

## **O Sistema de Cotas e O Estado como Garantidor de Justiça Social: debate entre positivismo jurídico, liberalismo e comunitarismo.**

**Maria Carolina Carvalho Motta<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente trabalho objetivou travar um debate sobre o Estado enquanto garantidor de direitos. A discussão partiu da implementação de ação afirmativa para ingresso nas universidades públicas brasileiras: o conhecido sistema de cotas. A análise da ADPF 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS contrapôs os partidários deste sistema de cotas que entendem ser ele um instrumento de justiça social e aqueles que se sentiram prejudicados pelo surgimento do programa. Sedimentado a constitucionalidade da ação afirmativa para acesso às universidades públicas, novos desafios surgem como a inclusão do sistema de cotas para os concursos públicos. O debate teórico se inicia com o positivismo jurídico de Kelsen que prega um Estado livre da preocupação com a justiça, bastando a ele um ordenamento jurídico coerente e impositivo. Justiça está em segundo plano. Mas este ideal kelseniano de Estado serve como ponto de partida, mas não resolve situações de conflitos de direitos. Portanto, a investigação sobre a forma do Estado garantir direitos continua. O debate entre liberalismo de John Rawls e o comunitarismo de Walzer, nos Estados Unidos, serve de pano de fundo para essa discussão.

**Palavras-Chave:** Justiça Social; Positivismo; Liberalismo; Comunitarismo

### **The System of quotas and the State as guarantor of social justice: legal debate between positivism, liberalism and communitarianism**

**Abstract:** This study aimed to hold a debate on the State as guarantor of rights. The discussion started from the implementation of affirmative action for admission in brazilian public universities: the known system of quotas. The analysis of brazilian Supreme Court judgments (186 ADPF and RE 597.285/RS) put in opposition supporters of this quota system that understand it is a tool for social justice and those who felt aggrieved by the rise of this program. Settled the constitutionality of affirmative action for access to public universities, new challenges arise as the inclusion of the quota system for public office competitive examination. The theoretical debate begins with legal positivism of Kelsen who preaches a State not worried over justice, just a coherent and impositive legal system is enough for him. Justice is in the background. But this kelsenian ideal State serves as a starting point, but it does not solve conflicts of rights situations. Therefore, the investigation of how the State secure rights remains. The debate between John Rawls's liberalism and Walzer's communitarianism, in the United States, serves as the backdrop for this discussion.

**Key-Words:** Social Justice; Positivism; Liberalism, Communitarianism

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Sociais Comparadas pelo CEPPAC/UNB; Mestre em Direitos Coletivos pela UNAERP.

## **Introdução**

Justiça e bem comum são valores que a sociedade persegue desde os tempos remotos. Estado e ordenamento jurídico tentam de alguma forma alcançá-los. A vida social cada vez mais plural e a expansão do mercado são os desafios que se colocam neste caminho. As desigualdades econômicas têm se acirrado e a retomada dos direitos através da igualdade de oportunidades têm ocupado as agendas dos Estados, sendo elevadas a um nível internacional.

O debate sobre tolerância, igualdade, respeito mútuo, autonomia e liberdade de escolha tem permeado as discussões jurídicas mais atuais. As divergências de direitos questiona a prevalência entre direitos, sejam eles sociais ou individuais. O papel do Estado na criação e implementação de políticas sociais que tenham por meta a concretude de direitos constitucionalmente consagrados tem aumentado e é inevitável o seu papel na distribuição da justiça social.

Tendo em vista estas premissas, o presente trabalho objetivou travar um debate sobre o Estado enquanto garantidor de direitos. A discussão partiu da implementação de ação afirmativa para ingresso nas universidades públicas brasileiras: o conhecido sistema de cotas. A análise da ADPF 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS contrapôs os partidários deste sistema de cotas que entendem ser ele um instrumento de justiça social e aqueles que se sentiram prejudicados pela inserção do programa. A constitucionalidade da medida foi duramente questionada e o Supremo Tribunal Federal decidiu a seu favor sob o fundamento de que o Estado tem o dever de instituir políticas que protejam a dignidade da pessoa humana. O debate, no entanto, se estende nas complexidades da vida social, visto que uma vez sedimentado a constitucionalidade da ação afirmativa para acesso às universidades públicas, novos desafios surgem como a inclusão do sistema de cotas para os concursos públicos.

A partir disto, algumas discussões se impõem. O direito constitucional brasileiro, fortemente influenciado pelo positivismo jurídico, apresenta bases universalistas e abstratas que tencionam a luta por direitos. O destaque, neste sentido, está para Kelsen que ao discutir o direito positivo, através da narrativa platônica em “A Ilusão da justiça”, afirma que este não deve se ocupar das concepções de justiça que pertencem ao campo ético. Kelsen prega um Estado livre da preocupação com a justiça, basta a ele um ordenamento jurídico coerente e impositivo. Justiça está em segundo plano. Mas este ideal kelseniano de Estado serve como ponto de partida, mas não

resolve situações de conflitos de direitos. Portanto, a investigação sobre a forma do Estado garantir direitos deve continuar. O debate entre liberalismo e comunitarismo nos Estados Unidos serve de pano de fundo para essa discussão.

John Rawls em “Uma Teoria da Justiça” revoluciona a questão da justiça distributiva. Suas concepções de posição original, véu da ignorância e escolha hipotética de princípios de justiça travam um novo debate para o papel do Estado. As diferenças entre os indivíduos são consideradas em sua obra e a forma de redistribuir justiça social para minorá-las surgem como soluções plausíveis. No entanto, Rawls encontra críticos em seu caminho, apesar de afirmar ser a sua proposta apenas uma opção. Walzer trava com ele um debate de antônimos.

Fazendo o contraponto, Walzer, comunitarista, critica Rawls, mas o faz no sentido de sua teoria ser universal. Walzer funda o critério da igualdade complexa para viabilizar a distribuição do que chama de bens sociais. O livro “Esferas da Justiça” prega o combate ao predomínio de alguns bens sociais como solução para a justiça social.

O que todos estes teóricos querem é discutir se Estado, justiça e direito devem se correlacionar para o cumprimento dos fins sociais a que se destinam. Cada qual o faz à sua maneira. Tentar elucidá-los é a tarefa proposta neste trabalho.

## **1 . Cotas Raciais (ADPF 186 E RE 597.285)**

As ações afirmativas, presentes no ordenamento jurídico brasileiro como forma de equacionar as disparidades sociais ocasionadas por discriminações históricas em função de gênero, raça, religião e outros motivos, vem sendo desenvolvidas no Brasil, desde os anos 90, para efetivar o princípio constitucional da igualdade. Neste sentido, universidades públicas brasileiras instituíram o sistema de reserva de vagas para candidatos negros no ingresso ao ensino superior pelo exame vestibular, o que ficou conhecido no meio acadêmico como sistema de cotas raciais.

A implantação deste sistema gerou vasta polêmica jurídica, principalmente no que tange aos mecanismos implantados pelas universidades para certificação de veracidade das declarações dos candidatos. Fato este que foi amplamente explorado pela mídia brasileira, visto que gerou algumas disparidades como o caso dos irmãos gêmeos

idênticos Alan e Alex que, ao se candidatarem ao exame vestibular da UNB, foram classificados de forma diversa, sendo um considerado negro e o outro branco<sup>2</sup>.

Desta forma, a polêmica sobre este sistema foi direcionada ao Supremo Tribunal Federal para que esta corte auferisse a sua constitucionalidade, o que efetivamente ocorreu através da impetração da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 em 2009 e posteriormente através do Recurso Extraordinário 597.285 em 2010. Os dois instrumentos jurídicos, por discutirem a validade constitucional da reserva de vagas para candidatos de cor negra e, portanto, manterem a mesma causa de pedir, foram entregues ao mesmo relator Ministro Ricardo Lewandowski para análise.

A ADPF 186 que foi impetrada pelo Partido dos Democratas (DEM) levanta várias teses sobre a ilicitude e inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais da UNB. O ponto central da discussão é a inconsistência da implementação no Brasil de ações afirmativas baseadas no critério raça. Isto porque a composição étnica brasileira, fruto da vasta miscigenação entre negros, brancos e indígenas, torna difícil a classificação dos candidatos nesta ou naquela raça. Desta forma, a identificação fica a cargo apenas do fenótipo, da aparência física, gerando por si só uma disparidade nas escolhas. Além disto, a fragilidade dos critérios se evidencia quando se verifica que geneticamente não há como se falar em raças, sendo este um critério ultrapassado.

Entre as outras várias alegações do autor destaca-se o argumento de que no Brasil há desigualdade social e não desigualdade étnica; o fato de que reparar dívidas históricas não soluciona as desigualdades sociais; a questão da segregação racial que não faz parte da realidade brasileira e o ineficiente sistema adotado pela UNB para inclusão e exclusão de candidatos ao sistema de cotas.

