda sua carreira, Rawls manteve essa ressalva dos resultados possíveis ao caracterizar a justiça procedimental pura, sendo que, mesmo na revisão de *Uma Teoria da Justiça*, ele manteve a frase inalterada (RAWLS, 1999, p. 74). Qual seria, então, a melhor forma de compreender essa limitação do âmbito de resultados aceitáveis pela justiça procedimental pura?

¹¹⁸ Tradução livre de: "(...) the egalitarian conception of the common good expressed in the difference principle, too, is fundamentally a matter of substance, not procedure."

¹¹⁹ Tradução livre de: "The intuitive idea [of pure procedural justice] is to design the social system so that the outcome is just whatever it happens to be, at least so long so it is within a certain range."

Acredita-se que a primeira pista passa por relacionar a justiça procedimental pura com estrutura básica, conforme já se indicou anteriormente neste capítulo. Mais sofisticadamente proposta por Rawls em “The Basic Structure as Subject”¹²⁰ (RAWLS, 1977, pp. 159-65), a ideia é de que boa parte do conceito de justiça procedimental pura, por depender do conteúdo dos princípios, precisa incorporar uma forma ideal de estrutura básica, isto é, de sociedade bem ordenada, a partir da qual processos institucionais contínuos sejam constrictos e os resultados acumulados das transações individuais sejam constantemente corrigidos (RAWLS, 1977, p. 159).

Os dois princípios de justiça definem o processo justo e, assim, o resultado de suas parcelas distributivas é justo. Ao mesmo tempo, esses princípios especificam uma forma ideal para a estrutura básica à luz da qual processos processualmente puros são constringidos e corrigidos. (RAWLS, 1977, p. 164)¹²¹

Com isso, o autor explicita que a justiça procedimental pura, ao mesmo tempo que se fundamenta nos princípios de justiça para definir os termos da justa cooperação social, pressupõe uma forma ideal de organização social que funciona como guia para as correções necessárias com vistas à preservação da justiça de pano de fundo.

Aliás, existe um comentário intrigante sobre o tema feito por Richard Krouse e Michael McPherson ao enfrentarem a dificuldade do capitalismo de bem-estar social em realizar os princípios da justiça como equidade e o sucesso da democracia de cidadãos proprietários para tal (KROUSE & MCPHERSON, 1988, pp. 79-105).¹²² Em determinado ponto de sua discussão, ao se depararem com a justiça procedimental pura, os autores comentam que, na versão não publicada do artigo “The Basic Structure as Subject,” Rawls caracteriza sua teoria ideal como um caso de justiça procedimental pura ajustada – “pure adjusted procedural justice” (KROUSE & MCPHERSON, 1988, p. 82).

¹²⁰ Trabalho apresentado na reunião anual da divisão do pacífico da “Associação Filosófica Americana” (“American Philosophical Association, Pacific Division”) em março de 1977, na cidade de Portland, OR (EUA).

¹²¹ Tradução livre de: “The two principles of justice define the relevant fair process and so whatever distributive shares result are fair. At the same time, these principles specify an ideal form for the basic structure in the light of which pure procedural processes are constrained and corrected.”

¹²² Agradeço ao amigo Yago Condé pela indicação desta obra.

Essa expressão salta aos olhos, porque ela não se encontra em nenhuma das versões desse trabalho que Rawls publicou por escrito (RAWLS, 1977, pp. 159-65; RAWLS, 2005, pp. 257-88). O que teria levado o autor, então, a mudar de ideia? Evidentemente, é impossível psicografar sua resposta para entender seus motivos. Por sua vez, acredita-se que Rawls tenha sim pensando em renomear a expressão para “justiça procedimental pura ajustada,” com o fim de tornar mais clara a dimensão substantiva do conceito.

Todavia, ao perceber que essa dimensão – e a limitação de resultados possíveis com base nela – já se encontrava explícita desde a primeira edição de *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1971, p. 85), talvez Rawls tenha visto que seria desnecessário mudar seus termos, razão pela qual ele teria mantido a expressão justiça procedimental pura nas versões publicadas do trabalho e em seus escritos mais maduros.

Nesse diapasão, reforça-se que a versão revista e expandida de “The Basic Structure as Subject” foi publicada como capítulo no *Liberalismo Político* (RAWLS, 2005, pp. 257-88). Apesar das revisões, é interessante notar que a posição de Rawls em relação a essa dimensão substantiva da justiça procedimental pura parece não ter mudado, já que o autor explicita que a justiça procedimental pura deve ser compreendida em conjunto com uma concepção de justiça, a qual “(...) precisa incorporar uma forma ideal da estrutura básica à luz da qual os resultados acumulados de processos sociais contínuos devem ser limitados e ajustados” (RAWLS, 2005, p. 281).¹²³

Sendo assim, Rawls ressalta novamente que o trabalho em “tandem” dos princípios de justiça é importante elemento da justiça procedimental pura na determinação das parcelas distributivas. Neste momento, o autor novamente enfatiza que, a partir da aplicação dos princípios, encontram-se resultados sociais justos, desde que dentro de limites apropriados (RAWLS, 2005, p 282). Diante disso, parece não ser sustentável uma interpretação como a de Taylor, para quem a justiça procedimental pura que não se sensibiliza com a restrição dos resultados aceitáveis de acordo com os princípios de justiça. Ademais, ressalta Rawls:

¹²³ Tradução livre de: “(...) must incorporate an ideal form for the basic structure in the light of which the accumulated results of ongoing social processes are to be limited and adjusted.”

Uma distribuição justa pode ser alcançada apenas pelo funcionamento real de um processo social justo ao longo do tempo, no decorrer do qual, de acordo com as regras anunciadas publicamente, prerrogativas são conquistadas e honradas. Esses recursos definem a justiça procedimental pura. (RAWLS, 2005, p. 282)¹²⁴

Importante mencionar que essa possibilidade de repensar arranjos institucionais com base nos resultados encontrados possui importantes defensores na literatura. O professor Colin M. Macleod, ao estudar a aplicação da justiça como equidade a instituições econômicas, afirma que o recurso à justiça procedimental pura não impede reformas institucionais com o propósito de realizar os princípios de justiça (MACLEOD, 2014, p. 183).

Samuel Freeman também parece adotar posição semelhante: para ele, diante de uma sociedade com desigualdades sociais abissais, sabe-se que tais resultados não seriam encontrados se a sociedade em questão tivesse observado um princípio de justiça de pano de fundo como o princípio da diferença (FREEMAN, 2007, p. 127).

Ao abordar esse tema com vistas ao problema específico das ações afirmativas, a professora Kristina Meshelski apresenta os motivos pelos quais são permissíveis interferências nos resultados dentro do paradigma da justiça procedimental pura rawlsiana e, portanto, a justificação de ações afirmativas 3-5 (MESHELSKI, 2016, p. 425). Segundo ela, compreender bem o significado da justiça procedimental pura em Rawls implica em reconhecer a mútua referencialidade entre procedimentos e resultados. Para concretizar seu argumento, a autora recorre ao exemplo trazido pelo próprio Rawls:

Pelo que entendo, a escolha de Rawls por jogos como exemplo de justiça procedimental pura serve não apenas para enfatizar que a justiça procedimental pura julga os resultados à luz dos procedimentos, mas também que a ela julga os procedimentos à luz dos resultados. (...) Não há como se falar coerentemente sobre a justiça no resultado do “lançar a moeda,” apartado da justiça do próprio lance em si, o que significa que o

¹²⁴ Tradução livre de: “A fair distribution can be arrived at only by the actual working of a fair social process over time in the course of which, in accordance with publicly announced rules, entitlements are earned and honored. These features define pure procedural justice.”

jogo é justo se e somente se o resultado for justo. (MESHELSKI, 2016, p. 435)¹²⁵

Segundo ela, se o condicional “se procedimento é justo, então o resultado também será” definisse essencialmente a justiça procedimental pura, então esta não seria conceitualmente diferente da justiça procedimental imperfeita. Por outro lado, a autora acredita que a ideia de Rawls aqui é de que, na justiça procedimental pura, qualquer injustiça no resultado necessariamente macula os procedimentos – e vice-versa (MESHELSKI, 2016, p. 436).

Assim, Meshelski entende que, para se atingir a igualdade equitativa de oportunidades – entendida como compatível com diferentes recompensas sociais, que estão abertas para todos –, é preciso desenhar um arranjo social cujos resultados encontrem-se dentro de certo espectro. Por outro lado, "(...) só porque os resultados não podem ser analisados independentemente do sistema que levou a eles, não significa que os resultados não podem ser analisados de maneira alguma" (MESHELSKI, 2016, p. 437).¹²⁶

Em suma, portanto, a interpretação adequada da justiça procedimental pura parece significar que procedimentos sejam analisados à luz de seus resultados e vice-versa. Desse modo, embora o conceito leve a palavra pura, a noção de justiça procedimental pura em Rawls é aquela em que procedimentos justos constroem resultados justos e, do mesmo modo, resultados justos constroem procedimentos sincronicamente (MESHELSKI, 2016, p. 438).

