

AÇÕES AFIRMATIVAS

1ª edição — 2012
2ª edição — 2013
3ª edição — 2014
4ª edição — 2016
5ª edição — 2023

AUTORIA

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO



AÇÕES AFIRMATIVAS

**5ª EDIÇÃO
2023**



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Junho, 2023

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX
Projeto de capa: DANILO REBELLO
Impressão: META BRASIL

Versão impressa — LTr 6413.5 — ISBN 978-65-5883-243-0
Versão digital — LTr 9887.5 — ISBN 978-65-5883-244-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Brito Filho, José Claudio Monteiro de
Ações afirmativas [livro eletrônico] / José Claudio Monteiro de
Brito Filho. — 5. ed. — São Paulo, SP : LTr Editora, 2023.
eBook

Bibliografia.
ISBN 978-65-5883-244-7

1. Ações afirmativas 2. Direito do trabalho 3. Igualdade racial
4. Políticas públicas (Direito) I. Título.

23-155348

CDU-34:32

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito e políticas afirmativas 34:32

Tábata Alves da Silva — Bibliotecária — CRB-8/9253

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR	7
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I PRESSUPOSTOS PARA A ADOÇÃO DE UM MODELO DE IGUALDADE QUE JUSTIFIQUE AS AÇÕES AFIRMATIVAS	
1.1. Alguns pressupostos para a adoção do modelo	15
1.2. A justiça distributiva	25
CAPÍTULO II IGUALDADE DE RECURSOS E AÇÃO AFIRMATIVA	
2.1. John Rawls e a concepção contemporânea de justiça distributiva	35
2.2. Uma versão ampliada da justiça distributiva e do liberalismo igualitário: a igualdade de recursos de Ronald Dworkin	49
2.3. Amartya Sen e a igualdade nos funcionamentos: uma possibilidade de complementação do pensamento de Dworkin	56
2.4. Considerações finais: a justiça das ações afirmativas	59
CAPÍTULO III AÇÕES AFIRMATIVAS: NOÇÕES GERAIS E CRITÉRIOS	
3.1. As ações afirmativas como forma de combater a discriminação.....	63
3.2. Definição, denominação, classificação e duração das ações afirmativas....	65
3.3. Critérios para a validade dos programas de ação afirmativa	72
CAPÍTULO IV PROGRAMAS DE AÇÃO AFIRMATIVA: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	
4.1. Cotas sociais	81
4.2. Pessoas com deficiência e mercado de trabalho	95

4.3. Povos indígenas.....	101
4.4. Concluindo o capítulo.....	116

CAPÍTULO V
NOVAS QUESTÕES A RESPEITO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

5.1. A Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 186/DF.....	121
5.2. A Lei n. 12.711/2012.....	127
5.3. Considerações finais a respeito dos limites das ações afirmativas em modelo de justiça distributiva, a propósito da Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014.....	130
REFERÊNCIAS	135

NOTA DO AUTOR

Este livro, agora na 5ª edição, é o resultado de uma série de fatores, alguns favoráveis, outros, ao menos aparentemente, nem tanto, que julgo cabível expor.

De um lado, é a consequência de estudos que venho desenvolvendo há tempos, primeiro no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, onde permaneci até 2018, e, agora, no Centro Universitário do Estado do Pará — CESUPA, e que são voltados, genericamente, para a inclusão social e para a busca da mais justa forma de distribuição dos bens, especialmente os fundamentais, para os integrantes da sociedade.

Some-se a isso minha atuação por quase duas décadas como membro do Ministério Público do Trabalho, principalmente os seis anos que fiquei atuando na Coordenadoria da Instituição que cuida da inclusão de trabalhadores e do combate à discriminação, a Coordigualdade, primeiro como Vice, depois como Coordenador Nacional.

Esses dois fatores, a propósito, ficarão bem claros neste livro, pois uma parte do texto resulta de estudos que desenvolvi anteriormente, e que são expressamente indicados, assim como de ações que empreendi, a partir da temática das ações afirmativas.

De outro lado, é reflexo da brusca mudança que minha vida sofreu depois de 18 de fevereiro de 2010, quando tive uma parada cardíaca, acontecimento que me fez dedicar alguns meses exclusivamente à tarefa de sobreviver, com 65 dias de internação em hospitais e duas cirurgias, a primeira para “remendar” o meu coração e a segunda para instalar um dispositivo, o CDI, que me acompanhará para sempre.

É que, concluída esta fase, minha vida mudou totalmente, pois me descobri declarado, por conta do que é considerado por lei como uma doença grave, incapaz para prestar serviço público, e disso resultou minha aposentadoria compulsória, tanto no Ministério Público do Trabalho, onde era Procurador Regional do Trabalho, como na Universidade Federal do Pará, em que lecionava como Professor Associado.

Para quem acredita no direito de ter sonhos e de realizá-los ao máximo possível, ser considerado incapaz de fazer o que eu queria, sem

poder argumentar em contrário, foi um duro golpe, pois dificultou, e muito, o exercício das atividades necessárias para que eu pudesse cumprir o que me propus sempre: levar em frente o meu plano de vida.

Sob o prisma do direito de manter uma atividade produtiva, só não foi a mudança mais drástica pelo fato de eu manter minhas atividades no magistério privado — embora para isso eu tenha tido de “brigar” na via judicial para manter o meu direito de trabalhar e de contribuir —, e até no público, pois continuei, de 2011 até 2018, sem remuneração, mas acreditando que isso é o certo a fazer, lecionando e orientando nos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da UFPA, além de pesquisando.

Essa mudança, entretanto, trouxe alguns aspectos favoráveis, sendo o principal deles, acredito, o de ter aumentado minhas reflexões a respeito da forma como o Estado e a sociedade distribuem os recursos existentes. Registro a respeito que, não obstante não tenha alterado minhas convicções, fez-me a minha nova situação ver, de forma ainda mais concreta, a realidade dos que, por um motivo ou outro, têm a vulnerabilidade como marca de uma parte de sua existência.

Isso é o que eu espero, principalmente, apresentar neste livro: reflexões a respeito das estratégias possíveis para uma distribuição mais justa dos recursos entre os integrantes da sociedade, sendo as ações afirmativas uma delas.

Registro que, ainda que este estudo seja em boa parte produto de minhas aulas e pesquisas na pós-graduação em sentido estrito, o público-alvo continua o mesmo de meus livros anteriores: os profissionais do Direito e os estudantes de graduação. Desse modo, tentei ser o mais claro e didático possível, assim como procurei utilizar as diversas fontes doutrinárias disponíveis, dando oportunidade aos leitores de percorrer, formulando suas próprias reflexões, o mesmo caminho que trilhei para chegar à versão final.

É um livro para ser lido na perspectiva de uma sociedade harmônica, que aceita a cada um sem distinções, independentemente de suas características, o que é próprio das democracias liberais. Sua orientação teórico-filosófica é o liberalismo igualitário, não devendo ser confundido com doutrinas que se utilizam das questões que interessam à temática das ações afirmativas para tentar criar nas comunidades um clima de ódio e de divisão.

Quero agradecer à instituição de ensino que integro, o CESUPA, onde tenho a oportunidade de testar, em sala de aula e nas orientações, as questões que discuto neste livro, e a todos que contribuíram — e ainda contribuem — para que me fosse possível sair de uma situação grave para uma

vida novamente produtiva, e o faço, com certeza, lembrando-me de todos, embora sem nominá-los, pois o espaço não seria suficiente.