Em sua defesa, a UNB alegou que o sistema de cotas raciais foi adotado porque se constatou que o meio acadêmico brasileiro é espaço de formação de profissionais de maioria branca, o que demonstra uma grave discriminação com a população negra. Destacou, para basear sua tese de necessidade de implantação de ações afirmativas na universidade, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de preconceito ratificada pelo Brasil que proíbe qualquer tipo de discriminação e prevendo a adoção de ações afirmativas neste sentido.

---

<sup>2</sup> Reportagem Revista Veja, edição 2011, publicação em 06 de junho de 2007.

No que se refere ao Recurso Extraordinário 597.285 analisado em sede de repercussão geral traz a discussão do sistema de cotas numa perspectiva invertida. Os fatos dos autos transparecem que o recorrente foi excluído da vaga conquistada pelo exame vestibular no momento em que a Universidade Federal do Rio Grande do Sul aplicou o percentual destinado a incluir a população negra nas vagas existentes.

Irresignado alega a inconstitucionalidade da medida com base no argumento de que as distorções criadas ao acesso ao ensino superior concentram-se no baixo nível do ensino básico público e nas desigualdades sociais que impõem este ensino público ao aluno de baixa renda. Diz ainda que a medida adotada pela UFRGS infringe o princípio da reserva legal e afronta a competência legislativa da União Federal no que tange à implementação de ações afirmativas desta natureza.

A questão só veio a ser definida em 2012 através do julgamento da ADPF 186. O relator Ministro Ricardo Lewandowski exarou seu voto decidindo pela improcedência da ADPF e, por consequência julgando constitucional o denominado sistema de cotas raciais para acesso ao ensino superior, tendo sido acompanhado por seus colegas. Seus argumentos perpassaram pela análise do princípio da igualdade e da justiça distributiva à luz da Constituição Federal brasileira e se estenderam à discussão sobre políticas de ação afirmativa, critérios para ingresso no ensino superior, adoção do critério étnico-racial e o mesmo como fator de exclusão, o papel integrador da universidade, os casos de ações afirmativas nos Estados Unidos da América, instrumentos de identificação, além de perpassar pela polêmica da transitoriedade das políticas de ação afirmativa.

A discussão inicial pôs em evidência o contraponto entre igualdade formal versus material esclarecendo que a Carta Magna teve por objetivo equacionar de forma substancial as disparidades sociais, autorizando a ação do Estado para além do discurso.

Nesta linha de ideias, o voto do relator estabelece a possibilidade de aplicação do conceito de “justiça distributiva” de John Rawls de acordo com os ditames do modelo constitucional brasileiro. Segundo esta análise, o texto constitucional autoriza a aplicação da técnica de distribuição de justiça para incluir grupos sociais ou marginalizados. Assim, de acordo com este entendimento, as ações afirmativas estariam autorizadas pelo ordenamento jurídico, visto que há vários precedentes neste sentido julgados pelo STF (p.11)

O critério do mérito como condição essencial para ingresso no ensino superior foi analisado de modo a ir de encontro com o princípio da igualdade material, visto que se adotou como fundamento o arcabouço principiológico do Estado brasileiro e não

apenas em consonância com os critérios objetivos de seleção. Isto porque, o mérito que se pretende esculpir de uma forma imparcial gera distorções, já que a sociedade brasileira é, em sua essência, marcada por desigualdade sociais que impõem a certos grupos marginalizações. Neste sentido, a Constituição brasileira ao ter por objetivo concretizar justiça social autorizou o equacionamento de distorções através da distribuição equitativa de recursos públicos, o que por si só autorizaria a mesclagem dos critérios seletivos para ingresso no ensino superior.

A polêmica da utilização do conceito biológico ou genético de raça como parâmetro para seleção de pessoas também foi analisado pelo relator. Apesar do reconhecimento de que não há que se falar de subdivisões da raça humana, a questão foi analisada sob o prisma do significado jurídico de raça.

Assim, “se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.” (p.20). Conclui-se, desta forma, que o Estado está autorizado a utilizar a discriminação positiva da raça para estimular a inclusão social.

Neste raciocínio lógico, o relator passou a tratar a questão a partir da discriminação camuflada que sucessivas gerações têm sofrido por pertencer a uma categoria de pessoas. Desse modo, classifica os programas de ação afirmativa como forma de compensação desta discriminação e como fator de implemento de lideranças na defesa dos direitos dos grupos marginalizados, bem como na sua integração e ascensão social. A inclusão social, vista deste paradigma, ocorreria pela reprodução de consciência positiva da imagem e aceitação dos grupos até então marginalizados e a universidade pública atua, neste sentido, como local privilegiado de estabelecimento e integração destes modelos.

Ultrapassada estas discussões, o relator evidencia a problemática dos instrumentos utilizados para a efetivação destas ações afirmativas: a autoidentificação e a heteroidentificação. Isto é, a declaração do candidato e a verificação de sua veracidade por terceiros. Do seu ponto de vista, se tais critérios “jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.”(p.39)

Numa última análise, contempla o princípio da proporcionalidade afirmando que houve correlação entre os meios empregados e os fins colimados pela proposta da UNB. Há razoabilidade e proporcionalidade, visto que a medida reserva apenas 20%

(vinte por cento) das vagas para a população negra e indígena pelo prazo de 10 (dez) anos.

Portanto, tal decisão encerrou a discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas de reserva de vagas para ingresso nas universidades públicas. As discussões travadas tinham por perspectivas a fixação do ponto de equilíbrio entre uma política inclusiva e a exclusão de uma parcela de candidatos que estariam inseridos no sistema meritocrático de acesso às universidades. O consagrado princípio da isonomia foi o ponto chave para sanar o debate e enfrentar o critério cor como fator de discriminação e exclusão de ingresso no ensino superior.

A fim de encerrar esta discussão, o governo federal sancionou a Lei 12711/2012 que impõe, de forma gradativa (em quatro anos) a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas de todos os cursos e turnos das universidades federais do país numa proporção de 25% (vinte e cinco por cento) para alunos oriundos do ensino médio público e 25% (vinte e cinco por cento) para negros, pardos e indígenas.

Esta aprovação gera outra discussão sobre a legalidade e constitucionalidade da medida, vez que o texto constitucional estabelece em seu art. 207 que as universidades gozam de autonomia administrativa. Recentemente, outro debate causa nova polêmica, a aprovação da Lei do estado de São Paulo no. 15939 de 23/12/2013 que garante a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos públicos para a população negra. Há também, neste sentido, um projeto de lei federal sendo debatido no Congresso Nacional. O debate sobre a questão, portanto, não se encontra encerrado e as perspectivas de novas celeumas provavelmente estarão presentes na Corte constitucional do país.

## **2. A Ilusão Da Justiça De Hans Kelsen**

Hans Kelsen escreve a obra “A Ilusão da Justiça” a fim de debater as concepções de justiça utilizadas por Platão nas obras que escreve durante sua vida. O método utilizado por Kelsen em sua narrativa foi o de trabalhar os conceitos platônicos diretamente de suas obras sem realizar suas intervenções pessoais. Ao realizar a leitura pode-se ter a impressão que Kelsen, em alguns momentos, apenas reproduz os diálogos platônicos, mas é facilmente perceptível que na realidade ele realiza posicionamentos pessoais ao final das exposições. O objetivo da “Ilusão da Justiça” é tentar elucidar o que Platão, segundo Kelsen, teria concebido acerca da justiça.

De início, a obra já expõe o dualismo de Platão. O ponto de partida desta discussão é a concepção de dois mundos distintos e antagônicos: o mundo das ideias, da realidade absoluta e verdadeira de um lado e o da percepção sensorial, ilusório de outro. Desta contradição entre o ser e o não ser, entre o intelecto e os sentidos, surge novos antagonismos platônicos como a mortalidade e a imortalidade, o humano e o divino, o conhecimento verdadeiro (episteme) e a mera opinião (dóxia), o limitado (péras) e o ilimitado (ápeiron). Mas é na contraposição entre o bem e o mal que a narrativa platônica mais se aprofunda. É a partir disto que todas as outras contradições se expõem.

Platão se esforça para encontrar as justificativas do bem absoluto. No entanto, percebe-se que o percurso lógico que empreende para tanto necessariamente se acopla ao que se determina como mal. Isto porque o bem absoluto é inconcebível separado do mal que se traduz como a completa negação do bem. Dessa forma, o mal permanece subordinado, tolerado como sombra na luz do bem.

