

A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS, AÇÕES AFIRMATIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL POR MEIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JOHN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE, AFFIRMATIVE ACTIONS AND JUDICIAL ACTIVISM THROUGH THE SUPREME FEDERAL COURT

Geovany Cardoso Jevaux

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUCRJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Professor Adjunto II da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, Espírito Santo (Brasil).

E-mail: geovany.jevaux@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0864752123654928>.

Tatiana Mascarenhas Karninke

Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Advogada. Membro do Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES. Professora Voluntária do Núcleo de Prática Jurídica e de Prática Trabalhista da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Professora do Centro Universitário do Espírito Santo. Professora da Faculdade de Direito de Cachoeiro - FDCI, Espírito Santo (Brasil).

E-mail: tatiana.karninke@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8765584975668756>.

Submissão: 02.02.2020.

Aprovação: 19.03.2020.

RESUMO

O artigo propõe tecer reflexões sobre o ativismo judicial, analisando se a conduta proativa do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, em ações afirmativas em favor das minorias sociais, não estaria indo de encontro ao seu próprio papel (contramajoritário) ou se estaria ele correto, considerando que atualmente se enfrenta uma crise de representatividade no Brasil. Para tanto, analisa-se a contribuição da teoria da justiça proposta por John Rawls, sobretudo em se tratando de uma sociedade “não-ordenada” como a nossa.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria da Justiça. Ativismo judicial. Liberalismo Político de John Rawls.

ABSTRACT

The article proposes to reflect on judicial activism, analyzing whether the proactive conduct of the Judiciary, especially the Federal Supreme Court, in affirmative actions in favor of

social minorities, would not be against its own (countermajoritarian) role or would be correct, considering that a representativeness crisis is currently facing in Brazil. For this, the contribution of the theory of justice proposed by John Rawls is analyzed, especially in the case of an "unordered" society such as ours.

KEYWORDS: *Theory of Justice. Judicial activism. John Rawls's Political Liberalism.*

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito Brasileiro, conforme previsão expressa contida no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Disso decorre que ao Poder Legislativo cabe precipuamente a função legislativa; ao Poder Executivo, precipuamente a função administrativa e ao Poder Judiciário, a precipuamente função de julgar. São atribuições preponderantes de cada Poder, pois “[...] não existe, nem pode existir a absoluta separação entre os ‘poderes’ a quem correspondem as três funções e, menos ainda, a independência exata delas” (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 275).

Não há dúvidas de que o exercício do controle da ordem jurídica é realizado pelo Poder Judiciário. É ele quem dá a última palavra sobre a interpretação da lei. Suas decisões impactam não só as partes de determinado processo, mas também toda a sociedade, bem como, por vezes e atualmente com bastante frequência, interferem nas atribuições dos demais Poderes, tanto o Legislativo quanto o Executivo.

Em se tratando do exercício da interpretação constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição Federal, disposição expressa no artigo 102 da Carta Magna (BRASIL, 1988), que pode exercê-lo de forma abstrata ou concentrada. Todavia, ao se exercer esse controle judicial, não restam dúvidas de que há a “preponderância do Poder Judiciário ao Poder Legislativo e, em última instância, do Direito frente à Política” (SANT’ANNA, 2014, p.17).

Chega-se então às ações afirmativas encetadas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do denominado ativismo judicial. Para muitos, o ativismo judicial consiste em instrumento de limitação à ditadura da maioria, fundamentando-se que “o papel do Judiciário, quando não tenha havido deliberação política, é mais abrangente do que quando ela tenha ocorrido” (BARROSO, 2018, p. 41) e que, portanto, diante da omissão legislativa, o Judiciário deve enfrentar a questão, oferecendo resposta ao jurisdicionado (ao povo). Para outros, significa verdadeira ingerência nas atribuições dos

demais Poderes e implica na violação da imparcialidade, que além de funcionar como freio de contenção à invasão pelo Judiciário das atribuições destinadas constitucionalmente aos outros poderes, é “garantia fundamental de que os juízes não deturparão o conteúdo impessoal da lei” (COSTA, 2019, p. 23).

Sob essa perspectiva, são analisadas as contribuições da Teoria da Justiça de John Rawls (RAWLS, 1971), cuja lição, em síntese, busca compensar a ausência de acesso à justiça pelos membros menos favorecidos da sociedade (*worst off*). Em sua teoria, a igualdade de oportunidades para todos os membros da sociedade, entre os *worst off* e os *better off* (os mais bem dotados seja por nascimento, por herança ou dom) conduziria à sociedade bem ordenada. Para Rawls (RAWLS, 2000, p. 78), a sociedade bem-ordenada, totalmente regulamentada pela concepção política de justiça, seria constituída por pessoas livres que possuem o intuito de cooperar uns com outros. A concepção política de justiça seria a pedra angular de toda e qualquer sociedade bem-ordenada, cujos membros admitem como verdadeira a necessidade de terem um conjunto de princípios, critérios, para a atribuição de direitos e deveres básicos, possibilitando a adequada distribuição tanto do bônus quanto do ônus da cooperação social.