Dedico este livro, como sempre e com o mesmo amor, aos meus filhos, Luis Antonio e João Augusto. Para eles — e por causa deles — os meus êxitos.

INTRODUÇÃO

Devo começar dizendo algo que me parece importante, considerando o tema que pretendo discutir: este livro não pretende ser uma defesa sem fundamentação de algo que considero importante, que são as medidas ou programas de ação afirmativa⁽¹⁾ e, claro, muito menos o seu contrário, a condenação — normalmente por motivos que não se sustentam, tanto no plano teórico como no plano prático — a esses programas.

Por que essa observação inicial? Por ser incorreto esperar deste estudo posições extremadas e que, normalmente, não consideram ser necessário sustentar, a partir de concepção determinada, medidas que aparentam ter índole excepcional.

O que me proponho, neste texto, é discutir a ação afirmativa como ação que se justifica a partir de uma concepção determinada de justiça, a justiça distributiva, com base em modelo específico, e que toma por base um valor que me afigura indissociável desta concepção de justiça: a igualdade.

Minha intenção é demonstrar que as medidas de ação afirmativa não são ações isoladas, ou que se justificam por si, mas devem, observadas exigências próprias, contribuir para uma distribuição mais igualitária dos bens existentes, bem como possibilitar a utilização mais igualitária desses bens⁽²⁾.

A respeito da igualdade, adianto também que não vou travar a discussão a partir de uma concepção abstrata, mas sim focando como será visto adiante com Amartya Sen, em espaço determinado, que é o dos bens e oportunidades.

Para isso, vou me servir da concepção de igualdade que penso ser a mais compatível com esses objetivos, na forma como a compreendo, e que está expressa na teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin, em

(1) Como ponto de partida, pode-se dizer que ação afirmativa é uma forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre elas. Ao longo do texto, esta concepção será mais bem explicitada.

(2) A existência de exigências, que chamo de próprias, é que justificam o uso do verbo “dever”, e não do verbo “poder”, como seria, aparentemente, mais natural. É que, adianto desde logo, não pretendo fazer a defesa de algo que talvez possa contribuir para mais igualdade; pretendo, isto sim, defender medidas que sejam pensadas e executadas para produzir resultado determinado, e não que, talvez, por obra do acaso, produzam um determinado resultado.

obra que, no Brasil, foi publicada sob o título *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*⁽³⁾. Esse é o meu marco teórico para este estudo, pela proximidade do autor com o tema.

De Dworkin, creio ser possível aproveitar, também, escritos que tratam especificamente das ações afirmativas e que são encontrados em obras variadas, uma delas, a mencionada acima⁽⁴⁾.

Ainda como referência, pretendo usar ideias expostas, como adiantei acima, por outro autor contemporâneo, Amartya Sen, apresentadas, principalmente, no livro denominado *Desigualdade reexaminada*⁽⁵⁾, pois creio que elas podem explicar, ao menos em parte, o que aparenta ser uma lacuna no pensamento de Dworkin a respeito da igualdade, e que, como será visto, decorre não só de uma ausência, mas também de uma explicação que não é completa o suficiente e de uma opção que, penso, pode ser melhorada.

Pretendo, ainda, do mesmo modo dito antes, que a discussão seja feita a partir de uma ideia específica de justiça, a justiça distributiva, e, por essa razão, é natural discutir o pensamento do filósofo político que revolucionou essa concepção, na segunda metade do século passado: John Rawls, de quem sou declaradamente seguidor. Para isso, usarei especialmente o texto em que esse autor apresenta a teoria da justiça que denominou de justiça como equidade⁽⁶⁾.

Feitas estas considerações, não posso deixar de afirmar que, para o bem e para o mal, a defesa que pretendo fazer das medidas de ação afirmativa está baseada, principalmente, em autores que defendem o chamado liberalismo de princípios, ou liberalismo igualitário, como agora é mais conhecido.

É que, não obstante eu possa, em alguns momentos, considerar que algumas questões a respeito das ações afirmativas devam ser trabalhadas com nuances distintas do que é exposto — em destaque no meu estudo — na teoria de Dworkin, que, por exemplo, por ser integrante e difusor da tradição norte-americana, não empresta maior importância aos interesses coletivos, aqui entendidos como interesses de que é titular um grupo determinado, é fato que considero que é nessa corrente de pensamento, na Filosofia Política, que está a concepção de distribuição de recursos que melhor atende ao ideal de igualdade.

(3) Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

(4) Ver, também, DWORKIN. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, e *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

(5) Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

(6) *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Essas questões, a propósito, irão compor os dois primeiros capítulos deste livro, sendo que, no primeiro, pretendo discutir alguns pressupostos que considero necessários para a temática debatida, e, no segundo, tencio — depois de discutir, por razões que vou indicar, o pensamento de Rawls — apresentar a teoria capaz de justificar o uso de programas de ação afirmativa, como uma das estratégias possíveis para alcançar uma igualdade de recursos que leve em consideração a diversidade existente entre as pessoas que compõem determinada sociedade.

Nestes capítulos, ainda, para facilitar a compreensão não só das questões tratadas, mas as ideias dos autores acima indicados, pretendo utilizar como referências auxiliares, além de outros, mais quatro autores: Will Kymlicka⁽⁷⁾, Roberto Gargarella⁽⁸⁾, Samuel Fleischacker⁽⁹⁾ e Álvaro de Vita⁽¹⁰⁾, os quais têm se dedicado ao estudo da justiça distributiva e do liberalismo de princípios, podendo acrescentar bastante na discussão que quero apresentar.

Já no terceiro capítulo tratarei de questões gerais relativas às ações afirmativas, com destaque para o aspecto relativo às ações afirmativas que menos têm recebido atenção, penso, no Brasil, quer da doutrina, quer das instituições sociais, que são os critérios que validam a adoção de programas dessa natureza, embora parte da discussão inicie no capítulo anterior. Dworkin é, ainda, minha referência básica, usando agora textos referidos em nota mais acima, em que o filósofo discute de forma específica as ações afirmativas nas universidades norte-americanas, na maior parte e, em menor grau, no ambiente de trabalho. Utilizarei, ainda, especialmente no item 2, a doutrina de Joaquim Barbosa Gomes⁽¹¹⁾.

Adiante, no quarto capítulo, pretendo discutir alguns programas de ação afirmativa previstos, no Brasil, das mais variadas formas: por lei, por resolução, e até por meio da celebração de termo de ajuste de conduta perante o Ministério Público do Trabalho. Aqui, o objetivo será verificar qual o impacto desses programas na melhor distribuição dos recursos entre os membros da sociedade brasileira, como estes foram instituídos, e se preenchem os critérios que vou defender que devem existir para a validade de programas dessa natureza.

(7) *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

(8) *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

(9) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

(10) Especialmente em *Justiça liberal*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

(11) *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Por fim, a partir da 2ª edição acrescentei o 5º capítulo para discutir dois fatos posteriores à publicação original deste livro. Primeiro, o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF n. 186/DF, em que se discutiu programa específico de ações afirmativas, no caso instituído pela Universidade de Brasília. Depois, a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, que “Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências” e que impõe, disciplinando, a criação de programas de ações afirmativas em instituições de ensino federais, bem como o Decreto n. 7.824, de 11 de outubro de 2012, que regulamentou a referida lei. Por outro lado, desde a 3ª edição acrescentei uma reflexão final, aproveitando a oportunidade proporcionada por projeto de lei que pretendia instituir reserva de vagas para negros no serviço público federal, agora transformado na Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014.

