

FILOSOFIA DO DIREITO

JUSTIÇA SOCIAL GÊNESE, ESTRUTURA E APLICAÇÃO DE UM CONCEITO

Luis Fernando Barzotto

Doutor em Filosofia do Direito (USP)
Professor (PUCRS, Unisinos, UFRGS).

RESUMO: O presente artigo pretende contribuir para o esclarecimento do conceito de justiça social. De relevância política óbvia, este conceito é de particular importância para o jurista brasileiro, uma vez que se faz presente no próprio texto da Constituição (arts. 170 e 193).

A primeira parte do artigo estará dedicada à determinação da gênese do conceito no horizonte da tradição aristotélica, da “justiça legal” de Aristóteles à justiça social do tomismo dos séculos XIX e XX. Na segunda parte, propõe-se uma análise estrutural do conceito. Na terceira e última parte, será proposta, a título de exemplificação da operacionalidade do conceito, uma aplicação a um problema concreto, as políticas de ação afirmativa para grupos minoritários.

I. A GÊNESE DO CONCEITO DE JUSTIÇA SOCIAL

PRELIMINARES

Aristóteles é o primeiro a propor uma teoria sistemática da justiça. Ele subdivide o gênero justiça em três espécies: justiça geral, justiça distributiva e justiça corretiva.

Tomás de Aquino assume a teoria da justiça de Aristóteles e a desenvolve em três espécies: justiça legal, distributiva e comutativa. Sob o impacto da tendência igualitária que caracteriza a modernidade, os tomistas do século XIX, a partir da justiça legal tomista, desenvolvem o

conceito de justiça social, que encontra na “ética social cristã” do século XX, o principal instrumento de sua difusão no discurso político e nos textos constitucionais, como da Constituição brasileira de 1988.

Neste tópico será proposto uma breve reconstrução da origem e do desenvolvimento do conceito de justiça social. Esta reconstrução terá cinco etapas: a justiça geral em Aristóteles, a justiça legal em Tomás de Aquino, a justiça social nos tomistas do século XIX, a justiça social na ética social cristã do século XX e a justiça social na Constituição de 1988.

1.1. A JUSTIÇA GERAL NA TEORIA DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES

Para elaborar sua teoria da justiça, Aristóteles parte de uma definição de senso comum: “A justiça (*dikaiosyne*) é a virtude que nos leva (...) a desejar o que é justo (*dikaion*).”² Ora, na linguagem corrente, *dikaion* significa tanto o legal (*nomimon*) como o igual (*ison*).

Para Aristóteles, esta distinção na linguagem corrente marca uma distinção entre dois tipos de justiça. Sendo a justiça a virtude “pela qual cada um possui o próprio (*auton*)”³, a dicotomia manifestada na linguagem popular – legal/igual – marca dois modos de se estabelecer o que é devido a outrem: pela lei ou pela igualdade .

No primeiro caso, tem-se a justiça geral, no qual se diz que é um ato justo aquele que se exerce em conformidade com a lei. Ora, o objeto da lei são os deveres em relação à comunidade, isto é, a lei estabelece como devidas aquelas ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem, o bem comum: “As leis se referem a todas as coisas, visando o interesse comum (...). Assim, neste primeiro sentido, chamamos justo (*dikaion*) aquilo que produz e conserva a vida boa (*eudaimonia*) (...) para a comunidade política.”⁴

Desse modo, a lei determina quais as ações que são devidas à comunidade, para que esta alcance o seu bem, o bem comum. Assim, as ações legais são ações justas, na medida em que atribuem à comunidade aquilo que lhe é devido.

¹ Otfried HÖFFE, *O que é a justiça?*, p. 101. Como a presente reconstrução parte de Aristóteles e Tomás de Aquino, será restringida a expressão “ética social cristã” somente às encíclicas papais, nas quais a tradição aristotélico-tomista é o quadro filosófico de referência.

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1, 1129a.

³ ARISTÓTELES, *Retórica* 1, 9, 1366b.

⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* V, 1, 1129b.

O termo “geral” aplicado a este tipo de justiça refere-se à sua abrangência: todos os atos, independentemente da sua natureza, na medida em que são devidos à comunidade para que esta realize o seu bem, constituem deveres de justiça. Assim, para o soldado, não fugir da batalha é um dever de coragem, mas também de justiça, na medida em que o ato de coragem é devido à comunidade.

Além da justiça geral, que se orienta pela idéia de legalidade, tem-se a justiça particular, aquela em que o padrão do que é devido é dado pela noção de igualdade. A justiça particular subdivide-se em justiça distributiva e justiça corretiva.

A justiça distributiva é a justiça “que se exerce nas distribuições de honras, dinheiro e de tudo aquilo que pode ser repartido entre os membros do regime (*politeia*).”⁵ Na distribuição, considera-se portanto, uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou encargo, apreciável segundo o regime adotado pela comunidade. Assim, na oligarquia, o critério de distribuição é a riqueza; na democracia, a condição de homem livre; na aristocracia, a virtude. A justiça distributiva rege-se por uma igualdade proporcional, isto é, a relação que existe entre as pessoas é a mesma que deve existir entre as coisas; em uma oligarquia, por exemplo, a participação nos benefícios da comunidade vai dar-se proporcionalmente à riqueza de cada cidadão.

De outro lado, tem-se a justiça corretiva. É “aquela que exerce uma função corretiva nas relações entre os indivíduos.”⁶ Ela visa ao restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas, voluntárias (contratos) e involuntárias (ilícitos civis e penais). A igualdade buscada é a igualdade absoluta, expressa na equivalência entre o dano e a indenização. O sujeito deste restabelecimento da igualdade é o juiz: “Segue-se da ação cumprida por um e sofrida por outro, uma divisão desigual. O juiz tenta restabelecer a igualdade, concedendo algo à vítima (aquele que perdeu algo), e tirando alguma coisa do agressor (aquele que ganhou algo).”⁷

1.2. A JUSTIÇA LEGAL NA TEORIA DA JUSTIÇA DE TOMÁS DE AQUINO

Tomás de Aquino dá continuidade à tradição aristotélica, acrescentando-lhe elementos do Direito Romano. Ele define a justiça

⁵ idem. V, 2, 1130b.

⁶ idem, V, 2, 1131a.

⁷ idem, V, 4, 1132a.

nos seguintes termos: “a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido.”⁸

Para designar a justiça geral aristotélica, Tomás utiliza frequentemente o termo justiça legal, uma vez que os atos devidos à comunidade para que esta alcance o seu bem, o bem comum, estão, na maior parte dos casos, dispostos em lei.

A distinção entre justiça legal e justiça particular reside no sujeito a quem é devido o ato: “A justiça (...) ordena o homem com relação a outrem, o que pode ter lugar de dois modos: primeiro, a outro considerado individualmente, e segundo, a outro em comum, isto é, na medida em que aquele que serve a uma comunidade serve a todos os homens que nela estão contidos.”⁹

A justiça que diz respeito àquilo que é devido “a outro considerado individualmente” é a justiça particular; a justiça que diz respeito àquilo que é devido “a outro em comum” ou à comunidade é a justiça legal. Note-se o realismo de Tomás, ao mencionar “o outro em comum”: a comunidade não constitui um ente que paira acima dos seus membros. O beneficiário último do ato devido não é a “comunidade”, como ente autônomo, mas os seus membros. Os deveres da justiça legal não se referem, assim, em última instância, ao “todo” social, mas a todos os membros da sociedade. Desta forma, ao passo que o objeto da justiça particular é o bem do particular, o objeto da justiça legal é o bem comum: “A justiça legal (...) visa o bem comum como objeto próprio”¹⁰, sendo o bem comum não o bem do todo, mas o bem de todos.

A justiça legal não esgota o conceito de justiça. É necessário o desenvolvimento da justiça particular: “A justiça legal ordena suficientemente ao homem com suas relações a outrem: enquanto ao bem comum, imediatamente, e quanto ao bem de uma única pessoa singular, mediatamente. Por isso convém que exista uma justiça particular que ordene imediatamente o homem a respeito do bem de outra pessoa singular.”¹¹ Atos de coragem na guerra são diretamente devidos à comunidade e não a este ou aquele membro dela. Mas são indiretamente devidos a todos os membros da comunidade, uma vez que a comunidade não existe à margem dos seus membros. Mas é necessário uma justiça que regule diretamente aquilo que é devido a

⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 3.

⁹ *idem*, *op. cit.*, q. 58, a.5.

¹⁰ *idem*, *op. cit.*, q. 58, a. 6.

¹¹ *idem*, *op. cit.*, q. 58, a.7.

membros determinados da comunidade, nas distribuições (justiça distributiva) e nas trocas (justiça comutativa): esta é a justiça particular.

A justiça distributiva é aquela que “reparte proporcionalmente o que é comum”¹², trate-se de bens ou encargos, tendo-se em vista “as condições pessoais que constituem a causa (...) do débito.”¹³ O conceito de justiça distributiva de Tomás de Aquino é mais amplo que o aristotélico. A justiça distributiva não se faz presente apenas na comunidade política, mas em todas as comunidades, como, por exemplo, a comunidade de ensino e a comunidade familiar. Assim, ao distribuir um cargo de magistério, considera-se como causa da distribuição o saber do candidato e, na distribuição de bens de uma herança, considera-se como causa o parentesco.¹⁴

A justiça corretiva de Aristóteles é denominada “comutativa” em Tomás, o que amplia seu espectro de atuação. Ao passo que em Aristóteles, o sujeito da “correção”, só pode ser o juiz, o sujeito da comutação (*commutatio*-troca), pode ser qualquer um que se engaje em determinado tipo de relações sociais: a justiça comutativa é aquela que regula “as trocas que se realizam entre duas pessoas”.¹⁵ Além disso, ao passo que a justiça corretiva de Aristóteles incidia em matéria penal apenas para quantificar indenizações devidas em virtude de crimes, para Tomás a justiça comutativa tem a função de quantificar as penas, utilizando como padrão a igualdade quantitativa entre crimes e punições.