Confessadamente, a sociedade brasileira não pode ser caracterizada, segundo a concepção de Rawls, como uma sociedade bem ordenada. Nesse passo, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 146), sintetiza bem a questão, acentuando ainda a existência da velada (ou não tão velada) omissão sobre as minorias menos favorecidas, valendo a pena a reprodução:

[...] O Brasil é um país adorável. Faz sol a maior parte do ano, a trilha musical é ótima e as pessoas, no geral, são amistosas e têm alegria de viver. Muitos dizem que a vida aqui é uma festa. E de fato ela pode ser. O problema é que se você for pobre, mulher, negro ou gay, é muito provável que não tenha sido convidado. Por trás do mito do “brasileiro cordial” e da democracia racial, esconde-se uma história de injustiça e discriminação. A desigualdade extrema é marca profunda da formação social do Brasil. Somos herdeiros de uma sociedade escravocrata – fomos o último país do continente americano a abolir a escravidão -, acostumada a distinguir entre senhores e servos, brancos e negros, ricos e pobres. Fomos criados em uma cultura em que a origem social está acima do mérito e da virtude, e na qual, na percepção dos cidadãos e dos agentes estatais, parece existir superiores e inferiores.

Ainda discorrendo de forma sintética, para John Rawls (RAWLS, 1971, p. 211), a sociedade, só pode ser considerada justa, se houver a diminuição das mais diversas e variadas maneiras de desigualdades e, para tanto, admite que sejam adotadas ações afirmativas em

favor das minorias. Por óbvio, reconhece-se que a teoria rawlsiana exerce forte e excessiva influência sobre as políticas governamentais contemporâneas, em especial, o foco do aqui tratado, as ações afirmativas em favor do *worst off*. Mas será que Rawls pregou a adoção de ações afirmativas de forma categórica, dando carta branca ao Poder Judiciário, em especial às Supremas Cortes, para exercer o papel de protagonista e executor do ideal de justiça social, na qual os mais favorecidos deveriam renunciar em favor dos menos favorecidos, a fim de que com igualdade de condições pudessem ampliar seus horizontes?

Será que o ativismo judicial – tão em voga atualmente e tão frequente no Brasil - poderia adentrar e fazer o papel das políticas públicas, que são atribuições dos outros poderes? O problema envolve ainda saber se caberia ao Judiciário, sob fundamento da teoria rawlsiana, servir de instrumento para as garantias e direitos constitucionais ou se representa verdadeira ingerência antidemocrática sobre os demais Poderes. Não se propõe, entretanto, esgotar o tema, mas propor um norte para avaliar a contribuição da teoria rawlsiana sobre as ações afirmativas e o papel do reconhecimento proativo (ativismo judicial) da Suprema Corte Brasileira.

1 DA TEORIA DE JOHN RAWLS: DA TEORIA DA JUSTIÇA AO LIBERALISMO POLÍTICO

1.1 SOBRE JOHN RAWLS

John Rawls nasceu em Baltimore, em 21/02/1921 e faleceu, já octogenário, em 24/11/2002. Foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de “Uma Teoria da Justiça” (*Theory of Justice*, 1971), “Liberalismo Político” (*Political Liberalism*, 1993) e “O Direito dos Povos” (*The Law of Peoples*, 1999).

A primeira obra teve como objetivo apresentar alternativa ao utilitarismo, já que propunha o procedimentalismo puro. O utilitarismo é fundamentado no princípio da utilidade, devendo a pessoa agir de forma ética, analisando a situação antes da ação. Segundo esta doutrina, a ação tem como finalidade proporcionar a maior quantidade de bem-estar ao maior número de pessoas possível. Só assim será considerada moralmente correta. São expoentes dessa teoria Jeremy Bentham, que introduziu o utilitarismo quantitativo (o agente deve agir pensando em atingir o máximo de felicidade possível e pelo maior número de tempo, o que acabou por autorizar o sofrimento de minorias em favor da maioria) e John Stuart Mill, que

aprimorando as ideias do primeiro, incutiu ao utilitarismo o aspecto qualitativo: deve-se visar o maior benefício para o máximo de pessoas e, quando necessário, primar-se pelo menor sofrimento possível; a qualidade das espécies de prazer e dor deve ser levada também em consideração (SANDEL, 2011, p. 43-75).

Grosso modo, a teoria procedimental pura de Rawls “surge desde o início, na posição original, e para sempre, ou seja ‘de uma vez por todas’, ao representar uma posição social de igualdade, sobre a qual se baseia o conceito de justiça por equidade” (JEVEAUX, 2015, p. 480).

Após reformular e aperfeiçoar algumas das suas teses, além de incorporar e responder a seus escritos, Rawls em 1993 apresentou nova versão de sua teoria na obra "Liberalismo político", reposicionando sua teoria para o campo da filosofia política.