Há, portanto, uma ligação direta entre a concepção de bem e o mundo das ideias que é classificado por Platão como o da existência real. Para ele o pensamento que se volta para o verdadeiro ser, para o verdadeiro saber deve ser colocado acima da percepção sensorial que se traduz na aparência de ser. Trata-se do que ele classifica como o mundo das coisas, do devir, do não-ser, da realidade sensorial, perceptível. (KELSEN, 2008, p.53)

Para justificar, no entanto, que o verdadeiro conhecimento pode ser atingível por alguns mortais e não somente pela salvação da alma, Platão, num determinado momento, abandona sua concepção de oposição absoluta e adota a oposição relativa entre o bem e o mal. Portanto, a realidade empírica é percebida como uma mistura de bem e de mal. Aquilo que o homem apreende no mundo sensorial também é conhecimento e apreensível pelo mundo do ser. Deixa, entretanto, para a alma a última instância do verdadeiro conhecimento. (KELSEN, 2008, p.57)

Platão propõe, então, estágios de conhecimento e ao descrevê-los contrapõe o corpo à alma. A alma como contemplação da essência do ser representa o bem e o corpo como empecilho à chegada do verdadeiro conhecimento como o mal. O corpo aprisiona a alma e através da sua vivência a corrompe. Mas Platão também admite dentro de uma cronologia de seus diálogos que há almas que atingem o além em estado puro não levando consigo nenhuma lembrança de sua convivência com o corpo e há almas que chegam em estado impuro e são classificadas como mais ou menos má e mais ou menos boa. Isto justificará a sua aderência à doutrina da retribuição da religião órfica que



concebe ideais de recompensa e punição na construção de sua teoria do Estado. (KELSEN, 2008, p.61)

Justificado o dualismo, Kelsen na primeira parte de seu livro dedica-se a debater o amor platônico e o faz tendo em vista a concepção de que a filosofia platônica origina-se de uma experiência moral pessoal. A paixão pedagógica e política de Platão nasce de seu Eros que o coloca em oposição à sociedade e ao mundo em geral. É deste conflito com a realidade social que tece “a problemática específica da justiça platônica” (KELSEN, 2008, p.64)

Haverá, no entanto, uma reviravolta otimista neste Eros, facilmente perceptível no diálogo Banquete. Desse modo, o corpo deixa de ser o cárcere da alma e passa a ser pré-condição para a filosofia, sendo esta encarada como o estágio máximo para o conhecimento terreno. O filósofo é aquele que se encontra mais preparado para conduzir a sociedade e, por esse motivo, é impelido a reproduzir seus conhecimentos na tentativa de aperfeiçoar os homens. Nasce para Platão a perspectiva pedagógica como justificativa de dominação do poder político. Neste ponto, ele se revela mais um político do que um teórico.

O real desejo de Platão é a política e a dominação do Estado. Para tanto, ele funda a Academia com o claro propósito de preparar para a vocação estadista. Para ele, a teoria não é um fim em si mesmo, mas um meio para determinar a vontade do homem, formar seu caráter, educá-lo e governá-lo.

Há uma vontade política ética fundada na metafísica. Sob a influência do místico Platão afirma ser a virtude, enquanto saber, algo ensinável e, portanto, transmitível. Ele utilizará a mediação divina como justificativa do processo ideal de educar o político e fundar um Estado totalitário de bondade. O político é o profeta do Estado ideal e, portanto pregador da justiça. Por este parâmetro, o governo é ciência. O meio para se chegar ao fim almejado. O homem precisa de conhecimento para agir acertadamente, de forma justa. Mas admite ele que o único conhecimento real é o do bem, o da divindade.

É neste momento que Kelsen abandona a discussão do Eros platônico para debater a verdade em Platão, inaugurando o segundo livro da obra. O primeiro debate que aqui se instaura é acerca da ciência. Para o bem se afirmar como realmente ele é, deve-se admitir que a ética é precedente à ciência natural e, portanto, esta deve estar em segundo plano para o homem. Assim: “(...) a ciência de Platão é raciocínio ético-político, religião. Sua filosofia está, portanto, em oposição consciente a uma explicação

orientada pela ciência natural e pela causalidade: compõe uma interpretação manifestamente normativa do mundo.” (KELSEN, 2008, p.188)

A ciência platônica se diferencia da ciência moderna. Ela não é pragmática no sentido de prova da verdade, ao contrário a ciência para ele é apenas política e não um fim em si mesmo. O filósofo deve utilizar a ciência apenas para o bem social e este só é atingível através do conhecimento do bem, da divindade. Portanto, somente o filósofo, que atingirá o conhecimento através do bem, estará apto para assumir o poder, governar, tornar aplicável o conhecimento científico. É neste sentido que caminha a verdade platônica. Se o objetivo de Platão é conquistar e educar as almas jovens para a vida política, os fins justificam os meios. (KELSEN, 2008, p.197-198)

Seguindo seu dualismo, Platão passa a contrapor verdade e mentira. No seu ideal político, o interesse do Estado coincide com a justiça. Dessa forma, duas espécies de conhecimento surgem da obra platônica o divino-perfeito e o humano-imperfeito. Esta imperfeição humana revela-se como verdade político-pedagógica que deve estar acima da verdade racional. A justificativa para a dominação encontra neste argumento sua guarida, visto que a verdade será encarada através da conveniência e utilidade daqueles fins.

No terceiro livro da “Ilusão da Justiça”, Kelsen se dedica a debater o tema justiça e, o faz através de cinco temas: a justiça como retribuição; a concretização da justiça; o conhecimento da justiça; a essência da justiça e a relação da justiça com o direito. Neste ponto, vários debates já travados no amor e na verdade platônica ressurgirão.

A discussão da justiça por Platão se inicia, segundo Kelsen quando há uma aproximação daquele com a escola pitagórica adepta dos mistérios órficos. A partir da premissa de que, após à morte, a alma do homem será punida pelo mal que possa ter causado ou recompensada pelo bem que realizou, o filósofo estabelece uma doutrina de justiça cuja essência é a retribuição.

Acredita-se num mundo futuro das almas em que o bem finalmente triunfará sobre o mal. Assim se a retribuição não é concretizada neste mundo, ela será adiada para outro mundo ou para uma segunda vida nesse mundo. Dessa forma, é melhor sofrer injustiça do que cometê-la.

Será nos diálogos interpostos no Górgias que a justiça como retribuição no outro mundo e a crença na alma se intensificam. “A verdade da crença órfica exposta no *Górgias*, segundo a qual a justiça seria paga e, aliás, essencialmente paga no Além,

dominará daí em diante, e até a sua morte toda a obra de Platão”. (KELSEN, 2008, p.310)

A fórmula da retribuição faz nascer resquícius de uma teoria penal platônica. É melhor ser punido pelo Estado do que aguardar a punição da alma. É dado ao Estado, então, o poder de curar através da punição. A pena imposta pelo Estado assume um caráter de intimidação, visto que se espera que tanto o malfeitor quanto a sociedade não repitam a ação delituosa. Está posta a função concreta do direito positivo: a sanção como consequência da culpa nas ações humanas. Trata-se de verificar que o estado impõe o aparelho coercitivo da retribuição. Mas isto não é desvendar a justiça. (KELSEN, 2008, p. 309)

Na obra A República a descrição da natureza da justiça se confunde com a descrição do bem. Para Platão a justiça deve cuidar de assuntos terrenos e para resolvê-los necessário se faz referir-se à doutrina das almas. A alma estaria dividida em três assim como é a estrutura do Estado. O Estado é “uma alma em macrocosmo”. A alma está dividida em racional, espiritual e naquela parte em que os desejos se exteriorizam. O Estado em filósofos (classe que vigia), guerreiros (classe que protege) e trabalhadores (classe que trabalha). Assim como a razão deve governar o desejo, o governo dos filósofos deve prevalecer no Estado, pois são estes que conhecem e querem o bem.

A alma é tudo aquilo que reúne a capacidade do justo e a ação justa resulta no Estado verdadeiro. Será a atividade dirigida pela razão aquela classificada como justa. É a razão que cuida do bem-estar da alma e, portanto, será ela que cuidará do bem-estar social. O filósofo deve governar porque conhece o bem e através dele pode realizar a justiça, os outros para seu próprio bem devem se contentar em adorar e obedecer. A justiça se realiza como sistema normativo tanto no além como no Estado.

Quando Kelsen inicia a discussão do conhecimento da justiça, ele introduz uma ponte entre a doutrina da alma à das ideias. Segundo as concepções de Platão, a alma ao alcançar a existência terrena traz consigo a reminiscência do que foi visto no outro mundo. Esta teoria do conhecimento afirma que estas reminiscências são ideias de justiça. Portanto, além da teoria das almas na retribuição, na paga após a vivência terrena, há uma discussão também acerca da sua pré-existência como conhecedora da justiça. (KELSEN, 2008, p.409)

Nesta linha, Platão dá continuidade à doutrina das ideias na República dando-lhe um sentido normativo. A ideia é o modelo do Estado e de sua constituição. Neste ponto, Platão evoca a alegoria da caverna para explicar que o direito positivo é “uma

sombra da justiça supraterrena e absoluta” (KELSEN, 2008, p.424). A doutrina das ideias revela-se uma discussão acerca da justiça. Será neste âmbito que este filósofo classificará o direito positivo como o mundo do ser e a justiça como o mundo do dever-ser.