Mantém-se a distinção aristotélica: na justiça distributiva igualam-se coisas a pessoas, recebendo cada uma aquilo que é proporcional à causa do débito, sendo portanto a igualdade que a caracteriza a igualdade proporcional. Por outro lado, nas relações entre indivíduos reguladas pela justiça comutativa, particularmente na compra e venda, trata-se de igualar coisa a coisa, isto é, de realizar uma igualdade absoluta: “Nas trocas se dá algo a uma pessoa particular em razão de outra coisa dela recebida, como principalmente se manifesta na compra e venda, na qual se encontra primordialmente a noção de troca. Então é necessário adequar coisa a coisa (...).”¹⁶

¹² TOMÁS DE AQUINO, op. cit., q. 61, a.1.

¹³ idem, op. cit., q. 63, a.1.

¹⁴ idem, ibidem.

¹⁵ idem, op. cit., q. 61, a.1.

¹⁶ idem, op. cit. q. 61, a. 2.

Como o ser humano é, para Tomás, um animal social, o fato de a justiça particular visar diretamente ao bem do particular não significa que ela seja alheia ao bem comum: a justiça particular “dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum.”¹⁷ De fato, o ato de pagar uma dívida, por exemplo, beneficia diretamente o credor, mas indiretamente beneficia a todos, na medida em que este ato reforça e reafirma o sistema de crédito necessário à vida econômica da comunidade.

1.3. A JUSTIÇA SOCIAL NO TOMISMO DO SÉCULO XIX: O IMPACTO DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA.

Os autores tomistas, a partir do século XIX, vêem a necessidade de repensar o conceito de justiça geral/legal de Aristóteles e Tomás para fazer frente às questões de justiça postas por uma sociedade igualitária, que suplanta as sociedades hierárquicas pré-modernas, no interior das quais Aristóteles e Tomás de Aquino desenvolveram suas teorias da justiça.

Segundo Charles Taylor¹⁸, pode-se afirmar que a principal base de identificação social nas sociedades hierárquicas é a noção de honra. Segundo Montesquieu, a honra “é o preconceito de cada pessoa e de cada condição”, impondo “preferências e distinções”.¹⁹ A honra é o sentimento de valor pessoal por ocupar uma determinada posição (*status*) dentro da hierarquia social. Ora, adotando uma concepção hierárquica de sociedade, é a justiça distributiva que será o princípio ordenador da vida social. Assumindo que os membros da sociedade relacionam-se segundo as idéias de diferenciação e subordinação, a igualdade entre os membros da sociedade se dará de forma proporcional. O conteúdo da regra de distribuição na comunidade política será “a cada um segundo sua posição”. A seguinte afirmação de Tomás de Aquino é representativo desta visão: “Na justiça distributiva, se dá algo a um particular, enquanto aquilo que pertence ao todo é devido à parte, e isto será tanto maior quanto maior seja a relevância da parte no todo. Por isto, na justiça distributiva, se dá a uma pessoa mais dos bens comuns quanto maior a relevância que possui na comunidade.”²⁰

¹⁷ *idem*, op. cit. q. 58, a. 12.

¹⁸ CHARLES TAYLOR, *Argumentos filosóficos*, p. 242.

¹⁹ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, Livro I, caps VI e VII, pp 52-53.

²⁰ TOMÁS DE AQUINO, op. cit., q. 61, a.2.

De outro lado, na sociedade democrática moderna, na qual todos possuem a mesma “relevância”, substitui-se a noção de honra pela “noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar de dignidade inerente aos seres humanos (...). A premissa de base aqui é que todos partilham dela. É óbvio que este conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática.”²¹ Se todos possuem a mesma dignidade, a igualdade fundamental entre os membros da comunidade não é proporcional, mas absoluta. Não é, portanto, a justiça distributiva, baseada na igualdade proporcional, o princípio ordenador da vida em sociedade, mas a justiça legal, fundada em uma legalidade que afirma a igualdade de todos os seres humanos como membros iguais da sociedade. Como a lei impõe direitos e deveres iguais para todos, a justiça legal torna-se justiça social, aquela em que todo membro da sociedade vale tanto como qualquer outro, e todo ato em conformidade com a lei redundante, beneficia igualmente a todos. Na sociedade democrática, desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum – a lei – para o sujeito do bem comum – a sociedade em seus membros – justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social.

Dois tomistas do século XIX, pela repercussão de suas obras, são relevantes para a elaboração do conceito de justiça social: os jesuítas Taparelli d’Azeglio e Antoine.

O jesuíta italiano Louis Taparelli d’Azeglio, dentro da tradição tomista, é o primeiro a utilizar a expressão “justiça social”, na sua obra *Saggio teoretico di diritto naturale*, de 1840.²² Taparelli inicia sua exposição sobre o conceito de justiça social com a seguinte definição: “A justiça social é para nós a justiça entre homem e homem.” O homem, aqui, é o “homem considerado como dotado somente do requisito de humanidade, considerado como puro animal racional.” Obviamente, entre os homens considerados sob este aspecto, existem “relações de perfeita igualdade, por que homem e homem aqui não significa senão a humanidade reproduzida duas vezes”.²³ A justiça social, portanto, em uma sociedade de iguais, na qual as posições ocupadas por cada um são consideradas secundárias em matéria de justiça, tem por objeto aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana.

²¹ Charles TAYLOR, *Argumentos filosóficos*, pp. 242-243.

²² CALVEZ/PERRIN, *Église et société économique*, vol. I, p. 543.

²³ Louis TAPARELLI d’AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale*, p. 183.

Segundo Calvez/Perrin, “os católicos sociais franceses dos anos 1880-1890 são os principais responsáveis pela difusão do vocábulo ‘justiça social’, que eles assimilam em geral à justiça legal, mas que não sabem distinguir claramente da justiça distributiva.”²⁴

O jesuíta francês Antoine, no seu *Cours d'économie sociale*, de 1899, desenvolve no contexto de uma teoria da Economia Política, uma teoria da justiça, em que reitera os significados tradicionais de justiça legal, justiça distributiva e justiça comutativa.

A justiça legal, segundo Antoine, “é a vontade constante dos cidadãos de dar à sociedade o que lhe é devido, a disposição habitual a contribuir, sob a direção da autoridade suprema, ao bem comum, eis o que nós chamamos de justiça legal.”²⁵ Antoine pergunta-se se a justiça legal identifica-se com o que vem sendo chamado de justiça social. Para ele, a resposta deve ser afirmativa, uma vez que há identidade de objeto, o bem comum. Assim, a justiça social consiste na “observância de todo direito tendo o bem social comum por objeto e a sociedade civil como sujeito ou como termo.”²⁶ Na medida em que a sociedade civil só existe na totalidade dos seus membros, a definição de Antoine pode ser lida do seguinte modo: todos os membros da sociedade civil devem colaborar na obtenção do bem comum (sujeito da justiça social) e todos devem participar do bem comum (termo da justiça social).

1.4. A JUSTIÇA SOCIAL NA ÉTICA SOCIAL CRISTÃ: ARISTOTELISMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O desenvolvimento do conceito de justiça social no interior da tradição aristotélico-tomista recebe um grande impulso nas Encíclicas sociais da Igreja Católica.

Nessas Encíclicas, opera-se uma “fusão” do aristotelismo com a ética cristã. Neste contexto, é absolutamente natural que a sua teoria da justiça universalize o ideal aristotélico do cidadão de uma sociedade escravocrata, o único beneficiário do “bem comum”, para alcançar toda pessoa humana, coerente com a verdade evangélica da igualdade universal do gênero humano e a dignidade eminente de todos os seus membros.

²⁴ CALVEZ/PERRIN. *Église et société économique*, p. 546.

²⁵ ANTOINE, *Cours d'économie sociale*, p. 127.

²⁶ *idem*, op. cit., p. 128.

A Encíclica *Quadragesimo anno* de Pio XI, de 1931, é a primeira das Encíclicas sociais a utilizar o termo “justiça social”. Ele é mencionado al 7 vezes, nos parágrafos 57, 58, 71, 74, 88, 101 e 110.

Nessa Encíclica, o conceito é em geral, aplicado à esfera econômica, para avaliar a distribuição de renda e riqueza. Contudo, embora o senso comum atribua aos trabalhadores somente o papel de beneficiários da justiça social, a justiça social tem a universalidade da justiça legal: todos têm obrigações em relação ao bem comum. Assim, “é contra a justiça social diminuir ou aumentar demasiadamente os salários em vista das próprias conveniências e sem ter em conta o bem comum”. Os operários, na sua luta por melhores salários, devem estar atentos para que o mercado de trabalho não se veja encolhido por pretensões inviáveis economicamente: “os salários se regulem de tal modo, que o maior número de operários possa encontrar trabalho e ganhar o necessário para o sustento da vida.”²⁷ Assim como todos são os obrigados, todos são beneficiados, uma vez que o bem comum é o bem de todos, sendo realizado somente “quando todos e cada um tiverem todos os bens que as riquezas naturais, a arte técnica, e a boa administração econômica podem proporcionar.”²⁸ Na ordem econômica, a fórmula da justiça social seria então: “todos os bens necessários para todos”.

Ao contrário do que alguns intérpretes dizem, o conceito de justiça social não se aplica somente ao campo econômico. Efetivamente, o parágrafo 110 da *Quadragesimo Anno* prescreve: “As públicas instituições adaptarão a sociedade inteira às exigências do bem comum, isto é, às regras da justiça social”, inserindo deste modo, a atividade econômica, em uma “ordem sã e bem equilibrada”. A justiça social tem por esfera de aplicação, portanto, a vida da sociedade como um todo, e não somente sua dimensão econômica. Na Encíclica *Divini Redemptoris*, de 1937, Pio XI repete a idéia de que a justiça social deve reger toda a sociedade, não se restringindo a orientar a dimensão econômica: a justiça social deve regular “a ordem econômica e a organização civil”.²⁹

Mas o mais importante nesta última Encíclica é a definição de justiça social: “É precisamente próprio da justiça social exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum.”³⁰ Ora, essa é

²⁷ PIO XI, *Quadragesimo anno*, n. 74.