Vou fazer essas discussões em capítulos distintos não somente porque são questões mais recentes, embora, aparentemente, o natural fosse incorporá-las, nos itens próprios, nos capítulos 3 e 4, mas também porque representam momentos importantes para a história das ações afirmativas no Brasil, sendo mais adequado, penso, refletir a respeito deles em apartado.

Encerrando esta introdução, quero, assim como comecei, fazer uma (nova) ressalva: a opção pelo uso das ideias de Dworkin reflete minha concepção de que o autor possui, para o assunto em discussão, um pensamento completo, ou quase, e que é capaz de criar as condições necessárias para que se possam apresentar ideias a respeito de programas que considero importantes para alcançar um fim maior, que é o de ter uma distribuição mais igualitária do que é fundamental na vida em sociedade. Dworkin, dessa forma, como o leio, fique claro, é a base para a sustentação das ideias lançadas, e, como será visto, o fio condutor do texto.

CAPÍTULO I

PRESSUPOSTOS PARA A ADOÇÃO DE UM MODELO DE IGUALDADE QUE JUSTIFIQUE AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Antes de discutir o modelo de distribuição dos recursos que acolhe, como estratégia eficaz, programas de ação afirmativa, é preciso fixar alguns pressupostos para que se possam utilizar tais programas.

Com isso, quero dizer que é preciso uma combinação de fatores que autorizem o uso de programas de ação afirmativa, fatores que, adiante, são encontrados no Brasil, embora em alguns aspectos de modo ainda bastante incipiente.

Da mesma forma, é preciso acentuar a discussão em relação a um deles, que é a adoção de um modelo de justiça distributiva, o que será feito, de forma mais geral, ainda neste capítulo e, de forma particularizada, a partir das ideias de John Rawls, no início do capítulo seguinte.

1.1. Alguns pressupostos para a adoção do modelo

De início, é obrigatório dizer que o modelo de distribuição dos recursos que melhor justifica programas de ação afirmativa, e que vou adotar, só cabe em sociedades em que há a possibilidade do uso privado dos meios de produção.

Não há, portanto, de se falar em ações afirmativas quando se trabalha com modelos utópicos de utilização de recursos e de relacionamento entre as pessoas, como, no marxismo. É que, nesses modelos, não haveria necessidade de executar programas que buscassem, por meio de condições diferenciadas de acesso a determinados bens, compensar desequilíbrios causados pela exclusão.

De qualquer sorte, o que denomino modelos utópicos são somente construções teóricas, algumas muito bem elaboradas e atraentes, mas que impõem a existência de alguns pressupostos que são inalcançáveis, como a

obrigatoriedade de as pessoas serem altruístas, no seu conjunto, tornando esses modelos não realizáveis⁽¹²⁾, ao menos da forma como se pretende⁽¹³⁾.

Não é possível, também, pensar em ações afirmativas a partir das sociedades que adotaram, concretamente, embora divorciadas do pensamento original, o socialismo, em que não se admite a propriedade privada dos meios de produção.

É que, além de estruturalmente essas sociedades serem, em verdade, por conta do controle rígido exercido pelo Estado em relação a todos os cidadãos, avessas a uma igualdade real, até porque o que se estabelece é a dominação de um grupo maior (sociedade) por outro reduzido (dirigentes e burocracia), não há também um pressuposto básico para uma distribuição de recursos que permita aos indivíduos buscar o seu bem-estar, criando as condições para realizar o seu plano de vida: a liberdade.

Como será visto adiante, acredito que Dworkin tem razão quando pensa um ideal político que se compõe do tripé igualdade, liberdade e comunidade e que pode ser mais bem compreendido quando explicitamos os três aspectos desse ideal, ou o que seriam três ideais pensados em conjunto⁽¹⁴⁾, traduzindo-os como igualdade de recursos, liberdade com restrições previamente ajustadas, e comunidade que pratica a tolerância liberal⁽¹⁵⁾.

(12) Gisele Cittadino, falando sobre o *triumfo* da democracia liberal, afirma que ele convive, no plano histórico, entre outros, com o “fim da utopia igualitária” (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 75-76).

(13) No mundo real, influenciado, ou determinado, por uma característica bastante comum dos seres humanos: o egoísmo, ou, caso se queira suavizar, o fato de que seres humanos são principalmente interessados em si mesmos, dar tudo a todos, independentemente de sua contribuição, no caso de poder esta ser feita, implicaria, em verdade, dar-se para o desfrute de uns o resultado do esforço de outros. Como diz Dworkin, “não há nada que se possa dizer em defesa de um mundo no qual aqueles que optam pelo ócio, embora pudessem trabalhar, são recompensados com o produto dos trabalhadores” (*A virtude soberana*: a teoria e prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. X).

(14) *Ibidem*, p. 331. A propósito, Dworkin, embora reconheça que são três diferentes ideais políticos, trata-os como um só, por defender que não podemos entendê-los de forma independente uns dos outros. Quer enfatizar, também, que são ideais que devem ser vistos harmonicamente, e não em conflito, especialmente a liberdade e a igualdade.

(15) Como não vou me alongar nesse aspecto da discussão, pode-se dizer que o ideal da comunidade que pratica a tolerância liberal significa uma comunidade que respeita a liberdade de ser e agir de seus integrantes, sem maniqueísmos, desde que a conduta dos integrantes não viole o direito dos demais integrantes. É uma comunidade em que os indivíduos atuam equilibrando seus interesses críticos (o que devem querer) e seus interesses volitivos (o que querem). É uma comunidade em que os indivíduos têm responsabilidades e interesse pelas necessidades da comunidade, mas sem abdicar de seus interesses eminentemente pessoais, e que compõem o seu plano de vida. Ver, a respeito, Dworkin (*Ibidem*, cap. 5, p. 291-329).

A liberdade, no modelo que estou defendendo como ideal para a distribuição dos recursos entre os integrantes da sociedade, sendo as ações afirmativas uma estratégia para uma melhor distribuição, ou para uma mais justa distribuição, cumpre papel primordial, partindo do princípio de que não há sentido na vida das pessoas se elas não têm autonomia para buscar o seu bem-estar.

Por esse prisma, não cabe discutir meios para que os indivíduos possam melhorar as suas vidas fora de um sistema que não permite que estes sejam livres para definir os seus destinos⁽¹⁶⁾. Na mesma linha, nada há de valioso em uma vida que a pessoa leva de forma imposta, sem poder explorar suas potencialidades.

É claro que não se está defendendo uma liberdade extremada, com poucos parâmetros, nem a liberdade como ideal político que se impõe sobre os demais, ou que, talvez, só se encontre ombreada pela proeminência da ideia da propriedade privada quase que ilimitada.