Como para Platão a justiça corresponde ao bem, cabe ao Estado garantir a prevalência do bem sobre o mal na vivência terrena. A ordem estatal é gerada pela Constituição, portanto esta se apresenta como um instrumento para se chegar à justiça, mas nunca a própria justiça. Como já foi dito, os únicos capazes de gerir o Estado são os filósofos porque só estes conhecem o bem que lhes foi revelado pela pré-existência da alma que conheceu a justiça. Desse modo, o ideal de Estado platônico é aquele que corresponde a uma ideologia teocrática e o seu governo ideal é o da razão. Portanto, para ele não há que se falar em democracia e sim em autocracia.

O sábio deve governar sob o domínio da razão e esta não pode estar nas leis. O direito positivado pode até ser necessário, mas não essencial. A justiça não será descortinada pelas leis, pois esta tem caráter divino. Aplicar o melhor para todos só pode ser tarefa daquele que conheceu a justiça e não das leis que não abarcam todas as situações. Os indivíduos devem acreditar nas ações destes governantes porque seu governo é bom e justo e, portanto, devem sentir-se felizes pela obediência às suas ordens. (KELSEN, 2008, p.499)

No entanto, Platão adverte que enquanto a justiça absoluta, divina não for revelada, só resta confiar o poder ao Estado das leis que, ao menos, é aparência de justiça, de verdade. Em outras palavras, as leis apresentam uma relatividade de justiça. Mas há uma reviravolta na obra Críton em que o filósofo realiza uma apologia ao direito positivo, visto que afirma que o Estado como personificação da ordem jurídica positiva não pode ser questionado pelos indivíduos. Assim, de posse desta concepção o Estado transforma-se em Pátria imbuída de um caráter divino. Obedece-se ao Estado e as suas leis porque acredita-se obedecer à divindade.

Kelsen parece ter encontrado, na voz de Platão, a justificativa para o cumprimento da lei e a consagração do direito positivo sem ter que se ocupar das questões de justiça.

### **3. Uma Teoria Da Justiça De John Rawls**

John Rawls escreve “Uma Teoria da Justiça” a fim de desenvolver uma teoria política da equidade que pudesse rebater as premissas utilitaristas. Para tanto trabalhará a partir dos conceitos estabelecidos no Contrato Social alargando sua eficiência através das concepções de contrato hipotético, princípios de justiça, véu da ignorância e posição original. A teoria de Rawls é uma proposta de relativização do liberalismo absoluto tal como concebido na sociedade norte-americana e parte do pressuposto de que a sociedade como um todo é pautada no critério de cooperação e que, por esta razão, sua estrutura básica deve obedecer aos princípios de justiça.

A primeira parte do livro foi estruturada em três capítulos. Sua narrativa inicia com a delimitação do papel e do objeto da justiça sob a concepção do autor. A necessidade de eleição de um conjunto de princípios é patente para alcançar um pacto social e estabelecer os limites da atuação da justiça. (RAWLS, 2008, p.5)

Dessa forma, não há como se falar em uma teoria da justiça sem pressupor uma democracia constitucional em que haja aplicação de razoabilidade e ponderação de juízos e o respeito à legislação e à política social justa, à constitucionalidade e aos fundamentos e limites do dever e da obrigação política dos indivíduos. Constituição justa é aquela que resulta de um processo justo e conduz a um resultado justo, no entanto, para Rawls, isto só é possível se houver respeito aos princípios de justiça social. (RAWLS, 2008, p.9)

O segundo capítulo da obra tem por objetivo apresentar ao leitor quais os princípios de justiça devem ser eleitos para o desenvolvimento da Teoria da Justiça. O contrato social visto por Rawls como um acordo hipotético em que as partes estariam em situação de igualdade e, que assim estariam aptas a escolher princípios que passariam a nortear a convivência social dos indivíduos. O autor indica dois caminhos como ideais para esta situação. O primeiro se refere à igualdade de liberdade, incluídas aí, as liberdades fundamentais bem como as de consciência e pensamento. O segundo à igualdade de oportunidades.

É interessante notar que ao se preocupar com as desigualdades econômicas e sociais inevitáveis de uma sociedade liberal, Rawls estabelece em sua proposta que a imoralidade destas desigualdades são afastadas se as mesmas beneficiarem os membros menos favorecidos de uma sociedade. Em outras palavras, as desigualdades sociais são admitidas se objetivarem impulsionar os recursos sociais escassos a fim de favorecer a parte menos abastada da sociedade.

Álvaro de Vita na apresentação da obra na edição brasileira expressa que os dois princípios apresentados por Rawls, na realidade, se convertem em três componentes, a saber: o princípio de liberdades e direitos fundamentais, direitos e liberdades da estrutura democrática da autoridade política e da sua garantia através da lei e do devido processo legal, além do princípio de igualdade equitativa de oportunidades. (in RAWLS, 2008, p. XXIV)

O conceito de diferença é introduzido na narrativa do autor para esclarecer a moralidade do sistema de distribuição de renda e de oportunidades que tem por prerrogativa afastar fatores arbitrários. Desse modo, uma situação de riqueza pode ser bem interpretada, desde que numa visão sistêmica esta condição possa favorecer, por exemplo, através de um sistema de impostos a retribuição dos serviços de saúde e educação para aqueles menos favorecidos socialmente.

Assim, diante deste quadro, para selar as propostas da Teoria da Justiça, o terceiro capítulo nos apresenta a condição necessária para a efetivação destes propósitos, qual seja, a posição original. Os indivíduos na sua posição original estariam aptos a optarem pelos princípios de justiça já elencados e, a partir deles, estabelecerem uma convenção que convertida em constituição estaria apta a estabelecer a estrutura e as funções referentes ao poder político e à preservação dos direitos fundamentais.

O artifício do “véu da ignorância” surge aqui como sucedâneo da condição original que o indivíduo deve se encontrar para estabelecer a justiça do contrato social. Trata-se de utilização do juízo de ponderação dos princípios de justiça sem conhecimento da condição política e econômica que ocupam na sociedade. Os indivíduos, em prol dos princípios de justiça, aceitam todas as consequências que possam advir de suas escolhas para atingirem uma solução desejada socialmente. Embora sejam indivíduos racionais são afastadas dos propósitos arbitrários individualistas. (RAWLS, 2008, p. 172)

A segunda parte da obra se dedica a explicar sobre o ideal de liberdade, a distribuição de justiça e a descrever sobre dever e obrigação. Tais discussões obedecem à metodologia de Rawls, no sentido de que necessário se faz explorar o conteúdo dos princípios de justiça demonstrando a viabilidade de sua aplicação.

Num primeiro momento, o autor debate os possíveis problemas que podem surgir da aplicação da igual liberdade para todos. Dessa forma, as liberdades devem ser encaradas como uma estrutura institucional que pressupõe sujeitos livres que podem vir a sofrer restrições ou limitações constitucionais ou legais a fim de estabelecerem um

sistema de regras públicas que definem direitos e deveres. Trata-se da necessidade de impor limites tanto ao sujeito no seu agir quanto ao Estado na obstrução das ações dos sujeitos.

A questão que se coloca é como determinar estas restrições: quais liberdades podem ser limitadas e quais não podem. Isto, segundo o autor, é determinado tendo por parâmetro o valor que se dá às liberdades e a ponderação que devem realizar os cidadãos ao estabelecerem o Contrato. (RAWLS, 2008, p.249)

A partir desta concepção, o autor passa a descrever a opção pela liberdade de consciência dos sujeitos na sua posição original. Afirma que os indivíduos nesta condição hipotética devem escolher princípios que assegurem a integridade das liberdades religiosas e morais, sem que haja um juízo prévio sobre esta ou aquela opção religiosa ou moral. Nesta escolha o utilitarismo deve ser repellido, visto que a obtenção de maiores benefícios sociais não deve justificar a restrição à liberdade de consciência de quem quer que seja.

A limitação a esta ou aquela liberdade de consciência se mede pela necessidade do Estado garantir ordem e segurança, visto que tais valores são indispensáveis à liberdade comum. Dessa forma, o regime constituinte deve garantir a liberdade moral, a de pensamento, a de convicção e a de prática religiosa, além de verificar que os interesses públicos não estão acima dos morais e religiosos. No entanto, deve-se admitir que tais liberdades sofrem limitação no dever do Estado de garantir ordem e segurança social. Seguindo este raciocínio, a restrição da liberdade é justificada apenas quando necessária à manutenção da própria liberdade.