É com base nessa compreensão de justiça procedimental pura que Meshelski sustenta que ela não é violada pelas ações afirmativas 3-5. Em outras palavras, as alterações no “process” e no “output” das cotas leves e fortes, conforme sustentadas por Taylor, não violam o procedimentalismo puro rawlsiano (MESHELSKI, 2006, p. 439). Para demonstrar seu argumento, ela inicialmente esquematiza a posição de Taylor, conforme as seguintes afirmações:

¹²⁵ Tradução livre de: “As I understand it, Rawls’s choice of gambling as an example of pure procedural justice serves not only to make the point that pure procedural justice judges outcomes in light of procedures but also that pure procedural justice judges procedures in light of outcomes. (...) There is no way to coherently talk about the justice of the outcome of the coin toss as distinct from the justice of the toss itself, which means that the coin toss is just if and only if the result is just.”

¹²⁶ Tradução livre de: “(...) just because outcomes cannot be judged independently of the system that led to those outcomes doesn’t mean that outcomes cannot be judged.”

- 1.) A justiça procedimental exige que não haja interferência nos resultados dos procedimentos.
- 2.) Ações afirmativas como cotas interferem no resultado dos procedimentos, na medida em que tentam obter justiça racial usando meios injustos.
- 3.) O fim que as cotas tentam alcançar é o que teria acontecido se não houvesse racismo na sociedade.
- 4.) Não sabemos qual seria o resultado dos procedimentos de contratação e admissão na sociedade ideal (ou seja, a sociedade sem racismo). (MESHELSKI, 2016, p. 439)¹²⁷

Meshelski acredita que cada um dos quatro passos do argumento pode ser desafiado. Por sua vez, mais importante do que isso é compreender que a visão acima esquematizada não pode ser atribuída a Rawls. Isso porque, conforme explicado anteriormente, com justiça procedimental pura, o autor vislumbra a situação em que resultados são analisados à luz de procedimentos e vice-versa.

Sendo assim, Taylor dá interpretação absoluta a (1), como se Rawls tivesse proposto que a justiça procedimental pura exigisse que se deixassem os procedimentos absolutamente puros e livres de interferências, o que, evidentemente, não é o caso. Na verdade, levar a justiça procedimental pura a sério torna (1) implausível, pois esta seria uma visão sobre justiça que, apartada completamente dos resultados obtidos, valoriza as regras que definem os procedimentos por sua própria causa (“for their own sake”) (MESHELSKI, 2016, p. 439).

Além do mais, Meshelski ainda afirma que a visão proposta em (1) não se aplica a esportes, a analogia proposta pelo próprio Rawls para representar a justiça procedimental pura. O exemplo que ela utiliza é o da criação da regra que exige que times de basquete concluam seus ataques em 24 segundos, pensada para tornar o jogo mais ofensivo e lhe dar mais dinamicidade (MESHELSKI, 2016, p. 440).

Aproximando-se do contexto cultural brasileiro, pode-se afirmar que o mesmo raciocínio se aplica à 11ª regra do futebol: o impedimento. Trata-se de regra cuja finalidade é fazer com que o maior número de jogadores participe ativamente das

¹²⁷ Tradução livre de: “1.) Procedural justice requires no interference in the outcome of procedures. 2.) Affirmative action quotas interfere in the outcome of procedures, in that they attempt to achieve racial justice by using unfair means. 3.) The end that quotas attempt to achieve is what would have happened if there had been no racism in society. 4.) We do not know what the outcome of hiring and admissions procedures would be in the ideal society (i.e., the society without racism).”

jogadas e tornar o jogo mais ofensivo (em um bom sentido). Ao analisar a evolução histórica das regras do futebol, percebe-se que as diversas alterações dessa regra tinham vistas a que ela atingisse mais adequadamente sua finalidade. Dentre essas alterações, pode-se mencionar a de 1925, que diminuiu a quantidade de jogadores exigidos à frente do atacante para caracterizar o impedimento e fez aumentar em 35,6% a quantidade de gols no campeonato inglês de um ano para o outro.¹²⁸

Em ambos os exemplos, ficam evidentes as interferências nas regras que levam em conta os resultados que elas têm gerado à luz de resultados esperados. Assim também funciona com a justiça como equidade: mudam-se as regras que têm entregado resultados considerados insatisfatórios em face dos princípios de justiça, e a justiça procedimental pura não é violada, pois o que ela pede é que resultados e procedimentos sejam compreendidos de maneira holística.

Em outras palavras, Meshelski sustenta que não há nada de injusto em mudar as regras de um procedimento para atingir um determinado resultado esperado, evidentemente, desde que respeitada a transição, tendo em vista as expectativas legítimas criadas a partir dos procedimentos anteriores. Em outras palavras, é preciso não mudar as regras do jogo enquanto se está jogando (MESHELSKI, 2016, p. 440).

Com efeito, a autora ainda ressalta que a justiça procedimental pura rawlsiana parece requerer uma valoração contínua dos resultados e procedimentos, uns à luz dos outros: “(...) a justiça procedimental pura, no sentido rawlsiano, parece exigir avaliação contínua dos procedimentos de admissão à luz dos resultados desses procedimentos” (MESHELSKI, 2016, p. 441).¹²⁹

Uma interpretação similar pode ser atribuída a Joshua Cohen, pois, ao discorrer sobre o papel que a justiça procedimental pura exerce para o princípio da diferença, o autor esclarece que a ideia é que uma distribuição satisfaz esse princípio apenas se é resultado (“outcome”) do exercício de instituições políticas e econômicas moldadas de acordo com regras justas – caso em que a justiça das regras é traduzido para os resultados.

¹²⁸ Disponível em: <http://www.sidelinesoccer.com/history-of-the-offside-rule>. Acesso em 23/01/2019.

¹²⁹ Tradução livre de: “(...) pure procedural justice, in the Rawlsian sense, seems to require continual evaluation of admissions procedures with respect to the outcomes of those procedures.”

(...) a justificação da equidade das regras é feita com referência aos resultados esperados, em particular as expectativas voltadas para os menos favorecidos. Como a justificativa apela para o resultado esperado, é enganoso pensar no próprio princípio da diferença como meramente procedimental. (COHEN, 1994, p. 597)¹³⁰

Com isso, acredita-se que a restrição da justiça procedimental pura em condições não ideais de Taylor não significa um obstáculo para a implementação de AA 4-5, tanto porque a distinção proposta entre “input,” “process” e “output” é uma fragmentação injustificada da realidade, quanto porque os limites que a justiça procedimental pura impõem não impedem em absoluto que os procedimentos sejam analisados à luz de seus resultados, mas apenas que procedimentos e resultados sejam analisados em conjunto.

Até presente o momento, a construção da argumentação acatou a premissa de Taylor segundo a qual a teoria não ideal de Rawls seria um caso de justiça procedimental pura. Espera-se ter demonstrado que, sendo esse o caso, a justiça como equidade em condições não ideais dá pleno espaço para AA 4-5. Contudo, mesmo se a argumentação até aqui foi malsucedida, ainda há uma objeção mais poderosa que pode ser colocada contra Taylor, a saber: a justiça procedimental rawlsiana apenas se aplica à teoria ideal.

Para demonstrar essa posição, parte-se do seguinte aspecto do procedimentalismo puro rawlsiano, que não foi mencionado por Taylor: as circunstâncias de fundo (“background”). Essa é uma parte significativa do conceito de justiça procedimental pura, já que, para Rawls, “(...) as circunstâncias de fundo definem um procedimento justo” (RAWLS, 1999, p. 75).¹³¹ Ora, o que chama a atenção nessa afirmação é que tais circunstâncias justas são condição de possibilidade da justiça procedimental pura. Acredita-se que essa interpretação encontra substrato tanto em diversos intérpretes relevantes, quanto no texto de Rawls explicitamente:

Somente diante do pano de fundo de uma estrutura básica justa, incluindo uma constituição política e um arranjo justo de instituições econômicas e

¹³⁰ Tradução livre de: “(...) the case for the fairness of the rules is made by reference to expected outcomes, in particular the expectations under the rules for the least advantaged. Because the justification appeals to expected outcomes, it is misleading to think of the difference principle itself as procedural.”

¹³¹ Tradução livre de: “(...) the background circumstances define a fair procedure.”

sociais, pode-se dizer que o procedimento justo requerido existe. (RAWLS, 1999, p. 75-6)¹³²

Além disso, ressalta-se que ambas as citações diretas de Rawls feitas logo acima já se encontravam exatamente com a mesma redação na edição original de *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1971, p. 86-7), mostrando a certeza que o autor tinha sobre a posição, uma vez que não mudou de ideia quando teve a chance.

A leitura desses fragmentos, inserida no sistema que é a teoria de Rawls, forma um bom argumento para sustentar que a justiça procedimental pura apenas existe em condições ideais. Em outras palavras, uma interpretação como a de Taylor, que aplica a noção de justiça procedimental pura a condições não ideais, aplica uma metodologia inadequada ao seu objeto de estudo, isto é, às ações afirmativas em condições não ideais. Essa inexatidão não permite que seu argumento prospere.