Um trecho *Do contrato social ou princípios do direito político*, de Rousseau, ilustra bem essa questão, da passagem da liberdade absoluta e da posse ilimitada para a liberdade civil e para a propriedade. Diz o autor:

O que o homem perde através do contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano nessas compensações é necessário distinguir a liberdade natural, que só tem como limites as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, e a posse, que nada mais é que a força ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade que só pode estar fundada num título positivo.⁽¹⁷⁾

(16) Por força de minha atividade no magistério, especialmente nos programas de pós-graduação em nível de mestrado e doutorado, estou acostumado a ler e a ouvir, especialmente quando se fala de comunidades ou grupos mais fechados, em “interesses da comunidade”, ou em “interesses do grupo”, em oposição ao interesse dos indivíduos. Não é que eu rejeite essas expressões, ou, ainda, que não reconheça a titularidade do interesse pelos grupos e comunidades, como é o caso dos interesses públicos, difusos e coletivos. Pelo contrário, desde o tempo em que ainda estava na ativa como Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho, venho defendendo o reconhecimento e a proteção desses interesses. O que não posso conceber é que eles simplesmente, em qualquer situação, sobreponham-se aos interesses individuais, como se o indivíduo estivesse proibido de ter preferências pessoais e de, respeitando o grupo ou a comunidade, no limite em que é necessário respeitar, buscar a satisfação delas.

(17) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política e do contrato social*. Tradução de Maria Constança Peres Pissara. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 83.

A concepção da liberdade como valor maior cabe, também, no modelo hoje chamado de “libertário”, e que José Eduardo Faria, em prefácio de livro de Gisele Cittadino, assim sintetiza, em 4 pontos:

- (a) o aparato coercitivo-jurídico do Estado moderno tem sido utilizado para pressionar o indivíduo e violar os seus direitos, inclusive quando o obriga a ajudar o próximo ou o proíbe de desenvolver determinadas atividades para se proteger contra roubos e fraudes;
- (b) as ideias de justiça social em princípio são um contrassenso por comprometer as liberdades inerentes ao homem;
- (c) a livre apropriação seria o único princípio de justiça; e
- (d) só o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra força e fiscalização de contratos, é justificável.⁽¹⁸⁾

A concepção libertária, a propósito, fica clara nas palavras de um de seus expoentes, Robert Nozick, que afirma, a respeito do papel do Estado:

As principais conclusões que retiramos acerca do estado são as de que um estado mínimo, limitado às funções estritas da proteção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos, e por aí em diante, justifica-se; e que o estado mínimo, além de correto, é inspirador. Duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas atividades às pessoas para o próprio bem ou proteção delas.⁽¹⁹⁾

A proposta tímida, para dizer o mínimo, de atuação do Estado, nesse modelo, afasta de forma óbvia a possibilidade de ser ele pensado para sustentar quaisquer políticas distributivas, dentre elas, os programas de ação afirmativa.

É o que constata Will Kymlicka, quando afirma que é próprio dos libertários exigir limites à utilização do Estado para a implementação de políticas sociais, concluindo que “eles se opõem ao uso de esquemas de tributação redistributiva para implementar uma teoria liberal de igualdade”⁽²⁰⁾.

Da mesma forma Dworkin, quando, falando de sua teoria de igualdade de recursos, que será vista mais adiante, em contraste com as teorias libertárias, constata que: “não há lugar em uma teoria como a de Nozick para

(18) CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Prefácio. p. XVIII.

(19) *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 21.

(20) *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 119.

algo semelhante à ideia de uma distribuição igualitária do poder econômico abstrato para todos os bens sob controle social⁽²¹⁾.

Voltando à questão original, da liberdade, e ao contrário do pensamento de Rousseau — que, como veremos mais adiante, pode ser suavizado, nos dois aspectos enfocados — e, mais presentemente, de Nozick, o que se está a defender aqui é uma liberdade que é componente dos ideais políticos que conduzem a uma sociedade justa. A defesa, aqui, é do modelo que Álvaro de Vita denomina de liberalismo de princípios, ou de liberalismo kantiano⁽²²⁾, e Gargarella de liberalismo igualitário⁽²³⁾.

Nessa hipótese, enquadram-se Rawls e Dworkin, não obstante, como se vai observar mais adiante, o primeiro estabeleça ainda certa primazia da liberdade, pela ordem serial em que são construídos os princípios de justiça, o que já não acontece com Dworkin.

É que, penso atualmente, serão as sociedades que adotarem os postulados do liberalismo igualitário as que possuirão as melhores condições de criar para os indivíduos o ambiente propício para a concretização de suas concepções de vida boa, sendo a distribuição de recursos pensada por Dworkin, com o complemento que será extraído de Sen, uma boa alternativa para uma distribuição mais justa de bens e oportunidades.

É claro que devem ser feitas ressalvas em relação à atuação do Estado, como pensada, especialmente, por Dworkin. Nesse aspecto, raciocina o autor com uma proteção social mais acanhada que a prevista, no plano normativo, no Brasil, pois baseada na experiência norte-americana. Isso, no entanto, não é um problema, pois o que se vai aproveitar é o modelo de distribuição de recursos, que acredito pode ser entendido como apto a reger a atuação das instituições sociais brasileiras.

Deve ser registrado também que não é o modelo liberal igualitário o único capaz de justificar a adoção de programas de ação afirmativa. O comunitarismo, acredito, encontraria boas razões para a utilização desse tipo de programa⁽²⁴⁾.

(21) *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 145.

(22) *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 22.

(23) *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. XIX.

(24) Isso pode ser visto, por exemplo, com Michael Sandel, definido como um comunitarista, embora o próprio autor, de certa forma, rejeite esse rótulo — mais pela denominação que pelo seu significado —, que apresenta argumentos fortes em relação à justiça das ações afirmativas, não obstante sem uma conclusão expressa, em *Justiça* — o que é fazer a coisa certa. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 207-227.

Descarto o comunitarismo, todavia, por algumas razões que entendo suficientes para seu abandono como teoria-base das ideias que pretendo sustentar, embora, por outro lado, não descarte algumas conclusões positivas que essa corrente pode apresentar.

Começo com o que me parece ser o ponto mais fraco do modelo comunitarista, que é a rejeição à ideia da universalidade⁽²⁵⁾.

Para Roberto Gargarella, o comunitarismo caracteriza-se como uma corrente que surgiu na década de 1980, no século passado, desenvolvendo intensa polêmica com o liberalismo, especialmente com o liberalismo igualitário, reproduzindo, de certa forma, a polêmica entre Kant e Hegel, em que o primeiro pugnava por direitos e obrigações de caráter universal, e o último dava prevalência às decorrentes do pertencimento das pessoas a determinada comunidade⁽²⁶⁾.

Essa prevalência dos valores locais sobre valores universais, penso, em primeiro lugar, recusa consistência à ideia de um conjunto de valores e direitos protetivos dos indivíduos em qualquer circunstância, em qualquer lugar do planeta, ou pelo menos os subordina, de forma rígida, ao seu reconhecimento no plano da comunidade. Isso solapa a concepção de Direitos Humanos e, em minha visão, é inaceitável no atual estágio de desenvolvimento e integração da humanidade. Se já há dificuldades, atualmente, para sustentar, no plano prático, o ideal de todo ser humano ter, em todo o mundo, um mínimo de direitos, oponíveis contra todos, principalmente contra o Estado, imagine-se quantas mais não seriam criadas com o sucesso da tese comunitarista⁽²⁷⁾.

(25) Como se pode ver com Gisele Cittadino, Michael Walzer (um dos comunitaristas mais conhecidos), até reconhece um princípio universal, que seria “a obrigatoriedade do reconhecimento da diferença”, pelo que o reconhecimento seria universal, embora o reconhecido fosse local e particular (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 88).