Neste ponto, o autor se dedica a contrapor a liberdade do intolerante, como, por exemplo, a existência de uma determinada seita religiosa intolerante dentro de um contexto social. Assim, parte-se do pressuposto que a intolerância de uns não pode atingir a liberdade de outros, portanto a liberdade do intolerante deve ser limitada em nome da igual liberdade para todos, princípio estabelecido na Constituição justa. (RAWLS, 2008, p.271)

A análise do autor continua no sentido de estabelecer parâmetros para o princípio da participação política que deve determinar o direito dos sujeitos de tomarem decisões na vida política seja através do voto, seja através do acesso aos cargos públicos. A questão que se põe é a possibilidade de limitação a este princípio que acabará por determinar desigualdades na liberdade política. No entanto, tais desigualdades só vão encontrar legitimidade caso haja compensação na proteção das

outras liberdades. Aqueles menos favorecidos na participação política só devem aceitar tal fato se forem compensados na proteção a outras liberdades. (RAWLS, 2008, p.286)

Da mesma forma, o autor passa a analisar os direitos individuais tendo em vista o princípio do império da lei que tem uma conexão estreita com a questão das liberdades. Sob esta ótica, situações semelhantes devem ser tratadas pelo ordenamento jurídico de forma semelhante. Para a garantia deste preceito a integridade do processo judicial deve ser mantida através da imposição de juízes independentes e imparciais, da vedação de julgamentos em causa própria bem como da garantia de julgamentos equitativos e públicos que não devem estar à mercê da pressão da opinião pública.

Neste sentido, a aplicação de sanção aos cidadãos que descumprem as leis é ato que garante e prestigia a liberdade. Os direitos de cidadania são respeitados através de restrição a sujeitos que não se adequam ao império da lei, a sanção, neste caso, se torna legítima. Aqui, Rawls se ampara na filosofia de Kant (justiça como equidade) e admite a partir dela que liberdade é agir de acordo com a lei que se fixa socialmente e esta se consolida através da ética do respeito mútuo e da autoestima. (Rawls, 2008, p.313)

Iniciando outra discussão, qual seja, a das parcelas distributivas da justiça, o autor realiza uma abordagem econômica do tema. A função de distribuição das liberdades se realiza pela canalização dos recursos auferidos pelos tributos de modo a fornecer bens públicos e efetuar transferências necessárias à satisfação do princípio da diferença.

Rawls trabalha com a ideia de princípio de poupança entre gerações. Segundo esta concepção, a justiça não exige que as gerações anteriores poupem apenas para que as seguintes sejam mais ricas. Ela é exigida como condição para a realização plena de instituições justas e das iguais liberdades para todos. Neste sentido, o princípio de poupança funcionaria como um limite à acumulação por uma geração em detrimento da outra.

Assim, as desigualdades econômicas e sociais são equacionadas através da distribuição de maiores benefícios para os menos abastados, bem como pela equidade nas oportunidades. A desigualdade, portanto, é permitida desde que compatível com a liberdade e a igualdade de oportunidades. (Rawls, 2008, p.377)

Há também a análise por parte do autor do princípio da perfeição que levaria a sociedade a organizar suas instituições de forma a maximizar a perfeição das realizações humanas. Trata-se de adotar um padrão de perfeição para aplicação dos princípios de justiça, no entanto o autor admite a impossibilidade desta imposição na posição original.



Desse modo, o que interessa é a imposição da igualdade de liberdades que proporcionariam dimensionar a qualidade idêntica das atividades e realizações daqueles que recebem tratamento igualitário dos princípios de justiça.

Na sequência, Rawls discorre sobre o estabelecimento de deveres e obrigações aos cidadãos que se dá na posição original e se traduz pelo dever de respeito e auxílios mútuos. Através desta concepção surge o dever natural dos cidadãos de apoiar instituições justas, o que em algum momento pode representar a obrigação de respeitar as leis e políticas injustas, desde que isto não exceda certo limite de injustiça.

Termina este tópico abordando a questão da desobediência civil. Demonstra que a desobediência civil é o último recurso para a estabilidade de uma constituição justa, visto que se trata de uma resposta à violação das liberdades fundamentais. Em última análise, a desobediência civil transpõe um comportamento ilegal, mas moral, no sentido de que impele o sujeito a lutar pelas garantias de suas liberdades. (Rawls, 2008, p.476)

O sentimento de justiça da sociedade deve coincidir com o que impõe o ordenamento jurídico, pois do contrário a governabilidade correrá sérios riscos de legitimidade. A falta de crença social nos propósitos deste ou daquele governo leva ao descrédito das instituições.

Prosseguindo para a parte final de sua obra, Rawls se preocupa em dar estabilidade à sua Teoria da Justiça através da instituição da racionalidade do bem e dos valores da sociedade. Neste momento, o autor está preocupado na confirmação da justiça como equidade.

Para tanto estabelece a teoria fraca do bem como sendo aquela em que cada um pudesse perseguir seus planos de vida nas mesmas condições em que todos perseguem. No entanto, a racionalidade do bem impõe que o indivíduo deve dar prioridade às exigências da justiça em detrimento dos interesses pessoais. Para o autor nem todos têm a mesma compreensão do bem, portanto o que deve prevalecer são as concepções de justiça. (Rawls, 2008, p.637/638)

Trata-se de concluir pela congruência entre o bem e o Direito, visto que o ordenamento jurídico visto sob a concepção de justiça alcança o bem da comunidade. A posição original é o elemento viabilizador desta congruência. A humanidade dotada de sua natureza moral admite as escolhas segundo princípios de justiça na posição original.

#### **4. Esferas Da Justiça De Michael Walzer**

Michael Walzer escreve o livro “Esferas da Justiça” no ano acadêmico de 1970-71. Este debate tem como ponto de partida as críticas constituídas à obra de Rawls: Uma Teoria da Justiça, vez que do ponto de vista do autor Rawls utiliza apenas um critério de justiça para regular diversas classes da sociedade.

Walzer, defensor do comunitarismo, não admite críticas às estruturas sociais a partir de um ponto de vista universal, já que segundo ele o conceito justiça depende do meio social em que se está inserido, meio este que é determinado pelas concepções culturais de cada sociedade. Tendo em vista este parâmetro, o autor pretende com seu texto desconstituir o que chama de “igualdade simples”, além de objetivar descrever um igualitarismo compatível com a liberdade. (WALZER, 2003, p. XVII)

O método utilizado pelo autor fica evidente na página XVIII do prefácio quando afirma que sua argumentação será trabalhada “por intermédio de exemplos contemporâneos e históricos, relatos de distribuições na nossa própria sociedade e à guisa de comparação, numa série de outras sociedades.” Dessa forma, o autor dedica-se a relatar um vasto rol de bens sociais com diversos agentes distribuidores e com diferentes critérios de distribuição como sucedâneos de uma complexidade social e de uma pluralidade humana. O título da obra “Esferas da Justiça” retrata bem a intenção do autor que repartiu os bens sociais relevantes à humanidade e estabeleceu características próprias de distribuição destes bens denominando-os de esferas.

Assim, a primeira parte do livro tem por parâmetro esta pluralidade defendida pelo autor que nega um princípio universal de distribuição de justiça aplicável a todas as comunidades. Há uma negação do autor ao pressuposto filosófico da igualdade simples. Para ele a diferenciação é o ponto chave de toda a distribuição de justiça de uma comunidade que é determinada pela complexidade humana através da sua vivência histórica e cultural.

Para aplicar este pressuposto, Walzer desenvolve uma teoria dos bens afirmando que os homens vivem em comunidades distributivas e almejam justiça social que não está associada apenas à produção e consumo, mas também à distribuição dos bens sociais. No desenvolvimento desta teoria dos bens, o autor estabelece uma série de seis proposições. A primeira delas se traduz na existência de um vasto rol de bens sociais que são determinados pelos seus significados para cada sociedade. A segunda contempla a existência de diferentes agentes distribuidores e a terceira indica um conjunto amplo de necessidades. A quarta proposição trata da movimentação desses

bens dentro da sociedade sendo determinada pelo seu significado, seu valor. A quinta estabelece os diferentes critérios de distribuição que podem variar segundo o tempo e, finalmente a sexta indica autonomia de cada esfera na distribuição dos bens sociais.

Nesta última proposição, no entanto, o autor admite que em alguns momentos a autonomia se torna relativa, visto que os critérios distributivos de uma esfera influenciam a distribuição de outra esfera, o que viola a independência entre os mecanismos de distribuição de bens sociais. Esta “invasão indevida” é o que pode gerar desigualdade. (WALZER, 2003, p.10/11)

Segundo as concepções do autor, na organização das sociedades haverá sempre um bem social dominante dentro do sistema distributivo que influencia a distribuição de outros bens. Este bem, normalmente, é monopolizado por aqueles que o possuem e convertem- no em prestígio, oportunidades, reputação e poder. Desse modo, sempre haverá conflito, pois outros grupos desafiam e querem formas alternativas de conversão.