Como dito acima, diversos intérpretes de Rawls dão substrato a essa interpretação. Por exemplo, ao investigarem como mercados competitivos poderiam satisfazer os princípios da justiça como equidade, Richard Krouse e Michael McPherson esclarecem que, “(...) conforme Rawls enfatiza repetidamente, a justiça procedimental pura exige que os mercados competitivos sejam estabelecidos dentro de um quadro de ‘instituições básicas apropriadas’” (KROUSE & MCPHERSON, 1988, p. 82).¹³³ Parece claro que, com “instituição básica apropriadas,” os autores têm em mente instituições que corretamente se adequam aos princípios de justiça.

Ainda na discussão sobre mercados, Colin M. Macleod também passa pela justiça procedimental pura e afirma que apenas:

(...) quando as instituições são estruturadas por princípios apropriados, elas exibem a justiça procedimental pura. Isso significa que a justiça das regras públicas que estruturam os processos institucionais básicos garante a

¹³² Tradução livre de: “Only against the background of a just basic structure, including a just political constitution and a just arrangement of economic and social institutions, can one say that the requisite just procedure exists.”

¹³³ Tradução livre de: “(...) as Rawls emphasizes again and again, pure procedural justice requires that competitive markets be set within a framework of ‘appropriate background institutions.’”

justiça dos resultados particulares encontrados. (MACLEOD, 2014, p. 179)¹³⁴

Em seu turno, Andrew Valls diretamente acusa Taylor de simplesmente ter mal interpretado a justiça procedimental pura quando a aplica a condições não ideais (VALLS, 2010, p. 10). Sendo assim, o erro de Taylor é não compreender que a justiça procedimental pura apenas existe sob condições ideais:

(...) está claro na explicação de Rawls da justiça procedimental pura que ela se aplica somente quando temos razão para pensar que as regras do jogo são justas – isto é, sob condições ideais. (...) Para Rawls, impor seu procedimentalismo sob tais condições [não ideais] é perpetuar a injustiça: “Sem um esquema apropriado das instituições de fundo, o resultado do processo distributivo não será justo” (1999, 243). (VALLS, 2010, p. 10)¹³⁵

Neste diapasão, também em debate direto com Robert S. Taylor, D. C. Matthew é explícito ao afirmar que Rawls não está preocupado apenas com um conjunto de procedimentos que, se adequadamente seguindo, levaria a um resultado ostensivamente aceitável, mas sim que:

(...) os procedimentos têm que ser justos – conforme determinado pela justiça como equidade. (...) o ponto é que sem a FEO [igualdade equitativa de oportunidade] não poderíamos ter certeza do escopo de resultados possíveis que, seguidos os procedimentos, seriam justos. Evidentemente, é nisso que Rawls está interessado; a justiça como equidade não fetichiza o procedimentalismo puro. Portanto, sem as instituições apropriadas para assegurar a FEO, não há razão para que a justiça procedimental pura restrinja a teoria não ideal. (MATTHEW, 2015, p. 332)¹³⁶

Dessa maneira, apoiado não apenas em Rawls, mas também em diversos intérpretes, pode-se afirmar que a justiça procedimental pura não subsiste em

¹³⁴ Tradução livre de: “(...) when institutions are structured by appropriate principles, they exhibit pure procedural justice. This means that the fairness of the public rules structuring basic institutional processes ensure the justice of the particular outcomes they generate.”

¹³⁵ Tradução livre de: “(...) it is clear in Rawls's explication of pure procedural justice that it applies only when we have reason to think that the rules of the game are fair — that is, under ideal conditions. (...) For Rawls, to impose proceduralism under such [nonideal] conditions is to perpetuate injustice: “Without an appropriate scheme of these background institutions the outcome of the distributive process will not be just” (1999, 243).

¹³⁶ Tradução livre de: “(...) the procedures have to be fair — as determined by justice as fairness. (...) the point is that without FEO [fair equality of opportunity] we could not rest assured that the range of outcomes of following the procedures would be fair. And this, of course, is what Rawls is interested in; justice as fairness does not fetishize pure proceduralism. So if the appropriate, FEO-securing institutions are absent, there is no reason why pure procedural justice should constrain nonideal theory.”

condições não ideais. Por outro lado, é interessante perceber que, apesar do número significativo de autores que reconhecem isso, pouco se desenvolveu sobre qual o tipo de justiça que se tem no caso não ideal. Sendo assim, resta tentar desenvolver uma compreensão de qual seria o caso da teoria não ideal de justiça com base em Rawls.

Em suma, sustenta-se que, enquanto a teoria ideal de Rawls é um caso de justiça procedimental pura, sua teoria não ideal caracteriza-se como uma teoria de justiça procedimental quase pura (“quasi-pure procedural justice”). Foi Rawls quem cunhou esse termo, embora ele não o relacione explicitamente com sua teoria não ideal. Na verdade, o autor utiliza-o para esclarecer como leis e políticas são justas na sequência de quatro estágios: desde que se mantenham dentro do espectro e dos procedimentos permitidos por uma constituição justa, que lhes dá força normativa:

(...) a respeito de muitas questões de política social e econômica, devemos recorrer a uma noção de justiça procedimental quase pura: direitos e políticas são justos desde que se encontrem dentro de um escopo permitido e tenham sido promulgados de acordo com procedimentos autorizados por uma constituição justa. (RAWLS, 1999, p. 176)¹³⁷

Nessa passagem, Rawls procurou rebater uma possível crítica de que a justiça como equidade traga consigo excessiva indeterminação quando às leis e políticas que justifica. O autor, por sua vez, acredita que essa indeterminação é de fato esperada, pois, como Tommie Shelby também argumentou, não se julga cada situação à luz dos princípios de justiça, mas sim é preciso adotar a perspectiva adequada conforme a sequência de quatro estágios (SHELBY, 2004, pp. 1706-7). Isso significa que Rawls acredita que a justiça como equidade já tem valor se define um escopo para a justiça de acordo com juízos ponderados de forma mais aguçada que as demais teorias e se identifica com mais precisão as injustiças que precisam ser combatidas (RAWLS, 1999, p. 176).

É nesse ponto que entra em cena a justiça procedimental quase pura: trata-se do tipo de raciocínio necessário para se responder a questões de justiça social ao se passar de um estágio mais abstrato (como o das essências constitucionais) para a

¹³⁷ Tradução livre de: “(...) on many questions of social and economic policy we must fall back upon a notion of quasi-pure procedural justice: laws and policies are just provided that they lie within the allowed range, and the legislature, in ways authorized by a just constitution, has in fact enacted them.”

análise mais específica de determinada política pública (por exemplo, do princípio da diferença para uma dedução fiscal para famílias de baixa renda). Para ilustrar um pouco mais a justiça procedimental quase pura, Rawls esclarece:

(...) se a legislação aprovada está, até onde se pode verificar, dentro do alcance daqueles que poderiam razoavelmente ser favorecidos por legisladores racionais conscienciosamente tentando seguir os princípios da justiça, então a decisão da maioria é, em termos práticos, dotada de autoridade, ainda que não definitiva. Trata-se de situação de justiça procedimental quase pura. (RAWLS, 1999, p. 378)¹³⁸

Adota-se, portanto, o que parece ser a essência da justiça procedimental quase pura proposta por Rawls: analisar a construção de justificações normativas tendo em vista um escopo restrito de respostas possíveis. Daí vem a necessidade de se pensar como essa ideia ajuda na superação das injustiças atuais, um dos propósitos essenciais da teoria não ideal (RAWLS, 1999, pp. 215-6). A resposta a essa pergunta passa por uma reconstrução do equilíbrio reflexivo, uma vez que ela se limita por intuições e juízos ponderados sobre a justiça reflexivamente equilibrados (RAWLS, 1999, pp. 40-6).

De acordo com Samuel Freeman, o equilíbrio reflexivo pressupõe juízos considerados e convicções morais, que são trazidas a um equilíbrio, uns em face dos outros pelo uso do raciocínio humano. Um dos objetivos iniciais de *Uma Teoria da Justiça* é justamente encontrar uma concepção de justiça que mais se adeque a convicções morais consideradas (FREEMAN, 2007, p. 31). Atinge-se, então, o equilíbrio reflexivo rawlsiano quando:

(...) a pessoa considerou as principais concepções de justiça política encontradas em nossa tradição filosófica (incluindo visões críticas do conceito de justiça em si (alguns acham que a visão de Marx é um exemplo)), e ponderou sobre a força das razões filosóficas ou não sobre a questão. (RAWLS, 2001, p. 31)¹³⁹

¹³⁸ Tradução livre de: "(...) if the law actually voted is, so far as one can ascertain, within the range of those that could reasonably be favored by rational legislators conscientiously trying to follow the principles of justice, then the decision of the majority is practically authoritative, though not definitive. The situation is one of quasi-pure procedural justice."

¹³⁹ Tradução livre de: "(...) the person has considered the leading conceptions of political justice found in our philosophical tradition (including views critical of the concept of justice itself (some think Marx's view is an example)), and has weighed the force of the different philosophical and other reasons for them."