(26) *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 137. O comunitarismo, é preciso observar, ao menos como o defende Michael Walzer, não se pretende um modelo que deva ser visto como fora das democracias liberais, mas, em certa medida, um modelo que propõe correções e ajustes no liberalismo. Isso fica claro quando esse autor diz, primeiro, que “a democracia liberal é o governo da maioria sem seus perigos — com as minorias resguardadas e os direitos humanos garantidos”, e, depois, que sua intenção, ao menos no livro aqui citado, foi “(...) propor algumas das maneiras pelas quais o liberalismo poderia abranger melhor um entendimento da política, da sociologia e da psicologia social” (*Política e paixão*: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. IX-XI).

(27) A tese comunitarista, por outra razão, que é a acima exposta, põe em xeque novamente a própria ideia de Direitos Humanos, o que já havia sido feito por Norberto Bobbio quando, a pretexto de indicar que, mais importante que encontrar um fundamento para esse conjunto de direitos, seria protegê-los, negou a possibilidade de haver um fundamento comum para

Isso, ainda para Gargarella, altera até o conteúdo da justiça, que deixa de se basear “em princípios universais, abstratos, a-históricos”, passando a se limitar às práticas comuns, com cada comunidade definindo como avaliar os bens sociais, o que repercute na distribuição de direitos⁽²⁸⁾.

Michael Walzer, por exemplo, diz o seguinte: “quero defender [...] que os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais — o inevitável produto do particularismo histórico e social”⁽²⁹⁾.

Nesse sentido, para o comunitarismo, considerando que o saber local é preponderante, determinadas normas, de toda a sociedade, ou de grupos em seu interior, findam por ser validadas, ainda que em dissonância com práticas tidas como necessárias para o respeito da dignidade humana.

É o que se verifica, por exemplo, quando Charles Taylor defende que em uma sociedade como Québec pode haver restrições às liberdades individuais para a defesa da língua e cultura francesas⁽³⁰⁾.

Da mesma forma quando Michael Walzer, falando dos grupos que compõem o que denomina de associações involuntárias, quando de características totalizantes (leia-se não democráticas), apresenta argumentos para que sejam eles tolerados e, ao menos implicitamente, os aceita. Diz Walzer, em longa, mas que merece ser reproduzida na íntegra, digressão:

Embora esses grupos possam ser internamente democráticos ou não (geralmente são dominados por patriarcas), eles são evidentemente contrários, hostis aos valores do Estado democrático cuja

todos, o que não prosperou, continuando a ser feita a clara relação entre Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana, a partir da concepção kantiana. Ver, a respeito: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 16. tir. Tradução de L'Età dei Diritti. Rio de Janeiro: Campus, 1992 e KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003, além de um capítulo que escrevi em obra coletiva, denominado Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica (ROCHA, João Carlos de Carvalho e outros (coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados — Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29-43).

(28) *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 150-151.

(29) *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

(30) *Argumentos filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 220. Nesse caso, o que se tem aqui é o oposto da tese liberal igualitária, ou seja, defende-se a prioridade do bem sobre o justo. Impõe-se, a propósito, uma valoração ao que é e ao que não é, na visão do Estado, a conduta mais adequada, em oposição ao que explica Álvaro de Vita ser uma das duas teses fundamentais do liberalismo: “o estado deve ser neutro no que se refere às concepções de boa vida a que os cidadãos devotem lealdade e que se empenhem em realizar” (*Justiça liberal*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 12).

tolerância buscam. É improvável também que um Estado desse tipo ou seu regime de tolerância sobrevivessem se um único grupo totalizante se tornasse dominante demograficamente. Entretanto, há um forte argumento a favor de tolerar tais grupos e até mesmo a favor de fortalecê-los e dar algum apoio (qualificado e condicional) à sua reprodução cultural. É o argumento do multiculturalismo, e o que ele sustenta é que, em primeiro lugar, os seres humanos precisam do apoio e do cuidado de uma comunidade cultural para ter uma vida digna; em segundo lugar, que as comunidades culturais são entidades altamente complexas, criadas ao longo de muitas gerações, com o esforço e a dedicação de muitas pessoas; em terceiro lugar, que, embora os homens e as mulheres não escolham suas comunidades, eles são, não obstante, muito apegados a elas, moralmente e emocionalmente; em quarto lugar, que as diferentes comunidades encarnam valores que não podem ser ordenados numa escala única (o que não quer dizer que suas práticas e políticas não podem ser criticadas). Não apresentarei nenhuma defesa implícita dessas quatro alegações, embora as estivesse defendendo implicitamente na abertura de minha discussão sobre as associações involuntárias (...) e o esteja fazendo novamente aqui.⁽³¹⁾

Embora não vá avançar, aqui, nesse aspecto específico da afirmação, parece-me que Walzer, nesse ponto, escolhe mal o multiculturalismo para justificar sua defesa de associações totalizantes, pois não creio que respeitar a diversidade das culturas e reconhecer a necessidade de apoio aos diferentes grupos signifique aceitar práticas não democráticas e violadoras dos direitos dos indivíduos e de outros grupos. Isso é consequência, também, da não aceitação de valores universais como necessários à proteção de todos os seres humanos.

De outra banda, Walzer, em alguns casos, vê justiça onde claramente há o contrário. É o que acontece quando fala do sistema de castas indiano, em que parece haver, pelo autor, uma defesa da validade de um sistema que é hierárquico, excludente, e contrário à igualdade que deve haver entre os indivíduos⁽³²⁾.

Parece haver e há, pois, como explica Cittadino a respeito do pensamento deste autor, “culturas distintas elaboram significados diversos acerca de seus bens sociais e os distribuem através de distintos princípios e

(31) *Política e paixão*: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 79-80.

(32) *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 32-35.

agentes. Podemos, segundo Walzer, designar como justa a sociedade que distribui os seus bens de acordo com essas significações compartilhadas⁽³³⁾.

Dworkin, a respeito, e tratando especificamente de um sistema de castas, afirma, negando de forma expressa um sistema desse tipo, o seguinte: “um sistema político não igualitário não se torna justo simplesmente porque todos acreditam equivocadamente que é justo”⁽³⁴⁾.

É o que penso, pois, não me parece, repetindo a ideia que já expus mais acima, que determinadas práticas devam ser aceitas apenas porque uma comunidade as adota, caso não estejam em condições de respeitar os valores e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Outra razão suficiente, penso, para a rejeição do comunitarismo é a forte subordinação do indivíduo ao grupo. Isso é percebido, por exemplo, ainda por Cittadino, na fala de Michael Walzer, pela prioridade que é dada à comunidade, no confronto com o indivíduo, até por ser este último, “essencialmente um ser produzido culturalmente”⁽³⁵⁾. O que isso pode trazer de negativo, observe-se, já foi visto na discussão acima.

De outro lado, porém, creio que é possível, desde que preservado o respeito aos direitos dos indivíduos, aceitar a parte positiva, que é a importância que esses grupos têm, assim como é impossível negar-lhes direitos próprios, que se denominam coletivos.

Gargarella, por exemplo, explica que os liberais são acusados pelo fato de defenderem a inércia do Estado em relação às minorias (que prefiro grupos vulneráveis), o que, para ele:

Não parece genuína quando consideramos o modo como muitas dessas minorias culturais foram (mal)tratadas em termos históricos: muitas das minorias em questão sofreram historicamente discriminações explícitas ou implícitas por parte da “sociedade mãe” na qual estão agrupadas. Algumas delas, inclusive, foram vítimas de assimilação coercitiva a ela. Perante a situação postergada em que ficaram muitos desses grupos, a inação estatal poderia ser vista como uma maneira de proteger o *status quo* criado por esse mesmo Estado que hoje proclama sua neutralidade.⁽³⁶⁾

(33) *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123.