É reconhecidamente e notoriamente responsável pela teoria política que mais influenciou o pensamento, não só filosófico, mas também político da contemporaneidade. Ele foi expoente do modelo igualitário que concede a oportunidade de acesso aos bens primários, aliando direitos individuais à ideia de justiça social e rompendo com a tradição da justiça aristotélica, baseada no modelo de meritocracia (neste modelo, os indivíduos receberiam recompensas de acordo com os seus méritos). Para Rawls (RAWLS, 2000, p. 58), o entendimento é outro: o modelo é igualitário, possibilitando aos indivíduos terem acesso aos bens mais primários, tudo de acordo com a ideia de justiça social.

1.2 DA TEORIA DA JUSTIÇA AO LIBERALISMO POLÍTICO: DO DESLOCAMENTO DA TEORIA DO CAMPO DA ÉTICA PARA A POLÍTICA

Inicialmente, há que se destacar que a base teórica de John Rawls não se encaixa exatamente no liberalismo (JEVEAUX, 2015, p. 499). Adota-se como pressuposto certa evolução do conceito de Estado, ocorrida depois das Revoluções Francesa e Americana, chegando-se até o Estado do bem-estar social, no qual os direitos fundamentais contidos na Constituição abandonam o caráter meramente programático para possuírem plena normatividade e eficácia. São as transformações que impactaram não só o Estado, mas também a interpretação constitucional. Tal ocorre com o reconhecimento da força normativa à Constituição (HESSE, 2001), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da nova hermenêutica e de novas categorias para a interpretação constitucional (BARROSO, 2008).

A teoria de Rawls se fundamenta, primordialmente, na igualdade de liberdade. Possui inspiração humanista em Locke, Rousseau e Kant, apresentando, porém, adaptações (RICOUER, 2008, p. 89-110). Rawls não é um liberal clássico ou neoliberal, tampouco um utilitarista. O liberalismo que o influencia é aquele que exige distribuição com base no princípio da diferença, premissa da social democracia (BOBBIO, 1986).

Seu primeiro livro foi lançado em 1957, intitulado “*Justice as fairness*”. Foi ao redor dele que foi se construindo a “*A Theory of Justice*”, publicado em 1971. A partir daí, Rawls passou a receber muitas críticas e, em 1980, escreveu artigos, mas ele não tinha o objetivo de revisar a definição de princípios de justiça enunciados na obra principal ou a argumentação de que seriam os preferencialmente escolhidos a qualquer outro na hipótese de injustiça (RICOEUR, 1986, p. 89). O objetivo era revisar o campo de aplicação (restringindo-o) e os meios de efetivação da teoria, que se manteria essencialmente intocada, deslocando-a do campo da filosofia moral para a filosofia política.

Aliás, ainda na “*Theory*”, Rawls concebe justiça como equidade, elaborando proposta inovadora de justiça igualitária fundamentada em dois princípios: o de igual liberdade entre as pessoas (*equal liberty principle*) e, ao mesmo tempo, o respeito à diferença. Rawls preconiza uma sociedade justa com base em dois pressupostos. O primeiro consiste na igualdade plena de oportunidade a todos ou equidade plena. O segundo constitui-se nos benefícios consecutórios dessa sociedade justa distribuídos, com preferência, aos integrantes menos privilegiados da sociedade, uma vez que, para a concretização da justiça social, é imprescindível amparar os desvalidos. Segundo sua teoria, para uma sociedade ser justa, é necessário que se diminuam as diversas formas de desigualdades, sendo para tanto, indispensável e necessária a adoção de ações afirmativas em favor de minorias.

O início da construção teórica de Rawls é, em estágio anterior ao contrato social, a que denomina “posição original”. Pode-se classificar a seguinte afirmação como premissa kantiana (JEVEAUX, 2015, p. 476): a posição original é o estágio no qual todos os homens necessitam elaborar um ordenamento com regras justas e imparciais, pois, neste momento, a pessoa não saberá ainda em que condição adentrará à sociedade. Nesse estágio, denominado por Kant (WEBER, 2013, p. 38-47) como pré-contratual, um grupo de indivíduos – que forma a sociedade – necessita eleger os princípios informativos e norteadores da comunidade política. E para que a opção não tenha como mola mestra o interesse individual, a meta de cada membro, bem como para se evitar o utilitarismo, Rawls idealiza o que conceitua como “véu da ignorância”:

Sendo as partes representativas pessoas indiferentes e desinteressadas, devem elas ignorar os dados que poderiam influenciar o seu processo de escolha dos princípios, ao mesmo tempo em que devem ter um conhecimento mínimo de outros dados importantes. Este misto de desconhecimento e conhecimento parciais é chamado de “véu de ignorância”, cuja principal função é gerar a imparcialidade (JEVEAUX, 2015, p. 481)

Assim, os membros na posição original desconhecem a classe social a que pertencem, se são ricos ou pobres, nobres ou plebeus, se são civilizados ou não, enfim, devem decidir de olhos vendados, um tanto quanto no livro *Bird Box* (MALERMAN, 2015), agora adaptado para filme (NETFLIX, 2018), norteados pelo senso de justiça que cada um possui.