Desse modo, o equilíbrio reflexivo representa um método de raciocínio em filosofia política que permite que a razão prática auxilie o curso das ações humanas coletivas (RAWLS, 2001, p. 31). Assim, uma justificação se encontra em equilíbrio reflexivo se: “(...) demonstramos como nossas convicções mais ponderadas sobre o certo e o errado são deriváveis de uma concepção moral que tem uma base dedutiva nessas intuições racionais abstratas” (FREEMAN, 2007, p. 34).¹⁴⁰

Thomas Scanlon reforça que, ao lado das ideias de posição original e de razão pública, o equilíbrio reflexivo exerce um papel essencial para a justificação no pensamento de Rawls (SCANLON, 2003, p. 139). Sendo assim, o autor enfatiza a importante função que o equilíbrio reflexivo exerce em dois empreendimentos na obra de Rawls: na procura por determinar se e como uma posição moral pode formar uma visão coerente sobre o que se deve fazer; e, havendo tal coerência, o método trabalha para responder aos importantes desafios que a moralidade apresenta (SCANLON, 2003, p. 147).

Nesse sentido, Scanlon explicita o caráter socrático do equilíbrio reflexivo, no sentido de que sua busca pela verdade é um processo no qual sempre é possível a revisão. Finalmente, o autor ainda enfatiza o valor desse método que, adequadamente compreendido, “(...) é, na verdade, a melhor maneira de pensar sobre assuntos morais e sobre muitos outros assuntos. De fato, é o único método defensável: alternativas aparentes são ilusórias” (SCANLON 2003, p. 149).¹⁴¹

Compreendido o equilíbrio reflexivo, no caso não ideal de Rawls, há que se considerar que intuições de justiça devem se relacionar com os princípios ideais de justiça,¹⁴² pois mesmo Taylor reconhece que toda teoria ideal deontológica é norte e limite para a respectiva teoria não ideal (TAYLOR, 2009, p. 478). Sendo assim, argumenta-se que, em Rawls, os princípios da teoria ideal não dão o critério independente de justiça para a teoria não ideal. Se fosse o caso, ela seria uma teoria de justiça procedimental imperfeita. Por sua vez, eles limitam as respostas

¹⁴⁰ Tradução livre de: “(...) we demonstrate how our most considered convictions about right and wrong are derivable from a moral conception which itself has a deductive basis in these abstract rational intuitions.”

¹⁴¹ Tradução livre de: “(...) is in fact the best way of making up one’s mind about moral matters and about many other subjects. Indeed, it is the only defensible method: apparent alternatives to it are illusory.”

¹⁴² Como já explicado anteriormente, em Rawls, são eles: iguais liberdades básicas, igualdade equitativa de oportunidades e diferença (RAWLS, 1999, pp. 266-7).

possíveis, impedindo que a teoria não ideal se torne uma teoria puramente consequencialista, pois, em Rawls, não vale tudo para se chegar à sociedade bem ordenada.

Em outras palavras, diante de regras não ideais que geram resultados em choque com intuições de justiça, surge um “desequilíbrio reflexivo” e o consequente espaço para ponderação dessas regras tendo em vista os princípios de justiça – os quais não dão, por si sós, os resultados justos. Dessa ponderação, diante das circunstâncias não ideais, a regra que mais realize os princípios pode ser uma AA 4-5 (uma alteração no “process” ou no “output”, nos termos de Taylor) e isso não fere o procedimentalismo de Rawls, pois, em condições não ideais, se está no caso de justiça procedimental quase pura.

Essa forma, que parece ser mais correta e fiel não apenas à letra, mas também ao espírito dos textos de Rawls, funciona como base para uma das principais conclusões desta dissertação: a viabilidade de cotas rawlsianas em condições não ideais. Todavia, para sustentar adequadamente essa conclusão, ainda é necessário responder a uma questão: sendo a teoria não ideal rawlsiana um caso de justiça procedimental quase pura, o que isso implica para a forma de compreender e aplicar a concepção especial de justiça em condições não ideais? Essa é a tarefa que a próxima seção pretende desenvolver.

3.3. Concepção Especial de Justiça em Condições Não Ideais.

A partir da refutação aos argumentos de Robert S. Taylor e da noção de justiça procedimental quase pura, desenvolvida há pouco, tem-se em mãos as ferramentas para construir o argumento rawlsiano a favor das ações afirmativas em condições não ideais. Antes disso, é preciso explorar um pouco mais os conceitos de teoria ideal e não ideal.

Para Rawls, como já explicitado anteriormente, a teoria ideal se pergunta pelos princípios de justiça que regem uma sociedade bem ordenada (RAWLS, 1999, p. 246; SIMMONS, 2010, p. 7; FARRELLY, 2007, pp. 845-6). Já sua respectiva teoria não ideal lida com a injustiça no sentido que enfrenta os problemas que criam

entraves para a efetivação dos princípios de justiça em sociedades que apresentem condições mínimas de garantir a prioridade das liberdades básicas (RAWLS, 1999, p. 8; SIMMONS, 2010, pp. 12-3; FREEMAN, 2007, p. 232).

Interessante perceber como esse elemento transicional da teoria não ideal rawlsiana repousa sobre uma premissa eminentemente kantiana: “Não importa o quão completa seja a teoria, é necessário um termo intermediário entre a teoria e a prática, fornecendo uma ponte e uma transição de uma para a outra” (KANT, 1970, p. 61 *apud* VALENTINI, 2009, pp. 340-1).¹⁴³

Pois bem, como demonstrado anteriormente, Taylor acredita que a teoria não ideal busca realizar as condições de aplicação da concepção especial de justiça (TAYLOR, 2009, p. 485; TAYLOR, 2012, p. 361), pois erroneamente posiciona toda a teoria não ideal no âmbito de aplicação da concepção geral de justiça. Nesse sentido, ele não apenas conceitua erroneamente a teoria não ideal, mas também consequentemente não a relaciona corretamente com a respectiva teoria ideal, tópico já bastante abordado ao longo deste trabalho.

O ponto, então, é que não se abandonou a concepção especial de justiça ao se passar da teoria ideal para a não ideal. Não obstante, essa transição tem reflexos no modo como os princípios devem ser entendidos. Sendo assim, o caso não ideal pode se mostrar mais complexo do que o imaginado, de modo que certos problemas sejam mais latentes em determinadas sociedades, merecendo atenção prioritária. Em outras palavras, ausentes as condições ideais, desigualdades econômicas e sociais podem ser entrave para a garantia das liberdades dos indivíduos, chamando a atenção para si. Acredita-se, portanto, que isso pede uma compreensão diferenciada da concepção especial de justiça, especialmente em relação à prioridade lexical dos princípios.

Para entender bem os papéis que a teoria não ideal exerce a partir da sua relação com a teoria ideal – algo que, no vocabulário de Taylor traduz-se no “respeito ao espírito dos princípios” – acompanha-se a interpretação do professor Leandro Zanitelli (ZANITELLI, 2018, *passim*). Ancorado em Zofia Stemplowska e Adam Swift (STEMPLOWSKA & SWIFT, 2014, p. 117), Zanitelli explica a existência

¹⁴³ Tradução livre de: “No matter how complete the theory may be, a middle term is required between theory and practice, providing a link and a transition from one to the other.”

de dois papéis para a teoria ideal.¹⁴⁴ O primeiro é o papel de alvo: ao descrever um certo estado institucional como justo, a teoria ideal subordina a teoria não ideal (ocupada com instâncias nas quais a condição de obediência estrita não vigora), porque define um objetivo último a ser alcançado – a boa ordenação social.

Em segundo lugar, a teoria ideal provê para a não ideal uma métrica de urgência, que é a base para o reconhecimento de que certas injustiças devem ser enfrentadas antes do que outras. Desse modo, a medida da urgência é dada pela distância entre as instituições consideradas e aquelas descritas pela teoria ideal e pelas regras de prioridade entre os princípios (ZANITELLI, 2018, p. 10).

O autor ainda esclarece que Stemplowska e Swift resolvem eventuais conflitos entre papéis subordinando o alvo à urgência. Contudo, ele acredita que, em condições não ideais, uma interpretação forte do papel de urgência, na verdade, leva a consequências indesejáveis, uma vez que podem tornar o ideal inalcançável. Isso porque, da perspectiva da prioridade das liberdades básicas em relação ao segundo princípio, uma tal interpretação forte leva a se afirmar que ferir as liberdades básicas é sempre mais grave do que a igualdade equitativa de oportunidades ou o princípio da diferença, caso em que se tornaria sempre mais urgente extirpar violações às liberdades básicas – esvaziando o papel do segundo princípio, assim como pensa Philippe Van Parijs (VAN PARIJS, 2004, p. 224).