(34) *A virtude soberana*: a teoria e prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 22.

(35) *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

(36) *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 160.

Embora, como será visto adiante, isso possa ser indicado como, talvez, uma característica do liberalismo, não creio que seja uma acusação que possa ser feita a Dworkin, que defende de forma expressa a ação afirmativa.

De qualquer forma, a importância de reconhecer os grupos, e seus direitos, é uma contribuição importante do comunitarismo ao liberalismo, e que não deve ser ignorada, sendo isso acentuado por Walzer⁽³⁷⁾.

A respeito do reconhecimento, pelos liberais, dos interesses coletivos, o que parece ser, mesmo, uma incompletude que pode ser imputada a essa corrente, pois acredito que é possível conciliar os interesses dos indivíduos com os interesses dos grupos, e preservando o direito de as pessoas definirem o que é bom para as suas vidas, como já foi por mim afirmado mais acima, Gargarella chama a atenção para o fato de que há quem, como Joseph Raz e Will Kymlicka, reconheça a possibilidade de os liberais defenderem os direitos coletivos, dizendo o último que, caso não se garantam a grupos e culturas minoritárias direitos de forma diferenciada, não teriam as mesmas vantagens, pode-se dizer, que são outorgadas aos membros dos agrupamentos majoritários⁽³⁸⁾.

Antes de avançar, mas, sem pretensão maior a não ser a de fazer uma referência a um modelo que não tem sido indicado pelos autores como uma teoria autônoma de justiça, embora eu o reconheça como tal⁽³⁹⁾, é importante registrar que a social-democracia, largamente utilizada para a distribuição de direitos hoje em dia, especialmente na Europa, é capaz de abrigar medidas de ação afirmativa, até porque tem a igualdade como um de seus ideais, e em uma perspectiva até mais acentuada que no liberalismo igualitário.

Por fim, o último pressuposto é relativo a um modelo específico de justiça: a justiça distributiva. Esse modelo será visto, em separado, no item seguinte.

De qualquer sorte, mesmo faltando uma discussão maior a respeito da justiça distributiva, já é possível dizer, o que será explicitado do ponto de vista normativo no terceiro capítulo, que o Brasil reúne amplas condições de ter o liberalismo igualitário como modelo definidor da estrutura e das linhas de ação de suas instituições sociais.

(37) *Política e paixão*: rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 224.

(38) *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 169-172.

(39) Ver, a respeito, o meu “*A social-democracia como concepção autônoma de justiça*” (In: XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU — SC, 2022, Balneário Camboriú — SC. Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico. Florianópolis — SC: CONPEDI, 2022. v. 1. p. 149-164).

Como será visto, a República Brasileira tem como fundamento maior a dignidade da pessoa humana, é um Estado democrático, plural, que consagra a igualdade, tanto no plano formal como substancial, e tem como um de seus objetivos, ainda, a construção de uma sociedade livre e justa.

Há espaço, então, para uma atuação das instituições sociais que leve em consideração que a busca do bem de todos deve ser pautada em uma distribuição igualitária dos recursos que, como será estudado adiante, para que essa distribuição seja concretizada, devem ser limitados (os recursos, no sentido de bens e oportunidades) aos fundamentais, respeitada a diversidade.

Não há, é verdade, instituições sólidas o suficiente, principalmente porque, não obstante o arcabouço normativo seja consistente, essa consistência só pode ser utilizada com mais vigor quando existentes metas políticas definidas, o que ainda o Brasil, ao menos presentemente, não tem. A proposta que apresento, todavia, não é invalidada por isso. Pelo contrário, sugere a adoção dessas metas.

1.2. A justiça distributiva

É entendimento praticamente pacífico, atualmente — embora o libertarismo de Nozick rejeite essa conclusão, por exemplo —, que em modelo de justiça distributiva o estado é obrigado a proporcionar a seus cidadãos um mínimo de bem-estar material⁽⁴⁰⁾.

Ela, a justiça distributiva, é tratada, possivelmente pela primeira vez, no livro V da obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles⁽⁴¹⁾. O livro V é dedicado à justiça, que é considerada pelo autor a forma mais elevada de excelência moral, ou melhor, ainda conforme Aristóteles, “a excelência moral inteira”⁽⁴²⁾.

A justiça distributiva, segundo Aristóteles, é uma das espécies de justiça em sentido estrito, ao lado da justiça corretiva⁽⁴³⁾.

(40) A forma como o estado fará isso, como será visto adiante, por exemplo, no caso concreto das medidas de ação afirmativa, tanto pode ser entendida na via estreita de que tal é uma obrigação estatal direta como, o que prefiro, de que cabe a ele criar, de forma ampla, as condições para que a ação se realize, até por meio de normas nesse sentido.

(41) *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

(42) *Op. cit.*, p. 93.

(43) A justiça corretiva, de que não vou me ocupar, neste texto, para Aristóteles era a que desempenhava “uma função corretiva nas relações entre as pessoas”, subdividindo-se em voluntária, como a compra e venda, e a involuntária, como o furto e o homicídio (*Ibidem*, p. 95).

Para o autor, a justiça distributiva:

(...) é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à outra pessoa.⁽⁴⁴⁾

Observo que, para Aristóteles, a justiça distributiva estava relacionada à ideia de mérito, e não continha o caráter de obrigatoriedade na distribuição dos bens e oportunidades. Isso fica claro na seguinte passagem:

(...) todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de que a distribuição deve ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência.⁽⁴⁵⁾

Isso é acentuado por Ricardo Castilho que, falando da justiça distributiva aristotélica, afirma que ela será observada, “sempre que a proporção entre as valias dos sujeitos para o todo social forem exatamente reproduzidas nas quantidades de coisas, direitos ou encargos outorgados a cada qual”⁽⁴⁶⁾.

Não é essa, todavia, como visto acima, a ideia contemporânea de justiça distributiva. De fato, como bem coloca Samuel Fleischacker, não está na discussão travada por Aristóteles, a respeito da justiça distributiva, a questão da distribuição dos recursos escassos, nem a consideração de “que a necessidade pudesse ser fundamento de qualquer reivindicação de propriedade”, sendo, segundo este autor, recente a concepção de que é a partir de uma ideia de justiça que se exige uma distribuição de recursos que satisfaça as necessidades de todos os indivíduos, o que corresponde à noção atual de justiça distributiva⁽⁴⁷⁾.

É que, atualmente, a concepção de justiça distributiva se esteia no reconhecimento, como afirma Fleischacker, de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos”⁽⁴⁸⁾.

(44) *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 95.

(45) *Ibidem*, p. 96.

(46) *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

(47) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

(48) *Ibidem*, p. 12.

Sob esse prisma, o autor indica as premissas necessárias para o moderno conceito de justiça distributiva, e que são:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.⁽⁴⁹⁾

Ela é feita por Fleischacker, obviamente, sob uma perspectiva liberal igualitária, pois toma por base que a distribuição deve ser feita a todos os indivíduos, nessa condição, sendo que podemos sintetizar as premissas acima em duas partes: cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, sendo que uma certa parcela de bens materiais está compreendida nesses direitos; garantir que ocorrerá a distribuição desses bens — entendida a distribuição como algo factível — compete principalmente ao Estado.