Michael J. Sandel (SANDEL, 2011, p. 187), acentua que para se compreender a justiça, sob a ótica de Rawls, é necessário indagar quais seriam os princípios com os quais todos os membros assentiriam numa situação de equidade. Mas, será que todos esses membros reunidos, discutindo sobre os princípios que governariam suas vidas, escolheriam os mesmos princípios? Será que se chegaria a um consenso? E se chegassem, esse consenso seria uma convergência substancial? Ou poderia ser o produto do maior poder de barganha de alguns sobre os demais (SANDEL, 2011, p.190)?

Nesse passo, Rawls (JEVEAUX, 2015, p. 481) entende o contrato social como acordo hipotético em posição original de equidade, deixando-se de lado convicções morais e religiosas, por exemplo, tudo a fim de sair de um ponto de partida comum, de uma situação inicial equitativa. A partir daí, vem a sociedade organizada, que é ordenada por concepção política e pública de justiça. Trata-se de sociedade na qual todos os seus membros, após vestirem seus véus de ignorância, aceitam os mesmos princípios de justiça, sabedores e crentes que a estrutura básica da sociedade observa os princípios de justiça. Sobre a sociedade bem ordenada, acentua Rawls que

Ao afirmarem publicamente as liberdades básicas, os cidadãos numa sociedade bem ordenada exprimem o seu respeito mútuo como razoáveis e dignos de confiança. Exprimem ainda o seu reconhecimento do valor que todos os cidadãos afetam aos seus modos de vida. Assim, as liberdades básicas propiciam que os dois princípios de justiça respondam com maior eficácia do que quaisquer outros princípios alternativos aos requisitos do respeito próprio. Note-se, uma vez mais, que em nenhum momento do raciocínio das partes estas se preocupam com o desenvolvimento e exercício do sentido da justiça por ele próprio; embora, sem dúvida, isso não seja verdade quando respeita aos cidadãos plenamente autônomos numa sociedade bem ordenada. (RAWLS, 2000, p. 78)

Como gizado, Rawls (RICOUER, 2008, p. 95) reformulou sua teoria sem deixar de lado a justiça distributiva. O “Liberalismo Político” é produto, no aspecto formal, de compilação de artigos escritos após a publicação de “Uma Teoria da Justiça” e, no aspecto material, da reformulação do ordenamento proposto nessa teoria.

A partir da abstração do dispositivo contratual, Rawls (OLIVEIRA, 2000) reconsiderou a questão da estabilidade, pretendendo deslocar e reposicionar a justiça como equidade do campo da filosofia moral para a filosofia política. Ele apresentou como preocupações (RAWLS, 2000): a) construção da concepção política da justiça como equidade que pudesse, pelo consenso de sobreposição ser assumida pelas demais doutrinas morais abrangentes (deveria ser reconhecida como concepção política de justiça e não como doutrina moral); b) ainda concordando com seu posicionamento anterior, reitera que os princípios de justiça provenha de algum consenso, mas agora admite que esse consenso não tem de ser encontrado na sociedade universal, mas num grupo mais restrito (o contrato define ou ajuda a definir o que é justo para os membros da comunidade) e c) a sua teoria da justiça deve ser entendida como doutrina política e não como doutrina moral, não estando vinculada a quaisquer doutrinas metafísicas (a justiça como equidade deve ser vista unicamente como uma concepção política de justiça).

O liberalismo político constitui estratégia de retração, uma reorientação da postura moral da esfera da justiça para uma instância política, estando agora Rawls convicto de que as visões de vida e significados são plurais. Se assim o for, então o objetivo da filosofia moral e política é revelar a natureza política de uma ordem democrática constitucional. Pesquisadores do “justo”, mesmo que se encontrem em diferentes caminhos, concordam que têm divergências, mas acordam prover um ao outro oportunidade relativamente igual de providenciar a vida boa conforme cada um deles a compreende, de uma forma consistente com a manutenção da democracia de homens razoáveis. Quadro bastante convencional do formato do liberalismo americano (OLIVEIRA, 2000, p. 156).

A abstração vaga da “*Theory*” de homem razoável que escolhe regras de um jogo político e social sob o véu da ignorância, a partir de onde deve se situar, permanece como uma força inerte que motiva o Liberalismo Político. Agora, de forma mais restrita, entra-se num viveiro incomum de homens razoáveis que buscam descobrir como viver em comunidade. Todos necessitam concordar com algumas regras básicas. Existem divergências, mas como homens razoáveis, mesmo que estejam convencidos da verdade e exequibilidade de suas próprias pressuposições igualmente toleráveis. Descubrem que se devem tolerar uns aos

outros e se suprir, como um todo, de oportunidades necessárias para sustentar a solidariedade de homens razoáveis (RAWLS, 2000, p. 330).