O problema é que, nas circunstâncias em que a condição de obediência estrita não é atendida, a tendência é que a escassez dos recursos disponíveis para aprimoramento das instituições impeça qualquer reforma em favor do segundo princípio enquanto o primeiro não estiver completamente satisfeito. (ZANITELLI, 2018, pp. 1-2)

Nesse sentido, dentre as soluções propostas pelo autor, acompanha-se a proposta de relativização do papel da urgência, que cria certa fluidez na prioridade dos princípios em condições não ideais. Em outros termos, se a teoria não ideal percebe que determinada política, ainda que viole temporariamente a regra de

¹⁴⁴ Zanitelli acredita que ambos os papéis encontram substrato expresso no texto de Rawls, por exemplo, quando o autor afirma que, em tradução livre: “As instituições existentes devem ser julgadas à luz desta concepção [a justiça como equidade] e consideradas injustas na medida em que se afastam dela sem razão suficiente. A classificação lexical dos princípios especifica quais elementos do ideal são relativamente mais urgentes, e as regras de prioridade que essa ordenação sugere devem ser aplicadas a casos não ideais também. Assim, na medida em que as circunstâncias o permitirem, temos o dever natural de remover quaisquer injustiças, começando pelas mais graves, identificadas pela extensão do desvio da justiça perfeita” (RAWLS, 1999, p. 216).

urgência, tem forte potencial para aproximar do ideal (alvo), ela se torna justificável (ZANITELLI, 2018, pp. 18-20).

Aliás, é essa a posição que parece ser mais compatível com o pensamento de John Rawls. Como se sabe, sua concepção especial de justiça possui os princípios ordenados em prioridade lexical. Todavia, o autor esclarece que os princípios foram pensados para uma sociedade bem ordenada, de modo que ele não assevera que sua prioridade se mantém ausentes as condições ideais (RAWLS, 1999, p. 216).

Isso significa, então, que o autor expressamente vislumbra pelo menos duas situações em que a prioridade é relativizada. A primeira é diante de limitações naturais, acidentes da vida humana ou de contingências histórica e sociais – casos em que se aplica a concepção geral de justiça. Já o segundo caso é o da existência de injustiças em arranjos sociais e condutas individuais nos moldes da teoria não ideal que aplica a concepção especial de justiça, situação em que a questão passa a ser qual a forma adequada de lidar com essa injustiça (RAWLS, 1999, p. 215).

Pretende-se demonstrar como é esse o caminho para justificar as ações afirmativas 4-5 como mecanismos de efetivação da concepção especial da justiça como equidade em condições não ideais. Vale ressaltar que diversos autores adotam uma posição similar, dando enfoque à relação entre igualdade equitativa de oportunidades e ações afirmativas. Dentre eles, pode-se citar D. C. Matthew (MATTHEW, 2015, p. 337) e Andrew Valls (VALLS, 2010, pp. 17-8).

A partir dessa perspectiva, então, algumas das objeções hipotéticas que Robert S. Taylor discute contra o próprio argumento ganham sobrevida.¹⁴⁵ As duas primeiras objeções que ele apresenta são, respectivamente, da superinclusão (nesse sentido, seu argumento não se aplicaria a AA 4) e da subinclusão (assim, seu argumento também deveria vedar AA 3). Nos dois casos, a resposta de Taylor passa pela necessidade de uma métrica comum entre os princípios, o que o autor entende um desafio insuperável (TAYLOR, 2009, pp. 494-7). Acredita-se já ter respondido a esse ponto anteriormente, além de que, contra essas objeções, também se aplica a rejeição à distinção de Taylor entre “input,” “output” e “process.”

¹⁴⁵ Um dos muitos méritos dos textos de Robert S. Taylor é adiantar possíveis objeções a seu argumento e delinear respostas a essas objeções.

Por outro lado, suas duas últimas objeções hipotéticas são mais sofisticadas. Pois bem, a terceira afirma que já é possível saber quais os resultados (“output”) de um procedimento justo: a representação proporcional. Isto é, uma sociedade cuja população é metade negra deve apresentar 50% de médicos negros. Para responder à objeção, Taylor argumenta que o mero fato de haver super- ou sub-representação de um grupo em determinada posição específica não significa que houve vantagens injustas, o que ele exemplifica tanto no caso da super-representação de judeus (grupo minoritário) nas posições de professores universitários quanto no caso da sub-representação da população branca brancas (grupo majoritário) entre atletas profissionais no contexto norte-americano (TAYLOR, 2009, p. 498).

Contra essa leitura “ingênua” da super- ou sub-repretação, pode-se citar a posição de D. C. Matthew, que argumenta, por sua vez, que: “(...) as desvantagens injustas de um grupo sub-representado ainda podem ser tomadas como evidência prima facie de que sua sub-representação é, pelo menos em parte, o resultado dessas desvantagens injustas” (MATTHEW, 2015, p. 332).¹⁴⁶

Finalmente, a última objeção hipotética apresentada por Taylor é menos estrita e mais sofisticada que a anterior. Alega-se, então, que, ainda que não se saibam exatamente os resultados de um procedimento justo, tem-se uma ideia básica de como ele seria, o que já permite intervenções como AA 4-5 desde que AA 1-3 se mostrem ineptas ou ineficazes (TAYLOR, 2009, p. 499). Acredita-se que, apenas com a releitura da justiça procedimental pura apresentada neste capítulo, já se estão disponíveis argumentos fortes o suficiente para que um defensor de Taylor se renda a esta objeção.

Desse modo, parece ter ficado claro até aqui que a defesa das ações afirmativas rawlsianas tem forte correlação com a igualdade equitativa de oportunidades. Como dito, essa é a visão padrão entre os intérpretes do autor que trataram do tema, dentre eles, os gigantes Thomas Nagel (NAGEL, 2003, p. 84) e Samuel Freeman (FREEMAN, 2007, pp. 90-1).

¹⁴⁶ Tradução livre de: “(...) an underrepresented group’s unfair disadvantages can still be taken as prima facie evidence that its underrepresentation is at least partly the result of those unfair disadvantages.”

Com os contra-argumentos trabalhados aqui, espera-se ter respondido a Taylor e pavimentado bem o caminho para a construção da ponte entre cotas e a igualdade equitativa de oportunidades em condições não ideais. Por outro lado, pretende-se explorar ainda uma possibilidade aberta pelo prof. dr. Benjamin Sachs em seu trabalho sobre os limites da igualdade equitativa de oportunidades: a justificação de ações afirmativas com base no princípio da diferença¹⁴⁷ (SACHS, 2011, p. 324).

Nesse texto, Sachs acredita que é preciso compreender a igualdade equitativa de oportunidades com foco em duas variáveis: momento e o tipo de oportunidade equalizada. Ele conclui, então, pela seguinte formulação do princípio: “Certas oportunidades posicionais devem ser iguais entre os igualmente talentosos ao atingirem sua maioria” (SACHS, 2011, p. 341).¹⁴⁸ Ainda que Sachs tenha um excelente argumento, não se pode assegurar o quanto essa interpretação se mantém fiel ao projeto rawlsiano.

Por sua vez, importa mais aqui ressaltar a porta que o autor abre para a justificação de ações afirmativas. Isso se dá, porque Sachs argumenta que o potencial da igualdade equitativa de oportunidades é menos amplo do que normalmente se imagina para justificar esse tipo de política. Não obstante, diante de sua leitura limitada desse princípio, o autor aposta que uma defesa mais ambiciosa das políticas de ações afirmativas deve apelar a outro princípio de justiça:

Uma estratégia [para justificar as ações afirmativas] seria defender essas políticas como uma questão de justiça compensatória diante de nossa incapacidade de assegurar a FEO [igualdade equitativa de oportunidades]. Essa defesa seria limitada, no entanto, pois implicaria que os únicos

¹⁴⁷ Conforme o prof. Leandro Zanitelli o fez por correspondência informal, pode-se objetar às ações afirmativas como exigências do princípio da diferença no sentido de que essa medida apenas trocaria os grupos na pior posição social. A acusação seria, então, de que tais políticas afirmativas, apenas colocam na pior posição aqueles que estavam na “penúltima” pior posição social antes da atuação do princípio. Pela falta de tempo, não se consegue responder a crítica à altura. Todavia, duas possíveis contra objeções: (i) se esse raciocínio está correto, então ele se aplicaria, na verdade, a qualquer política com base no princípio da diferença, o que gera dúvidas quanto à própria justificação do princípio “in totum,” o que não se vê com bons olhos; (ii) a objeção parece não se sustentar ao se adotar a forma “leximin” do princípio da diferença, em tradução livre: “(...) inspirado por Amartya Sen e apresentado por Rawls (TJ, pp. 81–3/cf. 70–3 rev.) como uma generalização natural de sua formulação final [do princípio da diferença]: o maximin lexical ou leximin classifica as situações em que os menos favorecidos estão igualmente mal, olhando para o destino dos menos favorecidos ‘menos um,’ e assim por diante” (VAN PARIJS, 2003, p. 210).

¹⁴⁸ Tradução livre de: “Certain positional opportunity(ies) should be equal at the age of majority among the equally talented.”

beneficiários apropriados de tais políticas são aqueles adultos cuja oportunidade definida era menor na maioridade. Uma estratégia mais ambiciosa seria recorrer a outro(s) princípio(s) de justiça. (SACHS, 2011, p. 342)¹⁴⁹

Pretende-se argumentar que o princípio da diferença é um bom candidato para a vaga.¹⁵⁰ Desse modo, sustenta-se (contra Sachs) que não apenas a igualdade equitativa de oportunidades, mas também (em certo sentido, com Sachs) que o princípio da diferença dá substrato para ações afirmativas mais robustas, como AA 4-5 em condições não ideais. Para tanto, é preciso estudar este princípio um pouco mais a fundo.