Em sentido mais restrito, que toma por base a motivação da redistribuição como forma de corrigir os efeitos da discriminação, Joaquim Barbosa Gomes defende que a justiça distributiva promoveria a redistribuição para “mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação”⁽⁵⁰⁾. E continua: “para aqueles que esposam tal teoria, não é justo que determinados grupos sociais, tais como negros e mulheres, sejam fadados, ao longo de suas vidas, a sempre ocuparem as posições inferiores ou subalternas na hierarquia social, por razões que repousam unicamente na cor de sua pele ou no seu sexo”⁽⁵¹⁾.

Voltando a Fleischacker, a concepção de justiça distributiva vai ser alterada, abandonando-se o pensamento aristotélico, a partir das ideias de

(49) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

(50) *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

(51) *Idem*.

um conjunto de autores: Rousseau, Adam Smith e Kant⁽⁵²⁾, sempre relacionadas à ajuda aos mais pobres.

Em relação a Rousseau, é importante observar que, em diversas passagens *Do contrato Social*, fica claro que o autor, embora reconheça o direito de propriedade, não defende uma propriedade desmedida, em detrimento do conjunto da sociedade. Quando Rousseau, por exemplo, trata das condições para autorizar o direito do primeiro ocupante, ele lista, como segunda e terceira condições, “que só se ocupe a quantidade que se necessita para sobreviver”, e que se tome posse “pelo trabalho e pela cultura da terra, único sinal de propriedade que, na falta dos títulos jurídicos, deve ser respeitado por alguém”⁽⁵³⁾.

Mais adiante, ainda em *Do contrato social*, e terminando o Livro I, Rousseau, ao afirmar que o pacto social não destrói a igualdade natural, mas sim substitui a desigualdade física pela igualdade moral, abre uma nota para dizer que essa igualdade é ilusória quando se está diante de maus governos, concluindo que “o estado social só é vantajoso aos homens, quando têm alguma coisa e quando nenhum tem em excesso”⁽⁵⁴⁾.

Essa passagem, embora a ideia não seja mais tão claramente retomada por Rousseau, parece ser a mostra de uma nova concepção de justiça que, embora ainda centrada na liberdade e na propriedade (na liberdade com limitações, e na propriedade com base em um título), já considera a necessidade de haver um mínimo de igualdade, e a possibilidade de o Estado interferir para evitar abusos e para garantir a todos ao menos o mínimo.

De qualquer sorte, Fleischacker adverte que, para Rousseau, a distribuição da propriedade entra em suas preocupações mais pelo fato de que o pobre é um cidadão, e não porque é um ser humano, uma vez que, para este último autor, a desigualdade econômica seria um obstáculo à verdadeira democracia⁽⁵⁵⁾.

Já em Adam Smith, penso, a ideia de ajuda aos pobres, ou, pelo menos, sua justificativa, não está tão bem delineada, ao menos em termos de justiça distributiva, podendo, ainda assim, extrair-se de algumas passagens de suas obras algo que indique nesse sentido.

(52) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81-110.

(53) *Discurso sobre a economia política e do contrato social*. Tradução de Maria Constança Peres Pissara. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 84.

(54) *Ibidem*, p. 86.

(55) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 90.

Segundo Brue, Smith, em *The teory of moral sentiments*, expressa a ideia de solidariedade, afirmando depois que as pessoas precisam da ajuda de alguém, porque expostas a injúrias mútuas⁽⁵⁶⁾.

Já em *A riqueza das nações*, Smith primeiro critica as restrições feitas à obrigação das paróquias de prover a subsistência dos pobres, por meio das taxas paroquiais, limitando a circulação das pessoas de uma paróquia para outra, no que parece estar mais preocupado com a livre circulação de trabalhadores, o que obstrui, também, a circulação do capital⁽⁵⁷⁾. Depois, defende a atenção do Estado para a educação para o povo, não obstante em termos limitados, no tocante ao que seria necessário ensinar⁽⁵⁸⁾.

Fleischacker é mais otimista em relação a Smith, afirmando que esse último fez, em *A riqueza das nações*, ao menos dois tipos de recomendações redistributivas: a de o Estado cobrar impostos mais elevados dos mais ricos; e a de o mesmo Estado usar a receita fiscal para medidas que beneficiassem principalmente os mais pobres. Afirma que a mais importante delas é a que referi acima: a educação pública⁽⁵⁹⁾.

Da mesma forma, indica Fleischacker que Smith não colocou em discussão a *Poor Law* inglesa⁽⁶⁰⁾, o que de certa forma já indiquei antes, quando tratei das críticas de Adam Smith à questão da livre circulação das pessoas de uma paróquia para outra, o que trazia reflexos para o auxílio que era prestado.

O certo é que Adam Smith, ao menos, ao contrário de outros autores do período, defendia a mobilidade social, fugindo da ideia de que os pobres deveriam continuar pobres, senão perecer, como chegou a sugerir Malthus⁽⁶¹⁾.

Smith, por exemplo, mencionando a melhoria dos salários na Inglaterra, em relação ao necessário para sua subsistência, pergunta, em *A riqueza das nações*, se isso seria um inconveniente ou uma vantagem para a sociedade, concluindo que “o que melhora as condições de vida da maior parte nunca pode ser considerado um inconveniente para o todo”, não podendo haver prosperidade em uma sociedade em que a maior parte dela está condenada

(56) BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. Tradução da 6. ed. americana por Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Thomson Learning, 2006. p. 65-66.

(57) SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 1, p. 175-181.

(58) SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 995.

(59) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 92.

(60) *Ibidem*, p. 93.

(61) Ver, a respeito, Stanley Brue, que afirma que Malthus era totalmente contrário à ajuda aos pobres, tendo sugerido a abolição gradual da lei dos pobres (*História do pensamento econômico*. Tradução da 6. ed. americana por Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Thomson Learning, 2006. p. 91).

à pobreza e à miséria. Exprime ainda um enunciado que deve ter sido considerado revolucionário, à época: que a equidade exige que, aqueles que trabalham para que os outros desfrutem dos bens necessários devem poder desfrutar, também, de parte desses bens⁽⁶²⁾.

Na mesma linha, Smith indica que um homem deve ganhar, ao menos, o suficiente para sua manutenção e de sua família, e que isso é o menor salário para que possa viver com “um mínimo de humanidade”⁽⁶³⁾.

Suas ideias, então, embora não me pareçam tão nítidas, demonstram que, de uma forma ou de outra, Smith tinha preocupação com os menos favorecidos, e pretendia que, ao menos em algumas questões, suas necessidades fossem satisfeitas.

Por fim, há Kant, que embora tenha escrito mais a respeito da Filosofia Moral que em relação à Filosofia Política, defendeu de forma expressa a ajuda estatal aos pobres, não obstante, como diz Fleischacker, seja ele o autor de vigorosa explicação do direito de propriedade⁽⁶⁴⁾.

Em relação a Kant, talvez fosse mais do que suficiente considerar que sua contribuição para a discussão está na caracterização feita por ele a respeito da dignidade da pessoa humana, a partir de sua racionalidade, e fundamentada na autonomia, como está enunciado claramente na *Fundamentação da metafísica dos costumes*⁽⁶⁵⁾.

É que, a partir dessa forte ideia, e que inspira a noção contemporânea de dignidade, nasce a impossibilidade de os indivíduos serem instrumentalizados, e isso poderia levar à suposição de que haveria o dever de ajuda de uns para com os outros.