Combater pura e simplesmente o monopólio deste bem através da sua redistribuição igualitária entre os cidadãos (igualdade simples) não traz, na opinião do autor, estabilidade alguma para a sociedade. Isto porque a fragilidade do regime fica evidente quando novos fatores de mercado surgem acarretando novas diferenças. Walzer ressalta que esses fatores poderiam ser controláveis se o Estado se tornasse centralizador e interferisse sempre que um fator surgisse para modificar a distribuição igualitária dos bens sociais. No entanto, conclui que o monopólio neste caso apenas seria transferido de um determinado grupo para as mãos do Estado.

Em sua opinião, os mecanismos de igualdade simples não satisfazem a redistribuição dos bens sociais, portanto propõe a aplicação de mecanismos de igualdade complexa em que ao contrário de combater o monopólio do bem, combateriam o predomínio do bem social. Só assim haveria garantia de que os critérios de distribuição de um bem social não interfira na distribuição de outro bem, pois não haveria conversão de poder ou prestígio que pudesse influenciar outros campos de atuação. Se assim não fosse a classe detentora do monopólio oprimiria a classe desfavorecida.

Dessa forma, o autor propõe que se combata o predomínio do bem social de modo que os critérios de distribuição de uma esfera não influencie os de outra. Haverá, portanto, uma diversidade de processos distributivos. Cada esfera com seus próprios critérios. (WALZER, 2003, p.21)

No que se refere a estes critérios, o autor afirma que o livre intercâmbio, o mérito e a necessidade vêm sendo comumente utilizados com frequência como mecanismos da justiça distributiva, no entanto não podem ser considerados como critérios absolutos, visto que não atingem todas as escalas de distribuições. Estes critérios distributivos servem apenas a alguns bens sociais, mas não satisfazem todas as esferas. Daí a razão pela qual as esferas distributivas devem ser analisadas isoladamente.

Seguindo sua metodologia, o autor passa a analisar cada bem social de maneira isolada a fim de delinear os processos distributivos de cada esfera. O primeiro tópico abordado pelo autor se refere à afiliação dos indivíduos a um determinado país ou nação que trará com sua soberania regras próprias de justiça distributiva. Walzer desenvolve aqui o ponto de partida do convívio social: a ideia de pertencimento e identidade do indivíduo a um determinado grupo social. O autor encerra a discussão sobre afiliação dizendo que o ponto de partida da justiça distributiva é a afiliação, sem a qual nenhum dos outros bens estarão acessíveis aos indivíduos. (WALZER, 2003, p.83)

Dessa forma, o primeiro bem social que deve ser assegurado aos indivíduos de uma determinada comunidade política como consequência da afiliação é a segurança e o bem-estar social. O critério distributivo deste bem social é a necessidade posta por cada comunidade política. O autor, no entanto, adverte que “Além de enganosas, as necessidades são também dilatáveis” (2003,p. 89). Tal questão assim se apresenta por que necessidades são difíceis de definir, assim como também o são a hierarquia de prioridades ou mesmo os graus de necessidade de um determinado grupo. O que pode ser prioridade para indivíduos mais abastados pode não o ser para os menos abastados.

É neste ponto que Walzer se dedica a debater sobre a provisão comunitária dando como exemplos acontecimentos da Atenas do século V e IV e de uma comunidade medieval judaica. Segundo suas concepções o Estado deve cumprir sua finalidade de garantir segurança e bem-estar social para todos os seus afiliados e isto só é possível com a distribuição de recursos públicos. As parcelas a serem distribuídas devem obedecer à lógica social e moral da necessidade de cada comunidade política. (WALZER, 2003, p.100/101)

O problema está em estabelecer o que determina esta ou aquela necessidade comunitária. O autor enfatiza que a resposta a esta questão só pode ser encontrada se a comunidade política se propor a discutir constantemente o contrato social. Portanto, surge aqui uma das grandes críticas de Walzer a Rawls, visto que segundo este último

autor os indivíduos na posição original e munidos do véu da ignorância realizariam escolhas de quaisquer bens necessários. Para Walzer, os indivíduos não podem despir de suas concepções históricas e culturais que estão em constante transformações para estabelecer necessidades. Ao contrário, os indivíduos devem se dispor a debater quais são as prioridades daquele momento específico, qual a amplitude da provisão da própria comunidade.

Walzer critica duramente o Estado norte-americano de bem estar-social trazendo vários motivos para tanto. De acordo com ele os Estados Unidos são o exemplo claro de que o mercado é o grande adversário da segurança e do bem estar social. Cita para tanto o modelo da assistência médica adotado neste país que exemplifica bem como prioridades são deixadas de lado para atender à lógica do mercado. As desigualdades geradas pelo mercado não podem ser sanadas por programas por programas de caridade, visto que tais situações geram dependência. O Estado deve investir em programas que tenham por finalidade estabelecer a independência e a autonomia dos grupos menos abastados.

Após a constatação de que o mercado é um elemento perigoso para auferir a necessidade sobre este ou aquele bem social, o autor passa a analisar a esfera do dinheiro e das mercadorias. O primeiro tópico do capítulo 4 de sua obra denomina-se “O alcoviteiro universal” dando ao dinheiro o lugar de intermediário entre os indivíduos e os bens sociais, visto que nada mais é do que a representação do valor de alguns bens sociais.

No entanto, há que se verificar que a mensuração monetária não pode ser a mesma para todos os bens, porque isto depende dos valores que cada sociedade dá aos bens sociais. Ocorre que existem alguns bens que não podem ser mercantilizados: o intercâmbio destes bens é invasão de esferas distributivas e causa tirania. Para estes bens o critério distributivo será o merecimento e a necessidade, mas nunca o dinheiro.

Assim, Walzer se apoiando na doutrina de Arthur Okun que escreve “Equality and Efficiency” lista alguns bens sociais que o dinheiro não teria força para adquirir. São eles: os seres humanos; poder e influência política; justiça criminal; liberdades de expressão, crença, religião e associação; casamento e procriação; o afastamento da comunidade política de origem; a dispensa de trabalhos comunitários (serviço militar, do júri); cargos políticos; serviços básicos de bem-estar social (proteção policial e a educação) ; os prêmios e os títulos honoríficos públicos ou privados; graça divina; amor e amizade e as vendas criminosas como drogas e assassinatos. A estes bens deve

prevalecer os critérios distributivos do merecimento e da necessidade conforme cada caso.

Portanto, só podemos comprar e vender universalmente se não levarmos em conta os valores reais; ao passo que, se dermos atenção aos valores, há coisas que não se pode vender nem comprar. Particularidades: a universalidade abstrata do dinheiro é bloqueada e circunscrita pela criação de valores aos quais não se possa dar preço com facilidade ou aos quais não queremos atribuir preços. Embora esses valores estejam sempre em discussão, podemos investigar quais são. É uma questão empírica. (WALZER, 2003, p.130)

Nesta linha de ideias, resta delimitar, então, qual a esfera correta do dinheiro. Para tanto, o autor se dedica a traçar a esteira do consumismo perpassando por questões de identidade social através do poder da compra, da busca da felicidade capitalista e conclui: “Eis uma versão triste da procura da felicidade: a provisão comunitária perseguindo incessantemente a demanda dos consumidores” (WALZER, 2003, p.143)

A função do dinheiro deve estar delimitada como o meio adequado para fazer com que o homem possa adquirir os bens que precisa ou deseja. Se a estes bens forem atribuídos apenas valores de uso e valores simbólicos, a distribuição desigual não importará. Entretanto, se ao contrário o valor dado à riqueza for de status social ao ponto de atribuir aos menos abastados a condição de não-cidadãos, o problema de invasão de esfera distributiva surge causando injustiça social. Assim, o autor conclui que “a igualdade dos cidadãos jamais se produzirá no mercado” (2003, p.156)

Isto porém não é justificativa para que o mercado seja abolido. O comércio e a acumulação não são ruins nem representam ameaça à igualdade complexa. O que não pode ocorrer é que situações de predominância de riqueza não afastem os outros indivíduos das possibilidades do mercado devido ao baixo status social ou à falta de poder político. Portanto, necessário se faz realizar uma política bem definida de salários que possa traduzir numa igualdade de possibilidades e oportunidades.

Também há que se estabelecer redistribuições para combater o predomínio do mercado, como acontece com a tributação da riqueza. A justificativa para tanto está na afirmação de que unir recursos e repartí-los é diferente de comprar e vender bens sociais. Para a igualdade complexa não há que se falar em socializar dinheiro, mas em redistribuir bens sociais a fim de impor limites entre a esfera política e a esfera econômica.

A partir destas concepções, o autor se dedica a tratar da questão do trabalho, o que efetivamente o faz em dois capítulos. O primeiro deles (capítulo 5) se denomina “Cargos Públicos” e relatará os critérios distributivos dos empregos em geral e o segundo deles (capítulo 6) que se denomina “Trabalho Árduo” e se dedicará a discutir aquelas parcelas do trabalho de difícil execução, mas que devem ser suportadas pela comunidade política.