Pois bem, em condições ideais, a essência do princípio da diferença é a igualdade, a não ser que a desigualdade melhore a situação daqueles com as menores expectativas de renda e riqueza (RAWLS, 1999, pp. 65-8). Trata-se, portanto, de uma regra prioritarista, ou seja, que escolhe que o grupo dos menos favorecidos deve ser priorizado dentre os possíveis arranjos sociais:

Dizer que as desigualdades em renda e riqueza devem ser arranjadas para o maior benefício dos menos favorecidos significa que, ao comparar esquemas de cooperação, devemos ter em vista os menos favorecidos de cada arranjo e, então, selecionar aquele em que os menos favorecidos estão em melhor situação do que sob qualquer outro arranjo. (RAWLS, 2001, pp. 59-60)¹⁵¹

Segundo Freeman, o princípio da diferença vai muito além de criar o dever de assistência ou do mínimo existencial aos menos favorecidos: ele demanda que certo padrão de organização social seja respeitado no próprio desenho das instituições

¹⁴⁹ Tradução livre de: "One strategy [to justify affirmative actions] would be to defend these policies as a matter of compensatory justice for our failure to secure FEO [fair equality of opportunity]. This defense would be limited, however, as it would imply that the only proper beneficiaries of such policies are those adults whose opportunity set was smaller at the age of majority. A more ambitious strategy would be to appeal to some other principle(s) of justice."

¹⁵⁰ Em sua arguição na banca de defesa desta dissertação, o professor Denilson Werle indagou sobre a possibilidade de ações afirmativas com base no princípio das iguais liberdades básicas. Preliminarmente, ao que parece, haveria sim espaço para esse tipo de argumentação apenas no que tange a ações afirmativas com fundamento das liberdades políticas, as únicas cujo valor é dado pelo primeiro princípio. Isso se dá, pois tais políticas, especialmente aquelas mais robustas como as cotas (AA 4-5), parecem demandar ações que vão além do mero quadro institucional de liberdades básicas, mas têm em vista a utilidade que se pode extrair delas, relacionando-se, portanto, com seu valor.

¹⁵¹ Tradução livre de: "To say that inequalities in income and wealth are to be arranged for the greatest benefit of the least advantaged simply means that we are to compare schemes of cooperation by seeing how well off the least advantaged are under each scheme, and then to select the scheme under which the least advantaged are better off than they are under any other scheme."

que compõem a estrutura básica e, portanto, acompanham os indivíduos ao longo de toda a vida.

Nesse sentido, as instituições do direito, por exemplo, que especificam direitos de propriedade e contratos, assim como aquelas que possibilitam a produção, o comércio e o consumo devem ser todas desenhadas com foco na perspectiva dos economicamente menos favorecidos. Por esse motivo, o autor rechaça a ideia de que o princípio da diferença permitiria um arranjo social que favorece outro valor, como a eficiência, e que depois “trickle-down” os benefícios para os mais carentes, pois o foco do princípio da diferença é, desde o princípio, nos que receberão menos (FREEMAN, 2007, p. 99).

Um conceito chave para entender melhor quem são os menos favorecidos – e, portanto, priorizados pelo princípio da diferença – é o de bens primários, dos quais Rawls identifica cinco tipos:

- (i) Os direitos e liberdades básicas: liberdade de pensamento e liberdade de consciência e as demais liberdades básicas (§13). Esses direitos e liberdades são condições institucionais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informado das duas capacidades morais (nos dois casos fundamentais (§13.4)).
- (ii) Liberdade de movimento e livre escolha de ocupação contra um pano de fundo de oportunidades diversas, as quais permitem a busca de uma variedade de fins e possibilitam sua revisão e alteração.
- (iii) Poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade.
- (iv) Renda e riqueza, entendidas como meios para todos os fins (tendo um valor de troca) geralmente necessários para alcançar uma ampla gama de fins, sejam eles quais forem.
- (v) As bases sociais do autorrespeito, entendidas como aqueles aspectos das instituições básicas normalmente essenciais para que os cidadãos tenham uma percepção viva de seu valor como pessoas e sejam capazes de avançar seus objetivos com autoconfiança. (RAWLS, 2001, pp. 58-9)¹⁵²

¹⁵² Tradução livre de: “(i) The basic rights and liberties: freedom of thought and liberty of conscience, and the rest (§13). These rights and liberties are essential institutional conditions required for the adequate development and full and informed exercise of the two moral powers (in the two fundamental cases (§13.4)). (ii) Freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities, which opportunities allow the pursuit of a variety of ends and give effect to decisions to revise and alter them. (iii) Powers and prerogatives of offices and positions of authority and responsibility. (iv) Income and wealth, understood as all-purpose means (having an exchange value) generally needed to achieve a wide range of ends whatever they may be. (v) The

Como dito, a premissa de Rawls é igualitária: todos devem possuir a mesma expectativa de bens primários, diante da importância que esses bens multifuncionais (“all-purpose”) exercem para que as pessoas possam desenvolver e realizar seus projetos de vida. Por sua vez, como o nome bem realça, há certas diferenças que são aceitáveis em uma sociedade bem ordenada, a saber, diferenças de renda e riqueza – bens primários tipo (vi) – que venham a melhorar a situação daqueles que têm a expectativa de obter a menor quantidade de tais bens primários. Em outras palavras, todo o resto igual, o princípio da diferença pede que se escolha o cenário em que aqueles que terão menor expectativa de renda e riqueza receberão comparativamente mais – a chamada estratégia “maximin” (RAWLS, 2001, p. 95).

Adota-se que, em condições ideais, esse é o posicionamento consolidado do Rawls maduro. Nesse sentido, respeitosamente se discorda de Philippe Van Parijs, para quem, tanto com base no texto de Rawls quanto explicitamente rompendo com este, os menos favorecidos não se identificam apenas pela quantidade dos bens primários vantagens econômicas e sociais recebidas, mas também com base em posições sociais desafortunadas:

Em suma, é crucial interpretar o princípio da diferença de modo que ele se aplique às perspectivas de vida das pessoas na posição social com as piores perspectivas de vida, posição esta que pode ser ocupada pelos menos afortunados (...) aqueles cujos talentos inatos e circunstâncias de vida que possuem acesso a outra posição. (VAN PARIJS, 2003, p. 221)¹⁵³

Pois bem, como explicitado, os menos favorecidos em condições ideais – logo, os priorizados pelo princípio da diferença de Rawls – são aqueles que possuem menor expectativa de renda e riqueza: “os menos favorecidos são aqueles pertencentes à classe com as mais baixas expectativas de renda” (RAWLS, 2001, p. 59).¹⁵⁴

social bases of self-respect, understood as those aspects of basic institutions normally essential if citizens are to have a lively sense of their worth as persons and to be able to advance their ends with self-confidence.”

¹⁵³ Tradução livre de: “In summary, it is crucial to interpret the difference principle so that it applies to the lifetime prospects of people in the social position with the worst lifetime prospects, which is a position that can be occupied by the least fortunate people (...) those whose innate talents and life circumstances are such that they have access to no other position.”

¹⁵⁴ Tradução livre de: “the least advantaged are those belonging to the income class with the lowest expectations.”

Por outro lado, quanto à situação de minorias historicamente oprimidas, como negros e mulheres, Rawls entende que:

Às vezes, no entanto, outras posições podem precisar ser levadas em conta. Se, por exemplo, houver direitos básicos desigualmente distribuídos por causa de características naturais fixas, essas desigualdades marcarão posições relevantes. Como essas características não podem ser alteradas, as posições definidas por elas contam como pontos de partida na estrutura básica. As distinções baseadas no sexo são deste tipo, assim como as que dependem da raça e da cultura. (RAWLS, 1971, p. 99)¹⁵⁵

Com isso, o autor se mostra talvez excessivamente otimista quando à ideia que essas características não diminuiriam o status social de tais indivíduos em uma sociedade bem ordenada, na qual as posições sociais relevantes especificadas pelo índice de bens primários renda e riqueza devem ser suficientes (RAWLS, 2001, p. 66). Em outras palavras, seu ponto é que, em uma sociedade em que se garantam iguais liberdades básicas e igualdade equitativa de oportunidades, raça e gênero não especificariam posições sociais relevantes da perspectiva do princípio da diferença.

Todavia, como já discutido anteriormente, especificar com certeza argumentativa certos aspectos de uma sociedade bem ordenada se trata de questão de difícil resposta. É o próprio Rawls que concede que a falta de atenção explícita a questões de raça e sexo são, de fato, uma omissão em *Uma Teoria da Justiça*:

(...) mas uma omissão não é como uma falha, seja na agenda desse trabalho ou em sua concepção de justiça. A falha realmente existirá a depender do quão bem essa concepção articula os valores políticos necessários para lidar com tais questões. A justiça como equidade e outras concepções liberais como ela certamente seriam seriamente defeituosas, caso não tivessem recursos para articular os valores políticos essenciais para justificar as instituições legais e sociais necessárias para garantir a igualdade das mulheres ou de outras minorias. (RAWLS, 2001, p. 66)¹⁵⁶

¹⁵⁵ Tradução livre de: "Sometimes, however, other positions may need to be taken into account. If, for example, there are unequal basic rights founded on fixed natural characteristics, these inequalities will single out relevant positions. Since these characteristics cannot be changed, the positions they define count as starting places in the basic structure. Distinctions based on sex are of this type, and so are those depending upon race and culture."