²⁸ idem, op. cit., n. 75.

²⁹ PIO XI, *Divini Redemptoris*, n. 32.

³⁰ idem, op. cit., n. 51.

exatamente a definição de Tomás de Aquino da justiça legal: “A justiça legal ordena o homem imediatamente ao bem comum.”³¹ Mas as exigências que recaem sobre cada um dos indivíduos supõe que estes estejam em condições de contribuir com a comunidade a que pertencem: “não se pode prover ao organismo social e ao bem de toda a sociedade, se não se dá a cada parte e cada membro, isto é, aos *homens dotados da dignidade de pessoa*, tudo quanto necessitam para desempenharem suas funções sociais (grifo nosso).”³² Pode-se expressar o pensamento do Pontífice do seguinte modo: a justiça social exige de cada um aquilo que é necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos outros membros da comunidade, ao mesmo tempo em que atribui a cada um os direitos correspondentes a esta dignidade. A justiça social considera o ser humano simplesmente na sua condição de pessoa humana, nos seus direitos e deveres humanos.

As conseqüências extraídas deste conceito são radicais: para a justiça social, os seres humanos, considerados como pessoas, são iguais e, portanto, toda desigualdade em aspectos constitutivos da pessoa, como é o caso das suas necessidades materiais básicas, deve ser afastada. Assim, para tomarmos um exemplo da previdência social, deve ser buscada, por uma exigência de justiça social, a maior igualdade possível entre os benefícios: “não corresponde às normas da justiça social e da equidade o estabelecimento de um sistema de seguros e de previdência social para os agricultores, inferior ao das outras categorias sociais. Assim, pois, os regimes de seguro e de previdência em geral *não devem diferenciar-se notavelmente, qualquer que seja o setor em que os beneficiários exerçam a sua atividade ou de que tirem seus proveitos* (grifo nosso).”³³ A previdência deve ser considerada como “um bom instrumento para atenuar a diferença entre as diversas classes sociais.” O conceito de justiça social, na ética social cristã, faz exigências bem precisas, portanto, excluindo a possibilidade de receber qualquer conteúdo: a consideração do ser humano apenas na sua condição de pessoa exige que todos sejam considerados na sua igual dignidade. Ora, no plano socioeconômico, isto significa igualdade material. Uma abordagem da questão previdenciária em termos de justiça distributiva levaria a resultados opostos. Qualidades pessoais como posição (funcionalismo público) ou mérito (dentro do funcionalismo, algumas carreiras) introduziria uma

³¹ TOMÁS DE AQUINO, op. cit., q. 58, a. 7.

³² PIO XI, op. cit., n. 51.

³³ JOÃO XXIII, *Mater et magistra*, n. 135 e 136.

série de distinções para justificar uma igualdade proporcional nos benefícios previdenciários, o que afastaria o direito previdenciário do ideal de igualdade absoluta da justiça social.

1.5. A JUSTIÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: ORDEM ECONÔMICA E ORDEM SOCIAL

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o termo justiça social “em nossa tradição constitucional, deita raízes na Doutrina Social da Igreja”.³⁴ Este termo se faz presente no *caput* do art. 170 e no art. 193.

O *caput* do art. 170 trata dos princípios fundamentais da ordem econômica. Sua redação é a seguinte: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...”. A atividade econômica não tem por finalidade o crescimento econômico e o poderio nacional, mas “assegurar a todos existência digna”. A existência digna é a vida humana realizada, a “vida boa” dos clássicos. Na medida em que todos alcançarem uma existência digna, o bem comum terá sido concretizado. Ora, a justiça social, aquela dirigida à consecução do bem comum, exige de todos, portanto, por meio de seus “ditames”, que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna para todos.

O art. 193 dispõe: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Tércio Sampaio Ferraz Jr. traça as diferenças entre a justiça social na ordem econômica e na ordem social nos seguintes termos: “A ordem econômica deve visar *assegurar* (grifo no original) a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.”³⁵

³⁴ Tércio Sampaio FERRAZ JR., “A legitimidade na Constituição de 1988”, p. 53.

³⁵ idem, *ibidem*.

Deve-se atentar, porém, que o capítulo da ordem social tem como *objetivo* a justiça social, isto é, devem ser atribuídos a todos os bens (que formam o conteúdo do bem-estar) necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de um algum modo. Assim, o direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social: “A saúde é direito de *todos* e dever do Estado” (art. 196). Do ponto de vista jurídico, todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviços públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. A pessoa humana, considerada em si mesma, é o sujeito deste direito. Por outro lado, a “assistência aos desamparados” do art. 6, como o próprio nome indica, só é devida “a quem dela necessitar” (art. 203, *caput*). Vale o critério da justiça distributiva, “a cada um segundo a sua necessidade.” O bem de todos, núcleo do conceito de justiça social, pode assim ser alcançado, considerando cada um como titular de direito apenas na sua condição de pessoa humana ou atentando para algum aspecto relevante (criança, idoso, trabalhador, desamparado, etc). Se é lícito introduzir uma distinção a partir da teoria da justiça, pode-se falar no primeiro caso, de direitos sociais de justiça social (a todos...) e direitos sociais de justiça distributiva (a cada um segundo...).

II. A ESTRUTURA DO CONCEITO DE JUSTIÇA SOCIAL

Neste tópico, proceder-se-á a uma análise sistemática da estrutura do conceito de justiça social, isto é, a sua articulação interna de sentido, o que será feito mediante uma cotejo constante com a justiça distributiva e comutativa.

É necessário, inicialmente, considerar o tipo de relação social que a justiça social se propõe a regular.

Sendo um conceito moral, o conceito de justiça diz respeito a realização de um determinado bem. Em primeiro lugar, portanto, deve-se determinar qual é o bem buscado pela justiça social.

A justiça diz respeito à *praxis*, à ação humana. Deve-se especificar, por conseguinte, qual é o tipo de atividade em que a justiça social é aplicada.

Em seguida, deve-se explorar como se manifestam na espécie justiça social, os elementos do gênero justiça: alteridade, dever, adequação. A alteridade aponta para o fato de a justiça só ter lugar entre sujeitos distintos. Não diz respeito às relações do sujeito consigo mesmo. O dever significa que algo será atribuído a alguém por uma “necessidade racional”³⁶ e não por caridade, generosidade, amizade, etc. A adequação diz respeito ao modo de determinação daquilo que é devido, ou seja, a justiça proporciona um critério para a determinação do *quantum* devido.

A fórmula genérica da justiça se expressa nos seguintes termos: “dar a cada um o que lhe é devido”. É necessário examinar a possível fórmula que concretize, para a justiça social, a referida fórmula genérica da justiça.

Por fim, é preciso examinar a fundamentação ética dos diversos tipos de justiça.

2.1. A RELAÇÃO REGULADA PELA JUSTIÇA SOCIAL: O INDIVÍDUO E A COMUNIDADE

Um dos motivos mais sólidos em favor da divisão tripartite da justiça advém de uma consideração do número de possíveis relações presentes na vida social. A tradição identificou três: a relação do indivíduo com outro indivíduo (relação de parte com a parte); a relação da comunidade com o indivíduo (relação do todo com a parte) e a relação do indivíduo com a comunidade (relação da parte com o todo).

A justiça comutativa trata da relação entre dois indivíduos. Ela trata, portanto, na terminologia da tradição, de relações da parte com a parte no interior do todo social.

A justiça distributiva tem como objeto as relações da comunidade com os seus membros. Ela distribui aquilo que pertence à comunidade (bens ou encargos) entre os indivíduos que a compõem.

A justiça social, por sua vez, trata das relações do indivíduo com a comunidade. É oportuno lembrar, contudo, que para a tradição aristotélica, a comunidade não existe para além dos indivíduos que a constituem. Desse modo, a justiça social, ao tratar daquilo que é devido à comunidade, não faz nada além de determinar quais são os deveres em relação a todos os membros da comunidade. Assim, os deveres de proteção ao meio ambiente, no direito ambiental, dizem respeito,

³⁶ Cf. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 325-326.

diretamente, àquilo que o indivíduo deve à comunidade como um todo, mas indiretamente, a todos os membros da comunidade. Não faz sentido dizer que, por um dever em relação a X ou Y, como particulares, uma floresta não pode ser destruída. Mas é perfeitamente correto afirmar que isto é devido *também* a X ou Y como membros da comunidade, pois no limite os deveres de direito ambiental têm como sujeito titular de direitos cada um dos membros que integram a comunidade.

Assim, a justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade.

2.2. O BEM DA JUSTIÇA SOCIAL: O BEM COMUM

Ao passo que a justiça particular tem como objeto o bem do particular, em uma troca ou distribuição, a justiça social tem por objeto o bem comum.

Como foi visto, isto não significa que a justiça particular possa ser pensada à margem do bem comum. Ao contrário, algo só é devido a um particular em vista do bem comum, seja em uma distribuição, seja em uma troca. A justiça particular visa diretamente ao bem do particular e, indiretamente, ao bem comum. Assim, em uma reforma agrária, que deve reger-se pelos cânones da justiça distributiva, o beneficiado imediato é o sem-terra, mas, indiretamente, toda a sociedade é beneficiada, na medida em que alguns dos seus membros saíam de uma situação de indigência e podem agora exercer uma tarefa produtiva em prol de todos.

Na justiça social, ao contrário, visa-se diretamente ao bem comum e, indiretamente, ao bem deste ou daquele particular. O ser humano é considerado “em comum”, como diz Tomás de Aquino. Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos. Por exemplo, no direito ambiental, o ato de não poluir é algo devido não a este ou àquele indivíduo, mas à comunidade como um todo ou, de um modo mais preciso, este ato é devido a todos os membros da comunidade. O ato que visa diretamente

ao bem comum alcança indiretamente o bem de cada membro da comunidade.