Num primeiro momento, Walzer defende que todos os empregos desejáveis devem ser tratados como cargos públicos, em que os critérios de concorrência pública e qualificação devem predominar. Isto porque obedecem às garantias de honestidade, justiça e igualdade de oportunidades. Trata-se de enfatizar o mérito e o talento que são descobertos dentro de um processo de seleção que concede oportunidades a todos os cidadãos de demonstrarem suas habilidades.

O autor propõe para tanto um critério misto de seleção. Em primeiro lugar deve-se priorizar a qualificação do candidato que não deve se confundir com a ideia de merecimento do cargo. Assim, aquele que pretende o cargo não pode obtê-lo apenas porque o merece. A análise deve ser mais tangenciada no sentido de que num segundo momento deve-se analisar o rendimento futuro que o candidato pode apresentar durante o exercício do cargo. Para ele a meritocracia refere-se ao fato dos candidatos apresentarem-se como qualificados e não apenas como merecedores. São as comissões julgadoras dos critérios que devem ter este cuidado. (WALZER, 2003, p.185)

O autor ressalta ainda que dada a significação social referente a estes empregos algumas recompensas são esperadas por aqueles que os ocupam. Pode-se falar em prazer pelo exercício do cargo, remuneração condizente com a qualificação, o status profissional e os relacionamentos de poder decorrentes do cargo. Para que uma esfera de distribuição não atinja outra esfera, assim como foi dito sobre o dinheiro, o domínio do talento tem que agir apenas na esfera dos empregos. Dessa forma, o detentor do cargo tem que obedecer a rígidos padrões de ética e conduta, pois a honra pelo exercício do cargo só deve se relacionar com o efetivo desempenho do cargo. Isto porque do contrário, o indivíduo detentor do cargo gozará de seu status e poder em outras esferas da sociedade, ou em outras palavras agirá em uma verdadeira tirania social.

Mas como o autor defende uma igualdade complexa admite que a reserva de vagas a alguns cargos a grupos determinados, embora admita que neste exercício possa haver violação de alguns direitos individuais. Também na opinião do autor há empregos que não devem ser tratados como cargos públicos e, portanto livres dos critérios aqui

expostos. São empregos que dependem da decisão exclusiva do grupo que quer contratar, o autor cita como exemplo os estabelecimentos comerciais, as cooperativas de trabalhadores e o clientelismo que provém das atividades políticas.

Dando continuidade ao tópico do trabalho, o autor traz o problema do trabalho árduo dentro de uma comunidade política dizendo ser necessário combater o predomínio negativo que envolvem estas questões, visto que a sociedade também dele depende. (WALZER, 2003,p. 225)

O próximo tópico abordado pelo autor é a educação. Para ele, educação é bem essencial para a sobrevivência e perpetuação da própria comunidade, visto que tem por finalidade reproduzir valores para a geração futura. Além disto, a escola por ocupar um lugar intermediário na vida de um jovem (entre a família e a sociedade; entre a infância e a maturidade) tem o papel de formar críticos sociais essenciais ao processo democrático da comunidade política.

Walzer defende que a educação se dá em dois momentos que ele denomina de educação fundamental e educação especializada. A educação fundamental tem por objetivo a formação de cidadãos, portanto a comunidade política deve se organizar a fim de oportunizar a todas as crianças o mesmo conjunto de conhecimentos, independentemente da sua capacidade econômica ou política. Salienta o autor que o critério de distribuição da esfera da educação é a igual necessidade de conhecimentos para todos os futuros cidadãos e que isto não pode ser tratado como igualdade simples. Os diferentes graus de interesses e capacidades de compreensão a estes conhecimentos é que se traduz em igualdade complexa. (WALZER, 2003,p.270)

Uma vez finalizada a fase da educação fundamental, outra possibilidade deve-se abrir: a da educação especializada que tem por objetivo o aperfeiçoamento e respeito à capacidade de cada aluno. Trata-se da adaptação da educação aos interesses e capacidades de cada aluno. Esta esfera tem por critério de distribuição não a formação de cidadania que neste momento entende-se completa, mas a qualificação do estudante a fim de impulsionar o seu talento. (WALZER, 2003, p.286)

A ocupação futura destes indivíduos em algum cargo depende deste talento, visto que o critério distributivo é meritório. Assim, aqueles que não conseguem a ocupação de uma vaga naturalmente enfrentarão uma frustração. Isto, no entanto, é amenizado quando se realiza a análise de que a reprovação foi a ocupação de uma vaga e não na recompensa política e econômica que se pode advir desta vaga. Admitir o contrário se traduz em invasão distributiva das esferas.



Seguindo em sua análise o autor se dedica a trabalhar o tema do parentesco e do amor afirmando que em um primeiro momento pode parecer que estas questões estejam fora do alcance da justiça distributiva. No entanto, ele afirma que “estão intimamente ligados a outras esferas distributivas, vulnerabilíssimos a suas intervenções e exercendo uma influência persuasiva” (2003, p. 311). Em assim sendo, necessário se faz pensar em família e parentesco como elementos propiciadores de amor. Para o autor: “a família é uma espécie de bem-estar social, que garante a todos os membros uma quantidade módica de amor, amizade, generosidade etc”. (2003, p.326)

Além desta abordagem, o autor também se dedica a traçar linhas gerais sobre a graça divina afirmando que deve haver separação nítida entre Igreja e Estado. A prática de tornar o dom de Deus disponível só pode ser realizada por instituições eclesiais ou por doutrinas religiosas. Do contrário, haverá tirania.

Dessa forma, Walzer inicia sua análise do reconhecimento e se dispõe a discutir como a distribuição deste bem social pode ou não ser justa. A narrativa do autor leva em consideração o contexto da revolução democrática que retirou da sociedade toda a hierarquia de títulos, reduzindo esta questão a um único título de senhor. Desse modo, as comunidades políticas democráticas atuais pressupõem a existência de cidadãos sem distinção hierárquica bem como a disposição das carreiras como bens acessíveis a todos estes cidadãos.

Como já tratado anteriormente pelo autor, apenas os melhores conquistarão este lugar e como consequência o reconhecimento virá a aqueles que o conquistem. Portanto, inicialmente todos podem concorrer ao reconhecimento para adquirirem prestígio, status, admiração, glória, fama, celebridade, valor, distinção e honra. Estes reconhecimentos são positivos e estimulantes, no entanto o autor reconhece que são bens sociais escassos, pois numa comunidade política não há igualdade de habilidades e talentos entre os cidadãos.

Mas o que garante a aplicação da igualdade complexa são as mesmas oportunidades de conquista de reconhecimentos. Se ao contrário admitir-se como critério distributivo desta esfera a medida da riqueza do indivíduo ou o poder advindo da ocupação de um cargo haverá a invasão indevida das esferas. O critério distributivo aqui deve ser o mérito identificado por valores culturais de cada comunidade política. (WALZER, 2003, p. 354)

Por último, o autor dedica-se a analisar o poder político como esfera de justiça distributiva e questiona quais os critérios relevantes para a justa distribuição deste poder

político. Na sua opinião, a resposta está no interesse da comunidade política que deve ser alcançado através da discussão entre os cidadãos. É na seara do discurso, do convencimento, da retórica que a comunidade política deve se organizar.

A maior capacidade de oratória de alguns indivíduos define a desigualdade da esfera distributiva. Não há como evitar este monopólio. No entanto, trata-se de uma desigualdade permitida e faz parte do jogo democrático da própria comunidade política que dispõe as oportunidades de se obter o poder político. O que não pode acontecer é o poder político servir ao critério econômico de riqueza e de parentesco. (WALZER, 2003, p.417)

A obra do autor finaliza realizando o contraponto entre justiça e tirania. Ele defende que a melhor teoria da justiça é a que aceita os bens sociais e as esferas de distribuição e que estes elementos dependem dos significados sociais que a comunidade política lhes atribui. A ideia de igualdade complexa traduz-se na maior abrangência social da justiça. Quanto mais hierarquizada a sociedade for maior será a desigualdade imposta a ela.

Como bem salientado em toda a obra a teoria da justiça tem que impor limites aos seus critérios de distribuição. O poder conquistado por dinheiro ou por ocupação de cargos não pode violar seus limites, pois do contrário as comunidades políticas caminharão para a tirania. É preciso, portanto, acabar com o predomínio de alguns bens sociais, oportunizando acesso e respeito mútuo a todos os indivíduos.

### **Considerações Finais**

Pretendeu-se com este trabalho sistematizar cinco propostas para o tema da distribuição da justiça. As ações afirmativas como ponto de partida abrem a discussão da aplicabilidade dos direitos garantidos aos cidadãos de um Estado. Os teóricos estudados estenderam esta discussão sob várias perspectivas.