¹⁵⁶ Tradução livre de: "(...) but an omission is not as such a fault, either in that work's agenda or in its conception of justice. Whether fault there be depends on how well that conception articulates the political values necessary to deal with these questions. Justice as fairness, and other liberal

Nesse compasso, o autor ainda admite que, sendo renda e riqueza insuficientes para caracterizar os menos favorecidos em condições não ideais, surge o espaço para uma forma especial de princípio da diferença, aqui denominado princípio da diferença sensível:

(...) quando usadas de uma certa maneira, as distinções de sexo e raça dão origem a outras posições relevantes às quais se aplica uma forma especial do princípio da diferença (Teoria, §16: 85). (...) Os problemas sérios decorrentes da discriminação existente e as distinções baseadas em sexo e raça não estão na agenda [de Uma Teoria da Justiça], que é apresentar certos princípios de justiça e, então, confrontá-los com apenas alguns dos problemas clássicos da justiça política, resolvidos dentro da teoria ideal. (RAWLS, 2001, p. 66)¹⁵⁷

Assim, montando o quebra-cabeça, o panorama vislumbrado permite concluir que o princípio da diferença sensível, que considera não apenas renda e riqueza na caracterização dos menos favorecidos, mas também aceita a priorização de grupos historicamente oprimidos, por exemplo, caracterizados por raça e sexo, desde que essa condição dê causa a suas desvantagens sociais moralmente injustificadas.

Sendo assim, no caso de uma sociedade que possua tais grupos estigmatizados cuja desfortuna não resulta da falta de renda e riqueza, a justiça como equidade dispõe dos recursos necessários para não apenas para reconhecer que eles se encontram em situação injustificadamente pior, mas também para moldar sua estrutura básica no sentido de combater essa injustiça.¹⁵⁸ Diante disso, parece que as AA 4-5, que já alcançaram resultados satisfatórios em diversas democracias ocidentais, surgem como um bom instrumento para a correção de tais

conceptions like it, would certainly be seriously defective should they lack the resources to articulate the political values essential to justify the legal and social institutions needed to secure the equality of women and minorities.”

¹⁵⁷ Tradução livre de: “(...) when used in a certain way, distinctions of gender and race give rise to further relevant positions to which a special form of the difference principle applies (*Theory*, §16: 85). (...) The serious problems arising from existing discrimination and distinctions based on gender and race are not on its [A Theory of Justice] agenda, which is to present certain principles of justice and then to check them against only a few of the classical problems of political justice as these would be settled within ideal theory.”

¹⁵⁸ A partir das observações do professor David Gomes na banca de defesa desta dissertação, torna-se relevante explicitar que esta forma especial do princípio da diferença, ainda que sensível não apenas a renda e riqueza, não abre mão destas para caracterizar os menos favorecidos e, portanto, por ele priorizados. Trata-se, assim, de um princípio que é sensível, por exemplo, a raça e gênero, sem, contudo, perder sua sensibilidade a renda e riqueza, combinando-os em um critério mais adequado para resolver as demandas de justiça postas a uma teoria não ideal de justiça.

desigualdades, tendo em vista que a teoria não ideal procura aproximar-se tanto quanto possível do ideal, combatendo as injustiças atuais.

Em suma, tais políticas, baseadas ou não em critérios socioeconômicos, não ferem nem (i) o procedimentalismo de Rawls, pois em condições não ideais se está diante no caso de justiça procedimental quase pura, nem (ii) a aplicação da concepção especial de justiça, por contemplarem o papel de alvo da teoria ideal, aproximando sociedades reais a uma condição mais igualitária; além de (iii) encontrarem respaldo no princípio da diferença sensível.

CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a enfrentar a questão das ações afirmativas na perspectiva da justiça como equidade. Ao se passar os olhos pela obra como um todo, fica evidente que um de seus principais resultados foi responder ao prof. dr. Robert S. Taylor (TAYLOR, 2009). Se a acusação ao autor tivesse que ser resumida em uma única expressão, seria algo como “insuficientemente rawlsiana.” Isso não é um problema em si, pois ninguém é obrigado a endossar os pressupostos da justiça como equidade. Todavia, é um problema para quem pretende tratar de ações afirmativas rawlsianas.

Como amplamente discutido, a visão de Taylor, embora bastante robusta e consistente, não admite cotas nem mesmo em condições não ideais. Por outro lado, partiu-se da intuição de justiça de que a teoria de Rawls justifica a existência de ações afirmativas mais forte, como cotas de bônus de largada e de reserva de vagas. Bem à moda rawlsiana, essa intuição foi contraposta com os argumentos de Taylor e de demais autores, sendo que seu resultado é um juízo ponderado de que sim, a justiça como equidade vê tais ações afirmativas com bons olhos.

No caso das condições ideais de justiça, os três argumentos para rebater Taylor foram: sua má compreensão da prioridade lexical dos princípios; sua incerteza quanto à superação da opressão sistemática em uma sociedade bem ordenada; e, finalmente, o não conflito entre AA 3-5 e a igualdade de oportunidades formal. Refutados os argumentos do autor, encontrou-se a justificativa para afirmar mais a compatibilidade entre ações afirmativas e a teoria ideal de Rawls, dadas as dificuldades de se certificar certos aspectos de uma sociedade bem ordenada.

Já em condições não ideais, o texto leva a uma reconstrução da própria ideia de procedimentalismo puro. Contra Taylor, argumenta-se inicialmente que este fez uma leitura excessivamente estrita da justiça procedimental pura, além de aplica-la incorretamente. Por sua vez, sustentou-se que, em condições não ideais, a justiça como equidade é uma teoria de justiça procedimental quase pura, isto é, uma teoria limitada pela teoria ideal, sem comprometer, contudo, seu próprio critério de justiça.

Nesse diapasão, para a justiça procedimental quase pura, a resposta ao combate às injustiças é dada pela própria teoria não ideal. Entretanto, como esta tem a respectiva teoria ideal como norte e limite, intuições de justiça criam alvos e restrições para seus resultados possíveis. Essas intuições serão contrapostas a juízos ponderados de modo que, em equilíbrio reflexivo, encontram-se as respostas aos problemas de injustiças em sociedades não ideais.

Ao se aplicar o método acima proposto à concepção especial de justiça, conclui-se que a justiça como equidade em condições não ideais fundamenta as AA 4-5 sem tencionar sua respectiva teoria ideal, porque: (i) a teoria não ideal permite a aplicação fluida da concepção especial de justiça através da boa compreensão de seus papéis; e (ii) Rawls vislumbra em condições não ideais uma forma especial do princípio da diferença que é sensível não apenas a renda e riqueza na caracterização dos menos afortunados.

Antes de encerrar, faz-se uma ressalva óbvia: esse texto não defende o sistema de cotas como solução final para os problemas da teoria não ideal. A justiça como equidade é uma teoria complexa e sem um valor único a se alcançar. Muito menos se defende a aplicação indiscriminada das cotas de bônus de largada e reserva de vagas, uma vez que o desenho e a implementação de tais políticas dependem de dados empíricos. O objetivo desta dissertação foi essencialmente estudar o tema com o rigor metodológico que Rawls ensina e propor uma interpretação sustentável que relacione ações afirmativas e justiça como equidade, tanto no cenário ideal quanto no não ideal.

Em suma, sem desmerecer o trabalho de Taylor, espera-se ter apresentado uma dissertação que consegue não apenas responder a suas principais objeções para a justificação de ações afirmativas com base na justiça como equidade, mas também que pavimenta o caminho para a construção de um bom argumento para a defesa das ações afirmativas rawlsianas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CLÈVE, Clèmerson M. (2016). Ações Afirmativas e a Justiça como Equidade. *Revista Digital de Direito Administrativo* 3(3): 542-67.
- COHEN, Gerald A. (2008). *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- COHEN, Joshua (1994). *Pluralism and Proceduralism*. *Chicago-Kent Law Review* 69: 589-618.
- DUTRA, Franklin M. (2017). Ações Afirmativas na Educação Pública Brasileira e John Rawls. *Novas Edições Acadêmicas*. Beau Bassin, Mauritius.
- DWORKIN, Ronald (2000). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- FARRELLY, Colin (2007). *Justice in Ideal Theory: A Refutation*. *Political Studies* 55: 844-864.
- FERES JR, João & CAMPOS, Luiz A. (2013). *Liberalismo Igualitário e a Ação Afirmativa: da Teoria Moral à Política Pública*. *Revista de Sociologia e Política*, 21(48): 85-99.
- FERNANDES, Bernardo G. (2012). *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. Editora JusPODIVM. Salvador, BA.
- FRANCELINO, Everton M. (2017). *Rawls: Dos Princípios da Igualdade e Diferença à Afirmação das Políticas Igualitárias*. Dissertação de Mestrado (Filosofia) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA [Orientador: Prof. Dr. Daniel Tourinho Peres].
- FREEMAN, Samuel (2007). *Rawls*. Routledge. New York, NY.
- FREEMAN, Samuel (2014). *The Basic Structure of Society as the Primary Subject of Justice*. In MANDLE, Jon; REIDY, David A. [orgs.]; *A Companion to Rawls*. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell. pp. 88-111.
- FULLINWIDER, Robert (2018). *Affirmative Action*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta [org.] (Summer 2018 Edition). Disponível em:

<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/affirmative-action/>. Acesso em 19/01/2018.