O direito penal, nesta perspectiva, é uma expressão da justiça social: protege-se a pessoa humana como tal, e não este ou aquele membro. Por isso, uma ofensa a um membro é uma ofensa a toda comunidade, e a sua punição (em alguns casos) não depende da iniciativa do indivíduo singular, mas é assumida por um órgão da comunidade. A existência da pena deve-se à justiça social, ao passo que a quantificação da pena fica a cargo da justiça comutativa.

2.3. A ATIVIDADE PRÓPRIA DA JUSTIÇA SOCIAL: O RECONHECIMENTO

A justiça incide sobre um determinado tipo de atividade social. Desse modo, em uma atividade social de distribuição de bens e encargos, tem-se a justiça distributiva como padrão orientador. Na atividade de troca de bens, ou de um modo mais amplo, nas relações intersubjetivas, está presente a justiça comutativa. A justiça social regula uma prática social mais complexa, a prática do “reconhecimento”.³⁷

Por reconhecimento, entende-se aqui a prática de considerar o outro como sujeito de direito ou pessoa, isto é, como um ser que é “fim em si mesmo” e que possui uma “dignidade”³⁸ que é o fundamento de direitos e deveres. Um sujeito de direito ou pessoa só se constitui como tal se for reconhecido por outro sujeito de direito ou pessoa: “O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”³⁹. A justiça social diz respeito precisamente a esta prática de mútuo reconhecimento no interior de uma comunidade.

A justiça social, pois, suprime toda sorte de privilégios, no sentido de uma desigualdade de direitos. Cada um só possui os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um é sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito. A recusa no reconhecimento destrói a comunidade dos sujeitos de direito. Aquele que não é reconhecido como sujeito de direitos no interior da comunidade, também não é sujeito de deveres. Na medida em que os

³⁷ O termo, tornado célebre na filosofia por Hegel, na sua *Fenomenologia do Espírito*, tornou-se uma das questões mais candentes da filosofia política. Para a perspectiva aqui adotada, do “igual reconhecimento”, ver Charles Taylor, “A política do reconhecimento” in *Argumentos filosóficos*, pp. 241-274.

³⁸ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 77.

³⁹ HEGEL, *Princípios da filosofia do direito*, parágrafo 36, p. 56.

demais membros não reconhecem os direitos de alguém, este fica desobrigado de reconhecer os direitos dos demais.

2.4. A ALTERIDADE NA JUSTIÇA SOCIAL: A PESSOA HUMANA

Deve-se determinar o *alter*, isto é, o outro, que é o sujeito beneficiado na relação de justiça.

Quanto ao sujeito da justiça, pode-se dizer que na justiça comutativa, o sujeito é abstraído de qualquer tipo de caracterização. É um sujeito abstrato. Como afirma Aristóteles, “a lei somente considera a espécie do dano e trata como iguais aquele que comete a injustiça e aquele que a sofre”⁴⁰, isto é, a lei não leva em consideração as qualidades pessoais daquele que provocou um dano e daquele que o sofreu, no momento de determinar o valor de uma indenização. O sujeito que provocou o dano é considerado somente na sua qualidade de ofensor e aquele que o sofreu é considerado apenas como vítima, sendo abstraídas todas as suas qualidades pessoais e sociais. O mesmo ocorre nas relações voluntárias. Em um contrato, os indivíduos consideram-se somente no seu papel de contratantes, e não como homem, mulher, funcionário público, cristão, etc. Pode-se dizer, portanto, que a justiça comutativa trata de um sujeito abstrato, considerado somente como participante de uma relação bilateral, voluntária ou involuntária.

Na justiça distributiva, o sujeito beneficiário da distribuição é qualificado pela presença de uma determinada característica e, nesses termos, é um sujeito concreto. A título de exemplo, eis alguns dos critérios listados por Perelman que foram historicamente utilizados para configurar concretamente os destinatários de uma distribuição⁴¹: mérito, trabalho, necessidade, posição. Para exemplificar a utilização dos critérios assinalados pode-se fazer uma aplicação hipotética ao direito previdenciário, um dos ramos do direito mais diretamente ligados à idéia de distribuição. São conferidas pensões maiores a veteranos de guerra: a cada um segundo o seu mérito. Aqueles que decidem permanecer um tempo maior em atividade recebem mais do que aqueles que se aposentaram mais cedo: a cada um segundo o seu trabalho. Aqueles que nunca contribuíram, por não terem tido acesso a um emprego formal, depois de certa idade, receberão um benefício mínimo:

⁴⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 4, 1132a.

⁴¹ Cháim PERELMAN, *La giustizia*, pp. 40-49.

a cada um segundo a sua necessidade. Determinadas categorias de funcionários poderão gozar de um regime especial: a cada um segundo a sua posição.

Como se vê, os indivíduos são colocados como destinatários de um processo de distribuição, na medida em que possuem concretamente as características consideradas como causa da distribuição. Na distribuição, o ser humano é sempre considerado na sua concretude: pobre, trabalhador, funcionário público, etc. O sujeito da justiça distributiva é, portanto, um sujeito concreto.

No tocante à justiça social, o ser humano é considerado como pessoa humana que é membro de uma comunidade específica. O ser humano é considerado “em comum” (Tomás de Aquino) e não na sua singularidade. Isto é, não é X como contratante ou vítima (justiça comutativa) ou como portador de uma qualidade específica que o torna destinatário de um bem ou encargo (justiça distributiva), mas é X simplesmente na sua qualidade de pessoa humana que é considerado como titular de direitos e deveres na ótica da justiça social.

A pessoa humana é um conceito, que dentro da tradição ocidental foi articulada pelo agostinismo e pelo tomismo a partir das discussões sobre as pessoas divinas da Trindade. Para os nossos fins, é suficiente dizer que para essa tradição incorporada no texto constitucional, que utiliza o termo “pessoa humana” quatro vezes, a pessoa humana é um ser concreto, individual, racional e social.⁴² A pessoa humana é um ser concreto, isto é, efetivamente existente. X *tem* uma natureza humana, mas ele *é* uma pessoa humana, na medida em que a natureza humana une-se na existência de X, com toda a carga de contingência e fragilidade que caracterizam todo ser humano singular. De outro lado, a pessoa humana é um ser individual. Ela é um todo em si mesma, não podendo ser reduzida a mera parte de um todo maior. A pessoa humana é também um ser racional, capaz de decidir autonomamente sobre a própria vida e apta a conhecer a verdade, por si mesma. Por fim, a pessoa humana é um ser social, que só alcança o pleno desenvolvimento vivendo em comunidade.

O sujeito na justiça social, isto é, aquele a quem é devido algo, é, portanto, a pessoa humana. São-lhe devidos todos os bens necessários para a sua realização nas dimensões concreta, individual, racional e social. Na justiça comutativa, abstrai-se a comunidade (em um primeiro

⁴² Cf. Luis Fernando BARZOTTO, *A democracia na constituição*, capítulo 5.

momento: toda justiça particular está vinculada, em última instância, ao bem comum, como foi visto); na justiça distributiva, considera-se o indivíduo no *locus* específico que ocupa no interior da comunidade. Na justiça social, ele é considerado simplesmente como uma pessoa humana membro da comunidade.

2.5. O DEVER NA JUSTIÇA SOCIAL: A RECIPROCIDADE

Na justiça, dá-se algo a alguém, porque isso lhe é *devido*. Este dever funda-se na relação social em questão.

Em uma relação de troca entre indivíduos (voluntária ou involuntária), verifica-se a necessidade de uma perfeita identidade entre o que foi dado e o recebido (relação voluntária) ou entre o dano e a indenização (relação involuntária). Isto é, a causa do débito é a equivalência a ser mantida, isto é, a igualdade entre os valores intercambiados pelos indivíduos, como resultado de uma troca voluntária (contrato) ou involuntária (ilícito). Algo é devido na justiça comutativa, a justiça que regula as trocas, em virtude da necessidade de se ter uma *equivalência* entre prestação e contraprestação, dano e indenização.

Na relação da comunidade com os seus membros, que se expressa na atividade da distribuição de bens e encargos, é uma qualidade pessoal do indivíduo que constitui a causa do débito na distribuição. Assim, o parentesco é causa para que alguém receba bens patrimoniais na distribuição de uma herança. O saber é causa para que alguém receba uma vaga de aluno ou de professor em uma universidade. Ter necessidade de terra para subsistir no campo é causa para que alguém receba uma porção de terra em uma reforma agrária. Ser detentor de uma renda considerável é causa para ser contribuinte, na distribuição do encargo que é o imposto de renda. O padrão de correção da distribuição é, portanto, a posse de uma determinada característica pessoal (parentesco, saber, necessidade, renda) que torne o indivíduo destinatário de um processo de distribuição. A justiça distributiva opera, portanto, segundo um dever que se fundamenta em um procedimento de *qualificação/diferenciação* de indivíduos na distribuição de bens e encargos. Algo é devido a X em virtude de uma qualidade pessoal de X, que o diferencia dos demais, estabelecendo o título para exigir uma prestação proporcionalmente diferenciada.

Nas relações do indivíduo com a comunidade, o dever de justiça com todos os demais considerados como membros da comunidade fundamenta-se na *reciprocidade*. Cada um possui a condição de membro da comunidade somente se os outros membros o reconhecem como tal. Isto significa que o reconhecimento implica a reciprocidade: “Eles se reconhecem como reconhecendo-se reciprocamente.”⁴³ Cada pessoa humana só pode esperar ser tratado como pessoa humana por outra pessoa humana. Um indivíduo pode ser reconhecido como pessoa humana por alguém a quem negue essa condição, como a um escravo, por exemplo? Qual é o valor do reconhecimento de alguém que não é reconhecido? Na justiça social, portanto, que trata do reconhecimento da condição de membro da comunidade e dos direitos e deveres inerentes a esta condição, a *reciprocidade* determina o que é devido entre os membros: X deve y a Z na medida em que Z deve y a X.

2.6. A ADEQUAÇÃO NA JUSTIÇA SOCIAL: A DIGNIDADE

Talvez a moral e a religião conheçam deveres incomensuráveis, nos quais não se pode determinar de um modo preciso o que é devido. Ao contrário, na justiça, há um modo de identificar aquilo que é devido: na justiça particular, isso se dá utilizando a idéia de igualdade.