O liberalismo de Rawls fornece a liberdade, o modo de vida individualista e “a disciplina do dever cívico baseado no que ele e seus interlocutores consideram ser razoável” (OLIVEIRA, 2000, p. 157). O ponto de partida foi desenhar uma cultura pública como ‘repositório’ comum de princípios e ideias fundamentais que são implicitamente reconhecidos. Rawls exemplifica citando o caso da crença na tolerância religiosa e o repúdio à escravidão que são preceitos já consolidados na sociedade e presentes na referida “cultura pública” (RAWLS, 2000, p. 318).

A concepção política de justiça deve mostrar-se consistente com nossos juízos ponderados em todos os níveis de generalidade (OLIVEIRA, 2000, p. 159). O objetivo inicial é construir uma concepção de justiça política. A justiça como equidade procura fazer isso se valendo de uma ideia organizadora fundamental sob a qual todas as ideias e princípios possam ser sistematicamente conectados e relacionados.

Para Paul Ricoeur, houve mudança significativa do entendimento inicial de Rawls, pretendendo agora que a sua teoria seja enxergada por meio da concepção de política. Partindo do fato do pluralismo valorativo (RICOEUR, 2008, p. 105), ou seja, da multiplicidade de concepções abrangentes da vida social presentes na cultura contemporânea, ele argumenta que sua teoria tem um caráter político, sem qualquer conotação moral.

O desafio fundamental de sua teoria, conforme Neiva Afonso de Oliveira (OLIVEIRA, 2000, p. 172), consiste justamente em buscar consenso sobre o que é justo diante da multiplicidade de doutrinas abrangentes de comunidades, grupos e indivíduos. Sua teoria busca determinar o que é 'justo', não o que é 'moral', 'ético' ou 'bom'. Aliás, é este o grande desafio da filosofia política: responder à indagação do que vem a ser sociedade justa. E o grande mérito de Rawls foi o de tentar construir uma teoria de justiça, aproximando dois valores aparentemente conflitantes – de acordo com as grandes ideologias do Século XX, que são o da liberdade (como valor supremo da vida humana) e o da igualdade (valor fundamental na convivência política).

Diante da fragmentação e da diversidade de visões de mundo atual, Rawls, sustenta a necessidade de um "consenso sobreposto", qual seja, um consenso em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social (RAWLS, 2000, p. 187). A busca desse consenso exige da parte dos cidadãos o uso da razão pública, ou seja, da

capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes.

Ao retirar sua teoria do campo da filosofia moral, deixando de afirmá-la como alternativa a qualquer outra doutrina filosófica abrangente para sustentá-la exclusivamente enquanto concepção política da justiça, Rawls parecia ter conseguido escapar à crítica de buscar a solução para os problemas da sociedade por meio da concepção ética. Mas, será que houve o estreitamento da teoria da justiça como equidade? Pode-se afirmar que a estabilidade política alcançada por meio do consenso de sobreposição torna-o bastante próximo de teorias éticas abrangentes que buscam acordos negociados?

A teoria da justiça de Rawls ao deixar de buscar doutrina filosófica abrangente para situar-se apenas como concepção política à qual todas as teorias abrangentes razoáveis podem filiar-se a partir de sua própria base moral, acaba pecando, uma vez que

A partir da teoria rawlsiana, ficam esquecidos elementos importantíssimos para a construção da democracia tais como a oposição entre decisões jurídicas e políticas que favorecem grupos dominantes e o apelo a uma determinada moral social que defende os interesses dos dominados ou minorias que devem também ser escutados. Interesses diversos em jogo produzem a oxigenação da democracia e tratá-la apenas como um modo procedimental inviabiliza condições de avaliação e de participação. Ao insistir no caráter procedimental da democracia, Rawls parece desejar que assumamos o liberalismo abrangente como doutrina ética irrepreensível. (OLIVEIRA, 2000, p. 179)

Todavia, fato é que os valores da doutrina liberal abrangente ainda informam muito o pensamento de Rawls, pois ao alcançar uma adesão de indivíduos que fundamentam suas opções em gerador de diferentes concepções de mundo, estaria ele conseguindo, de modo camuflado angariar adesão não apenas ao liberalismo enquanto concepção política, mas também enquanto doutrina filosófica abrangente.

A indagação que subsiste é se a propagada equidade poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Por óbvio que Rawls parte do pressuposto de que cada sociedade seria ordenada e agiria de forma espontânea e nem haveria necessidade de que o Poder Judiciário, então, atuasse na forma da justiça distributiva. Mas, quando esta é inexistente, poderia o ativismo judicial encontrar fundamento na teoria rawlsiana?

2 DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como é consabido, embora o Poder seja único, existe uma espécie de segregação de poder, a fim de possibilitar o exercício da atividade executiva, legislativa e jurisdicional. Apenas para trazer uma contribuição à assertiva, vale a pena trazer a lição do Ministro do STF, que se encontra na inatividade, Eros Roberto Grau:

[...] O fato é que os arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida de raciocínio dos juristas já não são mais adequados à compreensão – que dirá à explicação – da realidade. A chamada *separação dos poderes* é assumida como dogma. Quem a conteste é tida como herege. Especialmente os administrativistas e os constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ela, como se o tempo não houvesse passado. Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu jamais cogitara de uma *separação* de Poderes, de que Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais [...] (GRAU, 2016, p. 45).