GARDBAUM, Stephen (2001). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *The American Journal of Comparative Law* 49: 707-60.

GOFF, Edwin. L. (1976). *Affirmative Action, John Rawls, and a Partial Compliance Theory of Justice*. *Cultural Hermeneutics* 4: 43-59.

GUTMANN, Amy (1995). *Responding to Racial Injustice*. The Tanner Lectures on Human Values. University of Stanford, Stanford, CA.

HART, Herbert. L. A. (1973). *Rawls on Liberty and Its Priority*. *University of Chicago Law Review* 40(3): 551-55.

HINE, Darlene C. (1994). *In the Kingdom of Culture: Black Women and the Intersection of Race, Gender and Class*. In EARLY, Gerald [Org.] (1994). *Lure and Loathing: Essays on Race, Identity and the Ambivalence and Assimilation*. Penguin Books. New York, NY.

KAHLENBERG, Richard (1996). *The Remedy: Class, Race and Affirmative Action*. Basic Books. New York, NY.

KANG, Hye R. *Can Rawls's Nonideal Theory Save his Ideal Theory?* *Social Theory and Practice* 44(1): 32-56.

KANT, Immanuel (1970). *On The Common Saying: This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice*. In *Kant's Political Writings* [H. S. Reiss org]. Cambridge University Press. Cambridge.

KORSGAARD, Christine (1996). *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge University Press. Cambridge, UK.

KROUSE, Richard & MCPHERSON, Michael (1988). *Capitalism, "Property-Owning Democracy" and the Welfare State*. In GUTMANN, Amy [Org.] (1988). *Democracy and the Welfare State*. Princeton University Press. Princeton, NJ, pp. 79-105.

KYMLICKA, Will (2002). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

- MACLEOD, Colin M. (2014). *Applying Justice as Fairness to Institutions*. In MANDLE, Jon; REIDY, David A. [Eds.]. *A Companion to Rawls*. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell. PP 164-184.
- MATTHEW, D. C. (2015). *Rawlsian Affirmative Action: A Reply to Robert Taylor*. *Critical Philosophy of Race* 3(2): 324-343.
- MESHELSKI, Kristina (2016). *Procedural Justice and Affirmative Action*. *Ethical Theory and Moral Practice* 19(2): 425-43.
- MILLS, Charles W. (1997). *The Racial Contract*. Cornell University Press. Ithaca, NY.
- MURPHY, Liam B. (1998). *Institutions and the demands of justice*. *Philosophy and Public Affairs* 27(4): 251-291.
- NAGEL, Thomas (1973). *Equal Treatment and Compensatory Discrimination*. *Philosophy and Public Affairs* 2(4): 348-363.
- NAGEL, Thomas (2003). *John Rawls and Affirmative Action*. *The Journal of Blacks in Higher Education*, 39: 82-84.
- NOZICK, Robert (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Blackwell. Oxford, UK.
- OKIN, Susan M. (1994). *Political Liberalism, Justice and Gender*. *Ethics* (105): 23-43.
- PANIAGUA, Moisés V. (2012). *Rectifying Wrongs: The Problem of Historical Injustice*. Tese de Doutorado (Filosofia) – University College of London, Londres [Orientadora: Profa. Dra. Veronique Munoz-Dardé].
- POGGE, Thomas W. (1989). *Realizing Rawls*. Cornell Univ. Press. Ithaca, NY.
- POGGE, Thomas W. (2000). *On the site of distributive justice: reflections on Cohen and Murphy*. *Philosophy & Public Affairs* 29(2): 137-169.
- RAPAPORT, Elisabeth (1981). *Ethics and Social Policy*. *Canadian Journal of Philosophy* 11: 285-308.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice* (rev. ed.). Cambridge: Belknap Press.
- RAWLS, John (1975). *The Independence of Moral Theory*. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 48: 5-22.

RAWLS, John (1977). *The Basic Structure as Subject*. American Philosophical Quarterly 14(2): 159-165.

RAWLS, John (1981). *The Basic Liberties and Their Priority*. The Tanner Lectures on Human Values. University of Michigan, Ann Arbor, MI.

RAWLS, John (1999). *A Theory of Justice* (rev. ed.). Harvard University Press. Cambridge, MA.

RAWLS, John (2000). *The Law of Peoples*. Harvard University Press. Cambridge, MA.

RAWLS, John (2001). *Justice as Fairness: A restatement*. [Org. Erin Kelly] Harvard University Press. Cambridge, MA.

RAWLS, John (2005). *Political Liberalism* (exp. ed.). New York: Columbia University Press.

RAWLS, John (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*. [Org. Samuel Freeman]. Harvard University Press. Cambridge, MA.

RAWLS, John (2009). *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith with On My Religion*. [Org. Thomas Nagel]. Harvard University Press. Cambridge, MA.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (2010). *Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010 – Estatuto da Igualdade Racial*.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (2012). *Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012*.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (2014). *Lei nº 12.990 de 9 de junho de 2014*.

ROBEYNS, Ingrid (2008). *Ideal Theory in Theory and Practice*. Social Theory and Practice 34(3): 341-362.

ROUANET, Luiz Paulo (2006). *John Rawls e a Política de Ações Afirmativas*. Disponível em: <http://www.oocities.org/br/eticaejustica/politicasafirmativas.pdf>. Acesso em 17/01/2019.

SACHS, Benjamin (2012). *The Limits of Fair Equality of Opportunity*. *Philosophical Studies* 160(2): 323-343.

SCANLON, Thomas M. (2003). *Rawls on Justification*. In FREEMAN, Samuel [Org.] (2003). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press. New York, NY, pp. 200-240.

SCHEFFLER, Samuel. *Is the basic structure basic?* In SYPNOWICH, Christine [org.] (2006). *The egalitarian conscience: essays in honor of G. A. Cohen*. Oxford. Oxford University Press, pp. 102-129.

SEPRIANO, Rodrigo Batista (2013). *A Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls e a Legitimação das Ações Afirmativas*. Monografia de Especialização 'lato sensu' (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG [Orientador: Prof. Dr. Tiago Mosci].

SHELBY, Tommie (2004). *Race and Social Justice: Rawlsian Considerations*. *Fordham Law Review*, 72: 1697-1714.

SHIFFRIN, Seana V. (2003). *Race, Labor, And the Fair Equality of Opportunity Principle*. *Fordham L. Rev*, *Fordham L. Rev.*, 72(5): 1643-1675.

SIMMONS, A. John (2010). *Ideal and Nonideal Theory*. In *Philosophy & Public Affairs*, 38(1): 5-36.

STEMPLOWSKA, Zofia & SWIFT, Adam (2014). *Rawls on Ideal and Nonideal Theory*. In MANDLE, Jon; REIDY, David A. [Org.]. *A Companion to Rawls*. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell, pp. 112-127.

TAYLOR, Robert S. (2009). *Rawlsian Affirmative Action*. *Ethics*. Chicago University Press. Chicago, 119: 476-506.

TAYLOR, Robert S. (2012). *Hate Speech, the Priority of Liberty, and the Temptations of Nonideal Theory*. *Ethical Theory and Moral Practice: An International Forum*, Springer, 15: 353-368.

TAYLOR, Robert S. (2014). *The Priority of Liberty*. In MANDLE, Jon; REIDY, David A. [Org.]. *A Companion to Rawls*. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell, pp. 147-163.

TITELBAUM, Michael G. (2008). *What Would a Rawlsian Ethos of Justice Look Like?* *Philosophy & Public Affairs*, 36(3): 289-322.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (2015). *Mudanças no Ensino de Graduação da UFMG: Análise e Perspectivas*. Disponível em: <https://www.ufmg.br/online/arquivos/038182.shtml>. Acesso em 13/01/2019.

VALENTINI, Laura (2009). *On the Apparent Paradox of Ideal Theory*. *The Journal of Political Philosophy* 17(3): 332-355.

VALLS, Andrew (2010). *Reconsidering Rawlsian Affirmative Action*. *Western Political Science Association 2010 Annual Meeting*. Paper available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1580832>.

VAN PARIJS, Philippe (2003). *Difference Principles*. In FREEMAN, Samuel [Org.] (2003). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press. New York, NY, pp 139-167.

WALDRON, Jeremy (2009). *What Does a Well-Ordered Society Look Like?* *Holmes Lectures*: Harvard Law School, October 5-7, 2009. Paper available at: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063313.pdf.

ZANITELLI, Leandro M. (2018). *Prioridade das Liberdades em Condições Não Ideais*. No prelo.