De fato, a justiça distributiva almeja, em toda distribuição, alcançar uma igualdade proporcional. Há uma proporção, ou seja, igualdade de relações, entre pessoas e coisas: quanto mais uma pessoa possui a qualidade requerida para a distribuição, maior será sua participação no resultado da distribuição. Assim, em uma tributação sobre a renda com alíquota de 50%, dois indivíduos, A e B, que ganham respectivamente 100 e 200, terão, como resultado da distribuição do encargo tributo, o dever de pagar 50 e 100. A igualdade foi preservada, na medida em que a relação entre A e B permaneceu a mesma, apesar da diferença numérica no imposto devido: $100/50 = 200/100$.

Na justiça comutativa, busca-se uma igualdade absoluta entre dano e indenização (relações involuntárias) e entre prestação e contraprestação (relações voluntárias). Se A causou um dano de 100 a B, deve indenizá-lo em 100. Se B emprestou 200 a A, deve receber 200 deste último. Há uma perfeita identidade entre dano e indenização, prestação e contraprestação. Aristóteles chamava esta igualdade absoluta de

⁴³ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*, par. 184, p. 144.

aritmética, em oposição à igualdade proporcional da justiça distributiva, denominada por ele de geométrica. A terminologia matemática serve para enfatizar a objetividade da determinação do justo: na justiça comutativa, $100 = 100$, $200 = 200$.

Se a tradição afirma que a igualdade é um critério de adequação ou determinação do *quantum* devido para a justiça particular (distributiva-igualdade proporcional e corretiva- igualdade absoluta) e não para a justiça geral, isso não quer dizer que ela não pressuponha uma certa igualdade.

Não pode haver justiça particular entre sujeitos que já não sejam considerados como iguais de algum modo. As distribuições e trocas ocorrem no interior de uma comunidade onde as pessoas já se consideram como iguais, em alguma medida. Para concorrer a uma distribuição ou operar uma troca, o indivíduo já deve ser considerado como igual aos demais partícipes da distribuição e troca. Para ser, em ato, titular de um direito de justiça distributiva ou de justiça comutativa, o indivíduo já deve ser considerado, em potência, como sujeito de direito. Em outros termos: para ser considerado como portador de um direito de uma igualdade atual, absoluta ou proporcional, o indivíduo já deve ser considerado como igual em um sentido mais básico. Assim, quando a Constituição, no seu art. 203, *caput*, introduz um mecanismo de justiça distributiva, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”, o critério de necessidade, que conduz a uma desigualdade na destinação de recursos públicos (um receberá, outro não), foi feito a partir de uma igualdade básica: a pertença à comunidade política brasileira. Dentro desta é que se opera a diferenciação a partir da necessidade. Assim, cidadãos necessitados e cidadãos não-necessitados, iguais quanto à cidadania, são distinguidos conforme a necessidade.

Esta igualdade básica, absoluta, é uma igualdade na dignidade. Como foi visto acima, a dignidade é o conceito fundante da experiência jurídico-política contemporânea. A “dignidade da pessoa humana” é o termo que expressa o princípio subjacente à justiça social: a pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, individual, racional e social. Ora, elencar os direitos e deveres derivados da mera condição de pessoa é assumir uma determinada concepção do que é a vida boa, a vida plenamente realizada para o ser humano. A comunidade fundada sobre a dignidade da pessoa humana é aquela em que há um consenso sobre uma determinada concepção de vida boa. Todos consideram a todos como sujeitos

merecedores dos bens que integram a vida boa, apenas em virtude da sua condição de pessoas humanas.

Eis um exemplo da diferença entre a perspectiva da justiça distributiva, fundada na igualdade proporcional, e a perspectiva da justiça social, fundada na idéia de dignidade da pessoa humana: “Vem daí que, se as estruturas e o funcionamento de um sistema econômico são de natureza a comprometer a *dignidade humana* (grifo nosso) dos trabalhadores, a enfraquecer neles o senso de responsabilidade, a retirar-lhes toda a iniciativa pessoal, tal sistema é a nosso juízo *injusto*, ainda que as riquezas produzidas atinjam um nível elevado e *sejam distribuídas em conformidade com as leis da justiça e da equidade* (grifo nosso).”⁴⁴ Mesmo que a justiça distributiva, aplicando critérios pertinentes, como “a cada um segundo sua contribuição” e “a cada um segundo sua necessidade”, esteja presente na partilha dos bens produzidos, ainda assim, o sistema econômico pode ser injusto do ponto de vista da justiça social, se viola a dignidade da pessoa humana, que determina que “aquele que produz possa participar da organização da produção e possa encontrar no próprio trabalho um meio de aperfeiçoamento pessoal.”⁴⁵ Para determinar o que é devido em um caso concreto, em termos de justiça social, não basta, portanto, seguir os cânones de igualdade proporcional da justiça distributiva, mas faz-se necessário atentar para os bens de que o ser humano é merecedor em virtude da sua condição humana. Um desses bens é a capacidade de autodeterminação. A ausência desse bem nega uma das exigências derivadas da dignidade da pessoa humana. Assim, mesmo que a igualdade proporcional tenha sido preservada, a dignidade foi violada, o que torna o ato em questão injusto do ponto de vista da justiça social: o ser humano não obteve o que lhe é devido em virtude da sua condição de pessoa.

Deste modo, se o padrão de adequação, isto é, da determinação daquilo que é devido na justiça particular é a igualdade, na justiça social é a dignidade.

Isto posto, convém determinar, para finalizar, qual o papel da igualdade em cada uma das espécies de justiça.

A igualdade da justiça corretiva é uma igualdade absoluta, uma vez que é a igualdade entre coisas, abstraindo-se os sujeitos: $a=a$. A igualdade, na justiça distributiva, é uma igualdade proporcional, uma vez que é uma igualdade entre relações de coisas a sujeitos: o

⁴⁴ João XXIII, *Mater et magistra*, n. 83.

⁴⁵ *idem*, n. 82.

bem/encargo x está para o sujeito A como o bem/encargo y está para o sujeito B. A igualdade da justiça social é uma igualdade absoluta, porque considera simplesmente os indivíduos na sua condição de pessoa humana ou na sua igual dignidade.

2.7. FORMULAÇÃO

Ao contrário de outras virtudes como a coragem ou a temperança, avessas a definições e a formulação de imperativos, a justiça, por sua racionalidade intrínseca e exigência de intersubjetividade, tendeu a expressar-se em fórmulas lingüísticas, da qual a mais célebre é a que nos foi legada pelos romanos: *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu.

Na tentativa de esclarecer o conceito de justiça social, talvez seja oportuno tentar vazar o conteúdo das três espécies de justiça em uma fórmula, para ressaltar a singularidade da justiça social face à justiça distributiva e à justiça comutativa.

A justiça comutativa teria a seguinte fórmula: “a cada um a mesma coisa”. “Cada um” aqui, são os membros da relação que só se definem no interior da relação como contratantes, vítima e ofensor, etc. A justiça comutativa impõe que cada participante da relação tenha “a mesma coisa”. De fato, ela manifesta uma exigência de equivalência que se expressa na necessidade de manter inalteradas as condições anteriores à relação. Se X sofreu um prejuízo de 100, ele deve ser indenizado em 100. Se X emprestou 200 a Y, ele deve receber 200. Em uma troca, deve ser mantida a igualdade absoluta, cada um recebendo a mesma coisa.

A fórmula genérica da justiça distributiva seria: “a cada um segundo...”⁴⁶, devendo ser preenchida com uma qualidade pessoal do destinatário como o mérito, a necessidade, a posição, etc.

A fórmula da justiça social pode ser expressa nos seguintes termos: “a todos a mesma coisa.” “Todos” aqui designa a totalidade das pessoas humanas que compõem a comunidade. A sociedade constitui-se como comunidade no momento em que os indivíduos passam a considerar-se como participantes em um projeto comum de realização de uma determinada concepção de vida boa para os seus membros. Esta concepção de vida boa assume um caráter normativo pelo fato de os

⁴⁶ Cf. Cornelius CASTORIADIS, “Valor, igualdade, justiça, política: de Marx a Aristóteles e de Aristóteles até nós”, pp.373-380.

bens que a compõem (liberdade, saúde, etc.) serem afirmados como direitos. As pessoas tornam-se partícipes da comunidade quando estão engajadas em um processo de garantir os mesmos direitos para todos. Cada um deve respeitar nos outros os mesmos direitos que exige para si. A contrapartida se impõe: todos têm os mesmos deveres, como membros da comunidade. Desse modo, a justiça social é que forma o laço constitutivo da comunidade, uma vez que a existência da comunidade, depende do fato de “todos”, como membros da comunidade terem “a mesma coisa”, isto é, os mesmos direitos e deveres, e não do fato de estarem submetidos a um poder comum, ou habitar o mesmo território.

2.8. FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DA JUSTIÇA SOCIAL: A HUMANIDADE COMO FIM

A Ética, como teoria da *praxis*, tem na justiça um dos seus conceitos centrais. A ação do ser humano como animal social está sempre marcada pela idéia do dever: viver em sociedade é viver em débito. Todos devem algo a alguém, por razões distintas. Por isso, deve-se examinar das razões que fundamentam os vários deveres de justiça.

A justiça comutativa afirma que, em uma relação intersubjetiva, voluntária ou involuntária, a igualdade deve ser preservada. Qual pode ser o fundamento desta espécie de justiça? Como afirma Aristóteles, a troca é que mantém os seres humanos unidos.⁴⁷ A troca, portanto, deve ser preservada, protegida. As condições de correção da troca ou de toda relação social, podem ser representada pelas máximas presentes no direito romano, talvez a experiência mais significativa de um direito organizado em torno da idéia de justiça comutativa: *do ut des e alterum non laedere*.

Do ut des representa a necessidade, em uma relação voluntária, de uma paridade entre as prestações. Toda a dimensão econômica da vida humana, que funciona socialmente por meio de trocas, depende da igualdade entre prestação e contraprestação. A justiça comutativa preserva o espaço em que o ser humano pode manifestar-se como um sujeito de necessidades.