Pelo princípio da separação dos poderes, cada qual detém uma função principal. Ao Poder Legislativo, compete-lhe precipuamente formular leis; ao Poder Executivo, governar o Estado e ao Poder Judiciário, cabe exercer a jurisdição, ou seja, resolver a demanda judicial que lhe foi levada, por não ter havido composição entre as partes, surgindo o conflito de interesses, incumbindo ao Estado Juiz dirimir a questão.

Os dois primeiros Poderes são integrados por pessoas eleitas pelo voto do povo e caberiam a eles decisões precipuamente políticas, já o terceiro poder é composto por juízes não eleitos, cabendo-lhe, a função técnica de julgar. Para resguardar o Poder Judiciário de “pressões externas”, as Constituições geralmente asseguram garantias institucionais, como a vitaliciedade dos cargos, a irredutibilidade da remuneração, sendo que no caso do Supremo Tribunal Federal, não existira a possibilidade de “promoção”, altercando Patrícia Perrone Campos Mello que:

[...] Além disso, no caso de membros de uma Corte Constitucional, o comportamento judicial não é influenciado por ambições de promoção, pois trata-se do tribunal de mais alta hierarquia. E dificilmente os membros de tal Corte almejam outros cargos, uma vez que poucas posições gozam de maior prestígio para um juiz do que o assento em uma Suprema Corte. A autonomia e a liberdade de convencimento desses juízes são reforçadas, ainda, pelo fato de não estarem obrigados a respeitar precedentes antigos, já que as Cortes Constitucionais podem rever suas próprias decisões. Por fim,

os julgados proferidos pelas aludidas Cortes não são passíveis de reversão por órgão judicial hierarquicamente superior. Assim, acredita-se, as compensações que podem influenciar o comportamento dos Ministros de uma Corte Constitucional são geralmente pouco relevantes, como a título de ilustração, a preservação de tempo para a obtenção de receitas não judiciais, provenientes de atividades acadêmicas, e compensações não pecuniárias, tais quais popularidade, prestígio, deferência, redução do volume de trabalho, maximização de seu tempo para lazer etc. Observadas as condições antes descritas, segundo a teoria da separação dos poderes, esses juízes seriam praticamente imunes a ingerências políticas e à pressão de agentes externos. (MELLO, 2015 p. 222)

Assim, a conduta proativa da Suprema Corte não seria guiada por conta de tais fatores, mas tão somente para conceder e efetivar a justiça distributiva por meio da adoção de ações afirmativas, que, portanto, seriam, a princípio, constitucionais.

Aliás, apenas para ilustrar a fala contida acima, em recente caso julgado pela Suprema Corte, o Decano do STF, Ministro José Celso de Mello, relator nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tombada sob o nº 26 (ADO 26), ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), por meio da qual, se pugnou pela criminalização da LGBTfobia, entendeu que o fato de discriminar alguém do grupo menos favorecido LGBT só por conta da orientação sexual, deveria ser comparada à prática do racismo, criminalizando pois, a conduta, impondo-lhe a mesma pena. A ação acabou sendo levada a julgamento pelo Pleno do Tribunal, que conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no seu mérito:

[...] Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades

fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento [...]

Lendo-se os votos, verifica-se que há “defesa” de que o STF não estaria usurpando atribuições que seriam, a rigor de outros poderes – no caso do Poder Legislativo - neste ponto, fica no ar o disposto no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), de que não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. Observe-se, porém, tal conduta proativa¹ só foi adotada pela Suprema Corte, porque foi “reconhecida” a mora do Congresso em criminalizar a homotransfobia², sendo a demora inconstitucional, e por isso, defendeu-se interpretação conforme a Constituição: enquanto não houver legislação específica, a cargo do Poder Legislativo, razão pela qual ele determina que se dê ciência ao Congresso Nacional para que dê andamento à confecção de diploma normativo à questão.

Nesse ponto, retorna-se, então, à análise do papel do Supremo Tribunal Federal, do ativismo judicial e se este encontra fundamento na teoria rawlsiana. Sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 40), a Corte exerce dois papéis diferentes e aparentemente antagônicos: a) o primeiro é denominado na teoria do direito constitucional de *contramajoritário*, uma vez que cabe ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei, que produto do Congresso Nacional, cujos representantes foram eleitos pelo povo ou ainda declarar a inconstitucionalidade de ato do Poder Executivo, cujo chefe também foi eleito democraticamente pelo povo e b) o segundo papel é o *representativo*, por meio do qual o Judiciário atende a demandas da sociedade ou de reclames políticos, que não foram objeto de regramento pelo Poder Legislativo.