O debate jurídico que adveio da implementação das ações afirmativas de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas no Brasil traz à baila a relativização do mérito individual e dos critérios objetivos postos para acesso ao ensino público superior. Isto evidencia que o contexto dos direitos sociais tem perpassado pela discussão da sua abrangência e da sua efetividade dentro do Estado Democrático de Direito. Sabe-se que o compromisso constitucional da concretude dos direitos encontra empecilhos nas desigualdades econômicas, de gênero e de cor postas na sociedade brasileira. O desafio

de transpô-las esbarra no debate da igualdade, da autonomia, do bem comum e do respeito mútuo.

No que tange ao princípio da igualdade e a conseqüente transposição da igualdade material sobre a igualdade meramente formal abre-se a perspectiva de equacionar situações de exclusão social. Neste caso específico do sistema de cotas, o argumento que se utiliza para justificar a implementação de ação afirmativa é a exclusão dos indivíduos pelo critério da cor e, para tanto, levou-se em consideração os dados estatísticos da população universitária que constatou um baixo nível de alunos da população negra. A efetivação desta política, no entanto, provocou uma série de argumentações colocando em xeque sua constitucionalidade.

A utilização do critério mérito sem nenhum outro aditivo para a inclusão no ensino público superior não se traduziu em método eficaz para o acesso igualitário. Isto é fato, no entanto, questiona-se o critério cor como fator de equacionamento dos direitos. Há posições contrárias neste sentido. Há aqueles que questionam se este argumento não seria falho, visto que há outros critérios a serem verificados, quais sejam, o da baixa renda e o do baixo nível da escola básica pública. Para estes, aqueles que não alcançam sucesso no ingresso das universidades públicas não o fazem porque são pobres e não puderam ter acesso ao ensino básico de qualidade que, neste país, está entregue às escolas particulares. Para outros, a sociedade exerce uma discriminação camuflada e histórica, incluindo a população negra na categoria dos menos abastados, o que por si só representaria argumento suficiente para o sistema de cotas.

O deslinde da questão se deu com a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade e pela continuidade dos programas de ação afirmativa das universidades públicas brasileiras. A decisão tomou por fundamentação a obrigatoriedade do Estado de compensar as desigualdades sociais cumprindo o designo da dignidade humana. Outros questionamentos abrem-se a partir daí para os objetivos do presente trabalho: o Estado deve distribuir justiça?; o que vem a ser justiça?; quais os critérios devem ser utilizados para a distribuição da justiça?. O estudo das obras de Kelsen, de Rawls, e Walzer pretenderam ao menos estabelecer alguns parâmetros para estas questões.

Kelsen em “A Ilusão da Justiça” discutiu as concepções platônicas de amor, verdade e justiça com o intuito de analisar o caráter do direito positivo. Do dualismo de Platão entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, entre o concreto e o metafísico nasce a sua vontade política de dominação do Estado. Para ele o ideal é o Estado

totalitário de bondade que só pode ser governado pelo filósofo, sábio e conhecedor da razão. Justiça, dessa forma, se transforma no que o filósofo entende como caminho para o bem-estar. Para o sucesso de seu governo e o bem-estar dos súditos utiliza-se as leis, cujo conteúdo não pode ser questionado, pois age em prol dos cidadãos. Somente o filósofo-governante sabe o que é bom no Aqui. A verdadeira justiça só é conhecida pela divindade, mas o filósofo racionalista pode dar à lei uma aparência de justiça.

Kelsen dá voz a Platão para enraizar o seu próprio pensamento de que o direito positivo não tem que se preocupar com as concepções de justiça porque elas se situam no campo da ética. Desse modo, para ele o valor da justiça em si é relativo, o que importa é a validade do direito positivo que mesmo contrariando a um mandamento de justiça deve, numa concepção kelseniana, se impor. O Estado, portanto, não deve se ocupar do justo, mas da validade da norma.

Apesar de sua importância para o pensamento jurídico, Kelsen não consegue dar uma resposta para à questão da justiça. Seus argumentos a colocam em segundo plano ou parecem deixá-la num patamar abaixo do direito. No entanto, o debate precisa prosseguir. O Estado moderno dada a pluralidade social que enfrenta é chamado a estabelecer um paralelo com a noção de igualdade entre seus cidadãos. Vários são os caminhos.

O utilitarismo representa uma dessas hipóteses. Os partidários desta teoria defendem que deve-se atingir o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. Os critérios a serem utilizados são secundários, o que importa são os resultados. O utilitarismo trata a justiça como uma questão de cálculo e não como uma questão de princípio. Rawls e sua obra “Uma Teoria da Justiça” estão entre os que mais criticam o utilitarismo.

Ele defende através da concepção do contrato social que os indivíduos devem utilizar um critério de cooperação para elegerem princípios de justiça que propiciem um pacto social. Isto só é possível se concebido dentro de uma democracia constitucional que impõe respeito à política social justa. As noções de acordo hipotético, posição original e véu da ignorância são utilizados para dinamizar a igualdade de liberdade e igualdade de oportunidades entre os cidadãos.

O conceito de desigualdade surge na sua narrativa por ser inevitável numa sociedade liberal e para representar a moralidade da distribuição de renda. Ela será, no entanto, minorada se houver benefício aos menos favorecidos. Os impostos aplicados aos mais abastados devem retornar aos menos abastados em forma de serviços públicos

de saúde e educação. As parcelas distributivas dependem da natureza moral das escolhas na posição original. Dessa forma, o ordenamento jurídico sob esta ótica da justiça é capaz de estabelecer o bem-estar dos indivíduos.

Para Rawls o Estado deve se ocupar da distribuição da justiça e deve fazê-lo levando em consideração os princípios de justiça moralmente concebidos numa situação de equidade entre seus cidadãos. Como as situações que levanta são hipotéticas, a validade de seus argumentos são questionadas.

O comunitarista Walzer contribui para o debate com a sua visão de igualdade através da obra “Esferas da Justiça”. Este autor também parte de críticas ao modelo de justiça proposto por Rawls, mas em outra perspectiva. Para ele, Rawls propôs uma distribuição de justiça partindo de um ponto de vista universal sem considerar que o meio social e as concepções históricas e culturais de cada sociedade. Chama o critério de igualdade de Rawls de simples e propõe um modelo complexo que leve em consideração vários critérios.

Walzer desenvolve sua teoria dos bens em que os vários bens sociais devem ser distribuídos levando em consideração vários critérios. Cada bem social deve obedecer a um critério de distribuição. Se um critério for atribuído a outro bem há invasão de esferas e a desigualdade se impõe. Para que isto não aconteça necessário se faz combater o domínio deste bem e não o seu monopólio. Isto é o que ele chama de igualdade complexa. O Estado sob esta concepção deve criar mecanismos distributivos para a equidade na distribuição de nacionalidade, trabalho, segurança, lazer, reconhecimento e poder político.

A teoria da justiça e a teoria dos bens estabelecem parâmetros de distribuição de justiça dentro do Estado, sendo que cada qual apresentou sua concepção para atingir um ideal de igualdade social. O debate de fundo que se apresentou foi a sistematização dos direitos considerados como fundamentais dentro de um Estado de Direito e a forma de garanti-los aos indivíduos.

As discussões de justiça não se encontram mais dissociadas do ordenamento jurídico. Direito e ideal de justiça caminham juntos e o Estado deve se incumbir da melhor maneira para efetivá-los. Não há uma fórmula pronta que viabilize tal designo. O Estado precisa aplicar suas políticas sociais e reaviá-las levando em consideração os momentos econômicos e políticos que vivencia.

O mérito como critério único de acesso às universidades públicas não conseguiu cumprir o objetivo da inserção isonômica dos indivíduos brasileiros na

educação pública superior. Necessário foi viabilizá-la através de ações afirmativas. Mas a questão final que se coloca é se o argumento da igualdade de oportunidades que se vale para o acesso à educação superior deve se estender, por exemplo, ao acesso ao emprego público através da instituição de cotas nos concursos públicos. Portanto, o exercício do Estado na sociedade plural moderna é complexo. Encontrar o ponto de equilíbrio entre a validade da norma jurídica e a entrega da justiça social aos seus cidadãos é o desafio.

### **Referências Bibliográficas**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (20/07/2009)**. Relator Ricardo Lewandowski.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.285/RS**. Relator Ricardo Lewandowski.

FERES JUNIOR, João. **Ação Afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas**. Econômica, v.6, n.2, Rio de Janeiro, Dezembro de 2004.

FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. **Liberalismo Igualitário e Ação Afirmativa: da teoria moral à política pública**. Revista de Sociologia e Política, vol.21, n.48, Curitiba, Dezembro de 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Trad.Sérgio Tellaroli. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. 4a. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. (In) CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais. 2ª.ed, Salvador: Jurispodium, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. Rev. e Trad. Álvaro da Vita. 3a. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. Revisão técnica e tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.