Alterum non laedere expressa algumas das exigências da sociabilidade no seu aspecto negativo. A vida social impõe que a agressão

⁴⁷ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 5, 1132b.

à vida ou ao patrimônio alheio sejam reparadas. A justiça comutativa vincula o causador do dano à vítima, através de medidas que visam “a reparação das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas na sua forma normal.”⁴⁸ O ser humano é definido como um ser vulnerável, que demanda cuidados por parte de todos. A relação “na sua forma normal” é aquela que respeita a vulnerabilidade inerente à natureza humana. Toda violação deve ser reparada segundo uma igualdade absoluta, o que permite, no nível da vida social, a reconciliação objetiva entre ofensor e ofendido.

A justiça distributiva é uma idéia complexa, com uma variedade de padrões de distribuição relativos a esferas distributivas distintas⁴⁹. Contudo, em uma comunidade, tal como foi esboçada aqui, dois são os critérios: mérito e necessidade. Com efeito, não há justiça nas distribuições se, nos aspectos centrais da vida comunitária, não se levar em consideração a contribuição proporcional de cada membro para a vida comunitária e se os mais débeis não forem atendidos na proporção de suas necessidades. Ou seja, a justiça distributiva articula-se, predominantemente, em torno de dois aspectos da condição humana: a dependência (em relação a outrem), como ser de carências, e a independência, como ser livre e racional: “As normas entre aqueles que têm capacidade para dar e aqueles que têm uma maior dependência e uma maior necessidade de receber (as crianças, os anciãos, os deficientes) devem satisfazer o critério que Marx propunha para uma sociedade comunista: ‘De cada um segundo as suas capacidades, a cada um, na medida do possível, segundo suas necessidades’.”⁵⁰ Nos termos dos preceitos de justiça de Ulpiano⁵¹, a justiça distributiva diria respeito ao *suum cuique tribuere*, no qual o *suum* de cada um seria determinado, conforme o caso, pelo mérito ou pela necessidade. Deste modo, a comunidade “será justa para os independentes e também para os dependentes.”⁵²

Por sua vez, a justiça social pode ser fundamentada no caráter social do ser humano. Carente de uma plenitude que só pode ser alcançada na relação com outrem, a pessoa humana se vê envolvida em uma rede de relações de dever. Todos devem algo a todos como

⁴⁸ Émile DURKHEIM, *Da divisão do trabalho social*, p. 37.

⁴⁹ Cf. Michael WALZER, *Las esferas de la justicia*.

⁵⁰ Alasdair MACINTYRE, *Animales racionales y dependientes*, pp. 153-154.

⁵¹ ULPIANO, *Digesto*, I, 1, 10.

⁵² idem, *ibidem*.

membros da comunidade. Em primeiro lugar, todos devem ter reconhecida sua dignidade como seres humanos, o que no campo jurídico-político significa que todos têm direitos e deveres idênticos: “cada cidadão possui os mesmos direitos jurídicos e políticos”, e nesta medida, todos podem desenvolver o “auto-respeito”, que consiste na “consciência da própria dignidade e certa capacidade para pô-la em ação”⁵³ e que depende apenas do *status* de pessoa humana membro da comunidade.

A justiça social, embora articulada como conceito no interior da “tradição de pesquisa racional”⁵⁴ que é o aristotelismo, é a sistematização, em termos da teoria da justiça, do valor da dignidade da pessoa humana presente no desenvolvimento da civilização ocidental. A consciência de um dever de justiça para com o outro em virtude da sua simples humanidade foi formulada de vários modos na nossa civilização. Vamos arrolar algumas dessas fórmulas, todas, em maior ou menor grau, podendo fundar eticamente a justiça social.

O *honeste vivere*, um dos preceitos do direito de Ulpiano, não poderia ser interpretado como uma deferência à *humanitas* presente no outro, um dever de justiça cujo conteúdo seria “respeitar e favorecer o desenvolvimento da personalidade alheia”⁵⁵? A segunda formulação do imperativo categórico de Kant também pode servir de suporte ao ideal de justiça social: “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.”⁵⁶ A formulação mais sintética do fundamento da justiça social, que exige para cada um o que este está disposto a atribuir aos outros como membros da comunidade, está na “regra de ouro”: “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles.”⁵⁷

⁵³ Michael WALZER, *Esfemas de la justicia*, pp. 288 e 286.

⁵⁴ Cf. Alasdair MACINTYRE, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*

⁵⁵ Fritz SCHULZ, *Princípios del derecho romano*, p. 212.

⁵⁶ Immanuel KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 69.

⁵⁷ Lucas 6, 31.

III. A APLICAÇÃO DO CONCEITO: JUSTIÇA SOCIAL E AÇÃO AFIRMATIVA

PRELIMINARES

Utilizaremos aqui, como fio condutor de nossa exposição, a obra de Joaquim Barbosa Gomes sobre ação afirmativa, provavelmente o tratamento mais completo do tema na literatura jurídica nacional.⁵⁸

Gomes define as ações afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas (...), concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.”⁵⁹

O autor referido também situa corretamente a questão da ação afirmativa como um tema pertinente à teoria da justiça. Para ele, “os dois principais postulados filosóficos das ações afirmativas” são “a tese da justiça compensatória e a tese da justiça distributiva.”⁶⁰ De fato, as políticas de ação afirmativa utilizam critérios de raça, gênero e origem nacional, para “corrigir os efeitos presentes da discriminação passada” – justiça comutativa ou compensatória – e para distribuir “bens fundamentais como a educação e o emprego” - justiça distributiva.

Como afirma Gomes⁶¹, no caso *Universidade da Califórnia v. Bakke* (1978), estão presentes tanto a tese da justiça distributiva como a tese da justiça comutativa/compensatória para justificar a adoção de uma política de ação afirmativa que preveja cotas para minorias em universidades. Utilizaremos este caso⁶² para situar, no interior da teoria da justiça, as políticas de ação afirmativa, expondo seus fundamentos – as teses da justiça compensatória/comutativa e distributiva, relacionadas à igualdade – e sua crítica – a “tese” da justiça social, vinculada à idéia de dignidade.

A Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia estabeleceu um programa de ação afirmativa para “assegurar a admissão de um número específico de estudantes de certos grupos minoritários.”

⁵⁸ Joaquim Barbosa GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*.

⁵⁹ idem, op. cit. p. 40.

⁶⁰ idem, op. cit., p. 113.

⁶¹ idem, ibidem.

⁶² Utilizamos a transcrição apresentada no apêndice da obra citada de GOMES, pp. 245-295.

Allan Bakke, um estudante branco, teve sua candidatura à Faculdade de Medicina negada, ainda que tivesse obtido notas maiores que os membros de minorias aprovados. Ele ingressou com uma ação, alegando como principal argumento que o programa de ação afirmativa da Faculdade violava a décima quarta emenda da Constituição americana: “Nenhum Estado poderá (...) negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. Ele teria perdido a vaga, em virtude da discriminação operada pela Faculdade, de ele ser branco.

Após o trâmite do processo nas instâncias inferiores, a Suprema Corte, em uma decisão de compromisso, decidiu pela inclusão de Bakke no rol dos aprovados na Faculdade de Medicina, bem como a inconstitucionalidade do programa rígido de cotas da Faculdade de Medicina, e ao mesmo tempo, afirmou a constitucionalidade de programas de admissão que utilizem o fator racial entre os critérios de seleção, desde que isto seja feito de um modo flexível.

3.1. A TESE DA JUSTIÇA COMPENSATÓRIA/COMUTATIVA

O argumento da justiça compensatória/comutativa é aquele que afirma a necessidade das políticas de ação afirmativa para compensar as vítimas de uma discriminação passada. A sociedade, ao adotar as referidas políticas, está “promovendo, no presente, uma ‘reparação’ ou ‘compensação’ pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais.”⁶³

No caso *Bakke*, o voto do Ministro Powell sustenta que utilizar critérios de seleção de vagas em universidades que identifiquem a raça, gênero ou origem nacional, é permitido na medida em que “o interesse governamental em preferir membros de grupos prejudicados às expensas de outros é considerado substancial, já que os direitos das vítimas devem ser resguardados. Em tal caso, a extensão do dano e a conseqüente compensação deverão ser definidas judicial, legislativa e administrativamente. (...) A Faculdade de Medicina não sugere ter feito, e não tem competência para fazer, tais constatações.”⁶⁴

A justificativa filosófica mais elaborada da tese da justiça comutativa é aquela elaborada por Robert Nozick. Nozick, partindo da idéia de que “os indivíduos têm direitos, e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer sem violar-lhes os direitos”, proclama um

⁶³ GOMES, op. cit., p. 62.

⁶⁴ GOMES, op. cit., p. 266.

individualismo radical que exige o Estado mínimo. Todo Estado maior do que o Estado mínimo, aquele que se limita à função de garantir a segurança, viola algum direito de algum indivíduo. Para sustentar filosoficamente seu individualismo, Nozick volta à idéia do estado de natureza. O estado de natureza nada mais é do que o recurso metodológico que permite visualizar a sociedade do ponto de vista do indivíduo em perfeito isolamento.

Não será explorada a teoria do Estado Mínimo de Nozick, mas apenas a teoria da justiça compatível com seu individualismo.