Ainda sobre o papel representativo da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 41), afirma que “no mundo ideal, política é política, direito é direito. São domínios diferentes. No mundo real, todavia, as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida”, e que quando o Supremo Tribunal Federal se deparar com casos em que já foram objeto da agenda legislativa, deve ser deferente ao Poder Legislativo; contudo, quando existir omissão legislativa, quando o Congresso Nacional não concede resposta, está o Poder

¹ Registre-se que ele julga procedente a ação, com eficácia geral e efeito vinculante, cujos efeitos somente devem ser aplicados a partir da data em que se concluir o julgamento.

² Para ser politicamente mais correto, passou-se a utilizar a expressão LGBTfobia, o que alcança todos os membros do grupo de orientação sexual diversa da hétero.

Judiciário autorizado/compelido a decidir questões da vida, que acontecem no contexto fático e reclamam solução.

Assim, ao que Luís Roberto Barroso denomina papel representativo, para nós significa atuar de forma proativa, em manifesto ativismo judicial. Ora, o Poder Judiciário não encontra respaldo em uma ampla legitimidade democrática, tal qual o Executivo e o Legislativo, já que os juizes não foram eleitos pelo povo: será que esta interferência não violaria o pacto democrático? Rodrigo Brandão (BRANDÃO, 2017, p. 6), preocupado com a “judicialização da política”, assevera que:

[...] Estas experiências tem em comum o fato de preconizarem a vinculação material do Legislador à Constituição, que é garantida por um órgão imparcial a que se confere a prerrogativa de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos. Vê-se, portanto, que a Constituição assume a condição de “lei superior”, na linha do modelo norte-americano. Passa-se a extrair do princípio da Supremacia da Constituição – agora concebido em uma acepção hierárquico-normativa – a invalidade da lei e atos normativos inconstitucionais, e o poder-dever de órgão(s) judicial(is) ou quase judicial(is) proclamarem-na. Todavia, mais que a importação do controle judicial de constitucionalidade das leis – ainda que não necessariamente o modelo difuso e incidental norte-americano –, o fenômeno da expansão global do Poder Judiciário é mais amplo e complexo. Com efeito, ele não – raro tem trazido a reboque a chamada “judicialização da política”, assim compreendido o processo pelo qual o Judiciário passa a decidir questões que eram tradicionalmente resolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e que naturalmente possuem intenso conteúdo político.

Desta forma, entende-se que o ativismo judicial pode sim ser considerado um veículo de extrema importância para a efetivação de direitos fundamentais, uma vez que em nome da justiça distributiva (com forte presença da teoria rawlsiana), o Poder Judiciário pode ordenar ao Estado que implemente políticas públicas de inclusão social em favor dos *worst off*. Diz-se que há presença da teoria de Rawls porque se ele compreende ser fundamental que o Poder Público, em todas as suas facetas, propiciar a igualdade, a inclusão social por meio de ações afirmativas, ao Judiciário também estaria autorizado lançar mão de decisões que erradicassem ou minimizassem as desigualdades sociais, assegurando a igualdade de oportunidades e de tratamento. A justa oportunidade a que se refere Rawls.

Todavia, defende-se aqui que tal regra não é absoluta, devendo ser analisado no caso concreto - lembremos de Robert Alexy (ALEXY, 2008), a constitucionalidade da ingerência do Poder Judiciário sobre outro Poder e como tal afetaria o diálogo entre as instituições. Assim, muito embora deva ser feita a análise da viabilidade das políticas afirmativas de

inclusão social, caso a caso, entende-se que a implementação por parte da Suprema Corte de ações afirmativas nem sempre podem tomar como fundamento a teoria rawlsiana, a uma porque seu ideal foi concebido para uma sociedade ordenada e a duas, porque ele jamais defendeu diretamente tal modelo de política pública. Contudo, em determinada questão, o ativismo judicial pode servir de veículo para a consolidação de direitos e em outra, como ingerência e interferência das atribuições de outros Poderes. A análise deve ser pontuada em cada caso concreto.

2.3 DO ATIVISMO JUDICIAL NO STF: ALGUNS EXEMPLOS

Como gizado, a justa oportunidade concebida por John Rawls, que nada mais é do que a justiça distributiva, parte do pressuposto de que uma sociedade só pode ser considerada socialmente justa por meio de uma congruência política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. Tal concepção foi açambarcada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, algumas de forma expressa e outras não.

Na Ação de Descumprimento por Preceito Fundamental, ADPF nº 186, na qual foi Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se interpretou o artigo 5º da Constituição Federal, reconhecendo manifestadamente que o princípio da igualdade nela positivado refere-se à igualdade material, adotando-se, pois neste julgado, política de inclusão social, reservando um percentual de suas vagas para indivíduos de raças negras, reconhecendo a constitucionalidade de tal, mencionando-se de forma expressa em seu voto a teoria rawlsiana, assim constando:

[...] à toda evidência, não se ateu ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

[...] é bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”. Só

ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Inegável a influência rawlsiana no julgado acima referido. Em outras diversas situações, claro foi o ativismo judicial na Suprema Corte, podendo-se citar os casos mais notórios:

Em 2006, o Supremo, nos autos da ADIn nº 1351/DF, possuindo como Relator o Ministro Marco Aurélio, derrubou uma regra aprovada pelo Congresso que estabelecia a adoção de uma cláusula de barreira, que reduzia o acesso ao fundo partidário e ao tempo de rádio e TV a legendas que não obtivessem ao menos 5% dos votos para a Câmara dos Deputados. À época, o argumento era a necessidade de garantir o funcionamento de partidos menores para evitar o “massacre das minorias”, clara adoção e aplicação da teoria de Rawls.