Ocorre que isso não está claro em Kant, pois, ainda na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ao enumerar alguns deveres, o autor, no quarto dever, trata de uma pessoa próspera que, “(...) ao mesmo tempo que vê outros a lutar com grandes dificuldades (e aos quais ela poderia auxiliar)”, pensa que isso não é problema seu⁽⁶⁶⁾. Explicando essa questão, a partir do imperativo prático⁽⁶⁷⁾, Kant afirma:

(62) SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 1, p. 99.

(63) *Ibidem*, p. 85-86.

(64) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

(65) Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003. Para ver como Kant enuncia, no reino dos fins, a dignidade, e depois a caracteriza e fundamenta, ver p. 77-79.

(66) KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003. p. 61-62.

(67) “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (*Ibidem*, p. 69).

No que concerne o dever meritório para com outrem, o fim natural que todos os homens têm é a sua própria felicidade. Ora, é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também não lhe subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a *humanidade como fim em si mesma*. Pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível *os meus*, para aquela ideia poder exercer em mim *toda* a sua eficácia.⁽⁶⁸⁾

A explicação feita por Kant pode dar a ideia de que não há obrigatoriedade do que é chamado de “dever meritório para com outrem”, desde que o indivíduo, a par de cuidar de si, não subtraia de outros. Pode, por outro lado, usando-se esse mesmo aspecto, e considerando os indivíduos como um todo, dar a entender que a propriedade privada (que Kant defende), em não sendo natural, mas uma imposição, gera o direito de garantir aos outros alguma coisa, pois, sendo os recursos escassos e não disponíveis para todos, sua detenção por alguém significa subtraí-los de outrem.

Como se vê, há dúvidas, o que leva os autores a apresentar diversas justificativas.

Voltando a Fleischacker, o autor afirma que Kant não tinha um argumento forte e claro de como as defesas da propriedade e da ajuda aos pobres podem seguir juntas, sendo que, para Kant, até a expressão justiça distributiva era utilizada com outro sentido, como o de o procedimento usado nos tribunais para fazer cumprir as leis⁽⁶⁹⁾. De qualquer sorte, para Fleischacker, recuperando a ideia que apresentei acima, Kant parece sugerir que a pobreza seria consequência do fato de outras pessoas, no passado, terem invadido o direito de propriedade de outros, o que geraria o dever de auxílio. Por outro lado, a defesa do auxílio aos pobres pelo Estado, via tributação, é indicada por Fleischacker porque, dessa forma, esse auxílio deixaria de ser voluntário, um ato de caridade privada, para tornar-se um dever dos que têm, e um direito dos que não têm⁽⁷⁰⁾.

(68) KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003. p. 71.

(69) Nesse sentido, o que Kant denomina de justiça distributiva assemelha-se ao que Angel Rafael Marino Castellanos e Suzana Maria da Gloria Terruró, em texto denominado *La triple dimensión de los derechos humanos*, denominam como dimensão da proteção dos direitos, e que se pode denominar de dimensão procedimental (ou de garantias) do Direito, com a função de garantir o cumprimento das normas jurídicas (*In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (orgs.)*). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 167-191).

(70) *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99-110.

Já Delamar José Volpato Dutra, em texto que pretende, exatamente, discutir essa dualidade em Kant, ou seja, propriedade e ajuda aos pobres, e que é denominado *Propriedade e ajuda aos pobres na doutrina do direito de Kant*, primeiro afirma que a fundamentação para a ajuda aos pobres não foi claramente exposta por Kant, e que a instituição dessa ajuda sofre problemas na própria filosofia do direito kantiana, a saber: que o sistema de liberdade e igualdade, em Kant, é formal; que o sistema de direitos proposto não tem relação com a satisfação das necessidades; e que coagir alguém a ajudar os outros seria uma coação indevida sobre a liberdade dos indivíduos, por não ser ela condição para a convivência. Depois, analisa algumas possibilidades para justificar o auxílio, a partir da beneficência, da razão de Estado, da vontade geral *versus* vontade popular, e da liberdade, para, ao final, concluir que “a dificuldade que a propriedade levanta no sentido de torná-la consistente com o sistema de direitos inatos é resolvida pelo dever coletivo imposto ao povo de providenciar ajuda aos pobres”, e que “o pagamento de tributos para custear os pobres torna a propriedade correta, no sentido do princípio do direito, ou seja, de relações jurídicas assimétricas, sem maltratar o direito de humanidade que também teria de ser respeitado”⁽⁷¹⁾.

De qualquer sorte, não obstante esses três autores, Rousseau, Smith e Kant, terem dado uma contribuição que pode ser definida como importante para a formação de uma nova concepção de justiça distributiva, transformando o que era decorrente do mérito e voluntário, em Aristóteles, em um dever, embora em um universo ainda bem limitado, suas ideias ainda não correspondiam à concepção atual, que deve ser considerada como forjada a partir de Rawls, como será visto no capítulo seguinte, antes de discutirmos as ideias de Dworkin e de Amartya Sen.

(71) In: BORGES, Maria de Lourdes; HECK, José (orgs.). *Kant: liberdade e natureza*. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 71-95, especialmente p. 89 e 91, em que estão as transcrições literais.

CAPÍTULO II

IGUALDADE DE RECURSOS E AÇÃO AFIRMATIVA

Como indicado desde a introdução, e repetido outras vezes, o objetivo deste capítulo é apresentar o modelo de igualdade que, entendo, melhor distribui os recursos existentes na sociedade, sendo os programas de ação afirmativa, então, uma estratégia que se pode e deve⁽⁷²⁾ utilizar para que esta distribuição seja efetivamente igualitária.

Pretendo demonstrar, dessa feita, que não se devem pensar as ações afirmativas como um fim, nem como algo isolado, muito menos como programas que possam compensar, em alguns casos, centenas de anos de discriminação e opressão — o que, de resto, seria impossível —, mas sim como programas que estão a serviço de um objetivo mais amplo, que é o de buscar uma sociedade em que a igualdade esteja além da igualdade meramente formal.

Não que as ações afirmativas não sejam pensadas, em alguns casos, na perspectiva da justiça compensatória. Isso é acentuado, por exemplo, por Joaquim Barbosa Gomes, que afirma que a justiça compensatória justifica filosoficamente alguns programas de ação afirmativa nos EUA — às vezes, conjugada com a noção de justiça distributiva —, casos em que a adoção dos programas teria como fundamento promover reparações por injustiças cometidas no passado. Ocorre que, como também acentua o autor, no caso de reparação por um dano causado, é preciso que o dano seja mensurável, que os responsáveis sejam identificados — mesmo que seja um ente público — e que as vítimas também sejam⁽⁷³⁾, e isso, em se tratando de grandes grupos, em razão de raça/cor, etnia, gênero e deficiência, entre outros, não é, além de possível, do ponto de vista da mensuração/identificação⁽⁷⁴⁾, passível de

(72) Deve no sentido de que, em uma sociedade que discrimina por fatores de exclusão, esse é um caminho seguro para neutralizar a maior dificuldade de acesso a bens e oportunidades.

(73) *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61-66.

(74) Ao contrário, por exemplo, de programas como o estabelecido, por lei, no âmbito da União, para reparar ilicitudes praticadas durante os governos militares do período 1964/1985, em que as vítimas são identificáveis, o autor, genericamente, pelo menos, também (o Estado Brasileiro), e é possível mensurar o dano, para fins de fixação da indenização.