A justiça, quanto a direitos patrimoniais, seria regida por três princípios. O primeiro deles é o da justiça na aquisição. É justa a aquisição originária de bens, isto é, a apropriação de coisas não possuídas. Em seguida, há o princípio da justiça na transferência. Toda transferência voluntária deve ser considerada justa. Os dois princípios esgotam a justiça nas propriedades. Esta visão ultraliberal, de que os indivíduos adquirem seus direitos simplesmente por sua atuação no mercado, exige, contudo, uma intervenção estatal para impedir injustiças presentes e corrigir injustiças pretéritas. Aqui surge o terceiro princípio da justiça, o mais importante para o argumento deste tópico: o princípio da retificação de injustiças quanto a direitos patrimoniais. Se alguns têm direitos que não foram adquiridos pelos dois primeiros princípios, é porque alguém foi prejudicado, e deve haver uma compensação. Para obter uma sociedade completamente justa, é necessário que toda injustiça presente ou passada seja reparada. Para a injustiça passada, que é o que interessa no argumento do juiz Powell, o princípio da retificação “se vale da informação histórica sobre situações anteriores e sobre injustiças cometidas nelas (...); do mesmo modo, utiliza informação sobre o curso efetivo dos acontecimentos provenientes desta injustiça até o presente.” Constrói-se uma hipótese sobre “o que teria ocorrido se a injustiça não tivesse sido cometida.”⁶⁵

Assim, se os grupos minoritários não tivessem sido oprimidos no passado, opressão que persiste na discriminação do presente, eles estariam devidamente representados nas Universidades. Como isso não ocorre, é necessário uma intervenção governamental (políticas de ação afirmativa com reserva de vagas) para compensar as desvantagens impostas aos indivíduos de grupos minoritários, restaurando assim, a igualdade absoluta que deve reger as relações entre os indivíduos.

⁶⁵ Robert NOZICK, *Anarquia, Estado, Utopia*, p. 156.

3.2. A TESE DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Na interpretação que faz da justiça distributiva, Gomes a define como aquela que “diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.”⁶⁶

Segundo Gomes, o voto do juiz Brennan vincula-se ao argumento da justiça distributiva. No seu voto, afirma ele que a Faculdade de Medicina “poderia claramente concluir que a sub-representação séria e persistente de minorias na medicina, esmiuçada por essas estatísticas, era o resultado dos obstáculos suportados por candidatos de classes minoritárias, decorrendo de um histórico de discriminação deliberada e proposital contra minorias na educação, na sociedade em geral e na profissão médica.” Neste contexto, os programas de ação afirmativa, que distribuem bens como vagas nas Universidades, a partir da consideração da pertença ou não a uma minoria, são “meios apropriados de se assegurar oportunidade educacional igualitária nas universidades.”⁶⁷

Mas a utilização do critério de distribuição “pertença a minorias” não fortaleceria ainda mais a discriminação ao invés de dissipá-la? Não, segundo o mais célebre defensor das políticas de ação afirmativa, Ronald Dworkin. Segundo ele, “os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.”⁶⁸ Curiosamente, para Dworkin, um liberal que sempre se opôs ao utilitarismo, aqui é abertamente utilitarista: “Os programas (de ação afirmativa) não se baseiam na idéia de que os que recebem auxílio têm direito a auxílio, mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional.”⁶⁹ Isto é, ninguém tem direito a uma vaga, nem os beneficiários dos programas de ação afirmativa, nem aqueles que, como Bakke, perderam suas vagas em virtude dos referidos programas. São considerações de conveniência social e não de direitos individuais, que norteiam a escolha de critérios para a distribuição de vagas nas Universidades. As políticas de ação afirmativa introduzem

⁶⁶ GOMES, op. cit., p. 66.

⁶⁷ GOMES, op. cit. pp 293-294.

⁶⁸ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 439.

⁶⁹ idem, op. cit., p. 443.

critérios que instrumentalizam a distribuição de vagas na direção de se obter a superação progressiva da consciência racial na sociedade americana.

Como afirma acertadamente Gomes, a postura de Dworkin depende de uma “visão pró-utilitarismo”, isto é, ele empregou “argumentos utilitaristas” para defender as políticas de ação afirmativa.⁷⁰ O fato de o maior representante do liberalismo norte-americano (juntamente com John Rawls), crítico implacável do utilitarismo, lançar mão de argumentos utilitaristas para justificar o argumento da justiça distributiva nas políticas de ação afirmativa, será assumido como um sinal de que provavelmente esta seja a fundamentação mais sólida para a tese em questão.⁷¹

Segundo Jeremy Bentham, um dos nomes mais representativos do utilitarismo, o governante deve pautar suas ações pelo princípio da utilidade. Este “aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cuja felicidade está em jogo.” Em se tratando da comunidade, o governante deve lembrar que esta “constitui um corpo fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus membros. Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade.”⁷² O governante deve, assim, buscar conduzir sua ação de modo a produzir a maior felicidade para o maior número de membros da sociedade.

Os candidatos preteridos, com Bakke, em virtude de não pertencerem aos grupos beneficiados pelas políticas de ação afirmativa, ficam “desapontados”, merecendo “a devida solidariedade por essa frustração”, mas eles devem entender que vagas em Faculdades de Medicina, como no ensino superior em geral, “são recursos escassos que devem ser usados para oferecer à sociedade aquilo de que ela mais necessita”.⁷³ E o que ela necessita, segundo Dworkin, é a distribuição igualmente proporcional de bens sociais entre os membros dos vários grupos étnicos.

⁷⁰ GOMES, op. cit., p.69.

⁷¹ Gomes expõe uma outra tentativa de fundar a tese da justiça distributiva - a idéia de que todos nascemos iguais. Mas uma distribuição sempre supõe diferenciação, e a própria política de ação afirmativa elege critérios não universalmente partilhados para a distribuição de bens.

⁷² Jeremy BENTHAM, *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, p. 4.

⁷³ DWORKIN, op. cit., p. 451.

3.3. A TESE DA JUSTIÇA SOCIAL: BAKKE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Cada ordenamento jurídico pode ser visto como a expressão histórica das concepções de justiça dominantes em uma determinada sociedade. Isto é, os cidadãos e os juristas têm uma noção do que é devido nas relações entre particulares (justiça comutativa), daquilo que a comunidade deve aos particulares (justiça distributiva) e daquilo que estes devem à comunidade (justiça social). Em suma, as idéias centrais sobre o que a justiça exige, nas suas várias espécies, apresentam-se, de um modo mais ou menos explícito, no direito positivo de cada comunidade.

Desse modo, embora “as exigências da justiça social sejam por toda a parte as mesmas na sua formulação mais abstrata”, deve-se ter presente que, assim como as exigências de outras espécies da justiça que se consubstanciam no direito positivo de comunidades particulares, “a forma concreta das exigências da justiça social dependem das circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura”.⁷⁴ Assim, para se fazer um juízo de valor a partir do conceito de justiça social sobre um problema concreto como o das políticas de ação afirmativa, aquele que emite o juízo deve situar-se em um horizonte de um ordenamento jurídico de uma comunidade particular. É isso que será feito, adotando-se o ponto de vista do direito brasileiro.

Ao contrário do direito constitucional americano, no qual os debates centrais se dão em torno do conceito de igualdade, o direito constitucional brasileiro se articula em torno do conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).⁷⁵ Em termos de teoria da justiça: ao passo que a Constituição americana pode ser vista como um esforço por realizar a idéia de igualdade presente no conceito de justiça particular (distributiva e comutativa) a Constituição brasileira tem na justiça social, fundada na idéia de dignidade da pessoa humana, o cerne do seu ideal de justiça.

Em uma situação concreta como o das vagas em Universidades, esta diversidade de enfoques encaminha uma diferenciação nas questões levantadas: para o jurista americano, a questão é de saber se os diversos grupos sociais estão *igualmente* representados nas Universidades. Para

⁷⁴ Pio XII apud CALVEZ/PERRIN, op. cit., vol. 2, p. 200.

⁷⁵ A principal obra sobre o tema, no direito constitucional brasileiro, é a de INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*.

aquele que se coloca do ponto de vista do direito constitucional brasileiro, a questão que se coloca é a seguinte: qual é o *status* do bem vaga no ensino superior? Se ele faz parte do que os brasileiros consideram como um bem absolutamente necessário para a plena realização do ser humano, ele é devido a todos em virtude da dignidade da pessoa humana, independentemente de pertença a este ou àquele grupo étnico. Se ele não faz parte do núcleo daquilo que a sociedade brasileira considera indispensável à plena realização do ser humano, então ele não é devido a todos, e deve-se considerar qual é o critério da sua distribuição.

A sociedade brasileira, no seu elenco de direitos fundamentais constitucionais, explicitou uma determinada teoria dos bens que são devidos, por justiça, aos seus membros. Alguns bens são devidos todos, em virtude da absoluta necessidade para a plena realização humana (justiça social). Outros, são devidos em virtude da posse de uma determinada qualidade (justiça distributiva). Outros ainda, dizem respeito às trocas entre os particulares (justiça comutativa).

O direito que aqui interessa é o direito à educação. Após ter declarado que a educação é direito de todos (art. 6º e art. 205), o constituinte no art. 208 explicita o conteúdo desse direito.

O ensino fundamental é obrigatório e gratuito, e portanto, direito de todos, configurando um verdadeiro “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º). Na terminologia da teoria da justiça, é um direito social de justiça social, devido a todas as pessoas humanas membros da comunidade brasileira. Para o constituinte, o analfabetismo e a carência dos conhecimentos auferidos no ensino fundamental são obstáculos graves ao pleno desenvolvimento da pessoa e, portanto, são considerados males a serem erradicados, a partir do ponto de vista dos bens necessários à vida boa para o ser humano.

O ensino superior é regulado pelo art. 208, V. O seu teor é o seguinte: “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. Verifica-se que no final do artigo, há uma regra de distribuição do bem “participação nos níveis mais elevados de ensino”: a cada um segundo a sua capacidade. Ou seja, este não é um bem que a Constituição prescreva como indispensável à plena realização do ser humano, e por conseguinte, como algo que deve ser distribuído a todos. Ao contrário, ele limita a oferta desses bens somente àqueles que demonstraram a capacidade para aproveitá-los. O direito ao ensino superior é, assim, um direito social de

justiça distributiva, regulado pelo critério: “a cada um segundo a sua capacidade”.