Em 2011, por meio da ADIn 4277 e ADPF 132, o Supremo decidiu acerca da união civil homoafetiva, equiparando o casamento homoafetivo aos casamentos entre homem e mulher.

Em 2012, nos autos da ADPF 54, a Corte autorizou o aborto de fetos anencéfalos.

Em 2016, o STF – em sistema de repercussão geral -, nos autos do RE nº 898.060/SC, em relatoria do Ministro Luiz Fux (em *leading case*), do qual derivou, inclusive a Tese nº 622, reconheceu a socioafetividade e a multiparentalidade (que já foi regulamentada pelo Provimento nº 63/2017 e atualmente pelo Provimento nº 83/2019, do CNJ).

Em 2019, por meio do RE 657.718/MG, o STF decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a não ser em casos *excepcionais* (a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora não razoável da ANVISA em apreciar o requerimento administrativo - prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016, quando preenchidos três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e III - a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil).

CONCLUSÃO

Rawls, como visto, propôs idealizada justiça distributiva, por meio da qual, pressupõe que uma sociedade somente poderia ser justa socialmente por meio de uma conciliação

política e moral, fundamentada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. Isto já seria inerente a uma sociedade bem ordenada com a adoção de consenso sobreposto, se necessário.

Não se nega, pois, o legado deixado por Rawls, que estabeleceu as premissas básicas para a construção de uma sociedade livre, dotada de equidade e justiça social para os menos favorecidos. O Supremo Tribunal Federal recepcionou tal teoria, autorizando, pois, o ativismo judicial com o fito de ingerir nas demais funções estatais, quando estas são omissas, seja porque o Poder Legislativo não legislou seja porque o Poder Executivo não executou. Todavia, a premissa, não deve ser aplicada a todo e qualquer caso, mas deve ser ponderado casuisticamente se realmente a adoção daquela ação afirmativa em favor das minorias desfavorecidas implicaria em violação ou não do princípio da separação de Poderes.

Aliás, cabe ao Poder competente inicialmente adotar, implementar e realizar as políticas públicas de inclusão social, em ações verdadeiramente afirmativas, possibilitando o acesso de todos os desfavorecidos e não só daqueles que batem à porta do Judiciário. O ativismo judicial tem se revelado como uma importante ferramenta de concretização de direitos fundamentais, sobretudo aos *worst off*, mas se não “utilizada” de forma equilibrada pode implicar em inadequada ingerência sobre outros poderes, podendo ocorrer inclusive um desequilíbrio nas contas orçamentárias, na qual estaria ocorrendo a desigualdade inversa, para os *better off* ou até mesmo para os *worst off* que não se valeram da adoção da determinação judicial, criando-se castas privilegiadas, o que seria um tremendo contrassenso à teoria da justiça de Rawls.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BIRD box. Direção: Susane Bier. Produção: Chris Morgan. Estados Unidos, Netflix, 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz Terra, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo (organizador). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Juspodivm, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. A interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7ª ed., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JEVEAUX, Geonavy Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALERMAN, Josh. *Caixa de pássaros*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls*. Contrato em duas vias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, J. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, J. *Justice as Fairness: A restatement*. Cambridge: Harvard University, 2001

RAWLS, J. *O liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed., São Paulo: Ática, 2000.

RICOUER, Paulo. *O Justo I*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, M. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. *Judiciário como guardião da constituição: democracia ou guardiania?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STF. ADI nº 1351. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351. Número único 0002391-69.1995.0.01.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1625725>. Acesso em: 26 fev.2020.

STF. ADIN nº 4277. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Número único 0006667-55.2009.0.01.0000. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 26 fev. 2020

STF. ADO nº 26. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Número único 9996923-64.13.1.00.0000. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 26 fev. 2020.

STF. ADPF nº 54. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Número único 0002071-86.2004.0.01.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 26 fev.2020.

STF. ADPF nº 132. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Número único 0000800-18.2008.0.01.0000. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 26 fev.2020

STF. ADPF nº 186. Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental nº 186, Número único 0005708-84.2009.0.01.0000. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 20/10/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269> Acesso em: 26 fev. 2020.

STF. MI nº 4733. Mandado de Injunção nº 4733, Número único 9942814-37.2012.1.00.0000, Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> Acesso em: 26 fev. 2020.

STF. RE nº 898.060. Recurso Extraordinário nº 898.060 (com repercussão geral), Sem número único. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092> Acesso em: 26 fev. 2020.

STF. RE nº 657.718. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (com repercussão geral), Sem número único, Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 26 fev. 2020.