Isso não significa que o Estado não tenha nenhum dever de justiça social em relação ao ensino superior, isto é, um dever em relação a todos. O Estado deve garantir a todos o “acesso” aos níveis superiores de ensino. Isso significa que ele deve proporcionar a todos as condições – ensino básico e ensino médio, públicos, gratuitos e de qualidade – para que cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades e capacidades para ingressar no nível superior de ensino.⁷⁶

Se em algum momento histórico, a sociedade brasileira incluir no seu rol de bens necessários à vida boa o ensino superior, ela efetuará uma mudança na sua Constituição, assegurando a cada cidadão brasileiro um “direito público subjetivo” a uma vaga nas instituições universitárias. O constituinte transformará um direito social de justiça distributiva em um direito social de justiça social. De qualquer modo, não reservaria vagas a membros deste ou daquele grupo étnico, mas garantiria a todos os brasileiros, vagas no ensino superior.

Determinado o tipo de direito social que é o direito à educação em nível superior na Constituição de 1988, resta avaliar se as teses da justiça comutativa ou distributiva seriam aptas a sustentar um programa de ação afirmativa como aquele analisado no caso *Bakke*.

A tese da justiça comutativa consiste, como foi visto, em compensar ou indenizar membros de grupos que, no passado e no presente, foram discriminados. Mas isso consiste em reduzir essas pessoas à condição de vítimas e não de cidadãos iguais aos outros, o que viola a sua dignidade. Todos devem a todos o respeito pela sua condição de pessoa humana e de cidadão, ninguém podendo ser considerado um membro alheio à comunidade, o que ocorreria se alguns fossem considerados vítimas e outros não. Como bem viu Rosanvallon, a tese da justiça comutativa consiste em reduzir o direito constitucional ao direito civil, em reduzir o cidadão à vítima, tendência dominante nos Estados Unidos, país criador das políticas de ação afirmativa: “A redistribuição social não se fundamenta no reconhecimento de direitos

⁷⁶ O constituinte brasileiro não inovou, neste ponto. Ele apenas assumiu o que está disposto no art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos.”

sociais propriamente, mas deriva de uma radicalização dos direitos civis. Esperam-se efeitos sociais não do reforço do vínculo nacional, mas do aperfeiçoamento da lógica individualista. Uma concepção muito ampla de reparação nos prejuízos serve, neste caso, de substituto de um exercício político de solidariedade. Em uma sociedade de reparação generalizada, a figura central da interação social é a de *vítima* (grifo no original) de outrem, e não do cidadão. (...) Não é como membros da comunidade, e tendo por isso certos direitos sociais, que as minorias procuram hoje beneficiar-se das transferências públicas; elas o fazem apresentando-se como vítimas, de um dano atual, mas também de alguma injustiça passada.”⁷⁷

Se a sociedade brasileira é uma comunidade de pessoas humanas que se reconhecem na sua mútua dignidade, exercendo-a como cidadãos, toda tentativa de vitimização destrói a comunidade, aviltando alguns de seus membros ao rebaixá-los, do *status* de cidadão – a pessoa humana titular de todos os direitos civis, políticos e sociais em uma determinada comunidade política – à categoria de vítima dos outros membros dessa comunidade. Os vínculos fundantes das relações entre os brasileiros, nos termos da Constituição, são vínculos de justiça social, que estabelecem o que todos devem a todos como pessoas humanas com igual dignidade, e não vínculos de justiça comutativa, entre ofensores e prejudicados. O que é devido a um cidadão brasileiro, como o direito à educação, o é na sua condição de pessoa humana membro da comunidade nacional, e não de vítima que exige uma indenização.

A tese da justiça distributiva nos termos em que foi examinada, de conteúdo utilitarista, também não se sustenta diante do ordenamento constitucional brasileiro. A tese da justiça distributiva, calcada em uma visão utilitarista, sustenta que os critérios de distribuição de vagas são critérios não de justiça, mas de utilidade social. Propriamente falando, não há, nesta perspectiva, direito à educação. Todos aqueles que ocuparem vagas no ensino superior, por exemplo, o farão segundo critérios de conveniência social, e não porque a sociedade lhes deve isso: as Universidades, ao decidirem os critérios de seleção, o fazem segundo um “cálculo racional do uso socialmente mais benéfico de recursos limitados.”⁷⁸

Essa fundamentação utilitarista da tese da justiça distributiva apresenta vários problemas, mas podemos apontar apenas aquele que

⁷⁷ Pierre ROSANVALLON, *A nova questão social*, p. 63.

⁷⁸ Ronald DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 450.

toca mais de perto nossa questão: Bakke foi instrumentalizado para resolver um “problema nacional” (Dworkin), como também os membros de minorias que foram aprovados.

De fato, Bakke claramente foi vítima do chamado “princípio sacrificial” do utilitarismo.⁷⁹ De acordo com a percepção utilitária, a distribuição adequada é aquela que conduz “à maior felicidade para o maior número”. Isto significa que aqueles que não integram “o maior número” serão sacrificados para que outros se beneficiem. Assim, o sacrifício de Bakke é exigido pela sociedade.

Mas também os membros das minorias foram instrumentalizados. Também eles estão servindo de um meio para a sociedade alcançar o fim a que se propõe. Michael Sandel esboça o que poderia ter sido uma carta de uma Universidade comunicando a um candidato sua aprovação graças às políticas de ação afirmativa: “Ainda que não seja o resultado de seu próprio esforço, resulta que casualmente você possui as características que a sociedade precisa neste momento, características que nos propomos a explorar para benefício da sociedade admitindo-o como estudante.”⁸⁰ Ou seja, o fato de que o estudante pertence a um grupo minoritário é visto como característica relevante, tendo em vista o objetivo social de ter mais membros de minorias nas Universidades ou exercendo certas profissões. A sua presença na Universidade é um meio para atingir um fim político desejável.

Alguns podem tentar aproximar esta visão da tradição aristotélica, na qual a justiça distributiva dá algo a alguém em vista do bem comum. Essa tese é equivocada por duas razões.

Em primeiro lugar, deve-se afastar a visão do bem comum da visão de utilidade social de Bentham e Dworkin. O bem comum da tradição aristotélica não é o bem da maioria, mas o bem de todos. A distribuição visa imediatamente ao bem do particular e mediatamente ao bem comum, o bem de todos. Desse modo, aquele que não é beneficiado diretamente em uma distribuição, será beneficiado de um modo indireto, na medida em que pertence à comunidade.

Em segundo lugar, para a tradição aristotélica, a justiça distributiva trata daquilo que a comunidade deve ao indivíduo. Ou seja, visa-se diretamente ao bem do particular e indiretamente ao bem da sociedade como um todo. Visar diretamente ao bem comum, manipulando os critérios de distribuição em nome de alguma finalidade coletiva,

⁷⁹ Paul RICOEUR, *Em torno ao político*, p. 115.

⁸⁰ Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, p. 180.

significa destruir a justiça distributiva e utilizar os envolvidos na distribuição como meros instrumentos de fins que lhes são alheios.

Em cada distribuição, deve verificar-se a causa da distribuição, isto é, o critério de distribuição próprio a cada esfera distributiva.⁸¹ O parentesco não é o critério adequado para distribuir cargos públicos, o mérito não é o critério adequado para distribuir bens no interior de uma família. Nas distribuições, a utilização do critério próprio a cada esfera garante que o bem do particular é o fim que está sendo buscado.

Desse modo, ao violar o princípio distributivo próprio ao ensino universitário (capacidade/mérito), em nome de objetivos sociais alheios à esfera acadêmica, o programa de seleção do caso *Bakke* é insustentável do ponto de vista da justiça social, na medida em que toca seu fundamento ético: tratar as pessoas como fins e não como meios. *Bakke* e também os próprios beneficiários do programa foram tratados, na seleção, como meios para um fim estranho à Universidade. De fato, os indivíduos foram qualificados não a partir de critérios acadêmicos, mas de critérios étnicos, na medida em que isso resulta útil para a realização de objetivos sociais relevantes como uma participação proporcional das minorias nas universidades e uma diminuição da consciência racial da sociedade. O candidato a uma vaga acadêmica viu-se assim, instrumentalizado, na medida em que somente foram levadas em consideração qualidades relevantes (étnicas) para a consecução de metas políticas extra-universitárias.⁸²

Assim, políticas de ação afirmativa baseadas na tese da justiça comutativa e da justiça distributiva, ambas voltadas à questão da igualdade, são inconstitucionais do ponto de vista da justiça social, na medida em que, a pretexto de estabelecer a igualdade, viola a dignidade dos envolvidos, seja por reduzi-los à condição de vítima (tese da justiça comutativa) ou à condição de meio (tese da justiça distributiva).

IV. CONCLUSÃO

O objetivo imediato deste artigo foi analisar o conceito de justiça social.

⁸¹ Cf. Michael WALZER. *Las esferas de la justicia*.

⁸² Para esta crítica dos programas de ação afirmativa a partir do argumento da pessoa humana como fim e não como meio, cf. Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, pp. 171-186.

Foi visto como este conceito foi desenvolvido, dentro da tradição aristotélica, a partir do conceito de justiça geral de Aristóteles e de justiça legal de Tomás de Aquino. A partir da ética social cristã, esse conceito ingressa na Constituição de 1988, em dois artigos cruciais, que estabelecem as bases hermenêuticas para toda ordem econômica e social. Em seguida, foram analisados os elementos constitutivos do conceito de justiça social, distinguindo-o dos conceitos de justiça comutativa e distributiva. Por fim, foi analisada uma questão concreta, as políticas de ação afirmativa, à luz do conceito de justiça social.

O artigo teve como objetivo indireto mostrar como é possível, à luz das categorias da teoria da justiça, pensar problemas jurídicos concretos do direito constitucional contemporâneo. Em outros termos, foi uma tentativa de ser fiel ao legado romano de pensar o direito a partir da justiça – “o direito (*jus*) é chamado assim por derivar da justiça (*justitia*)”.⁸³

BIBLIOGRAFIA

- ANTOINE, C. *Cours d'économie sociale*. Paris: Guillaumin, 1899.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Madri: BAC, 1956, vol. 8.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. (Trad. Julián Marias). Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999.
- _____. *Retórica*. (Trad. Antonio Tovar). Madri: Centro de estudios constitucionales, 1990.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação” in STUART MILL e BENTHAM. São Paulo: Abril, 1984.
- CALVEZ, Jean-Yves e PERRIN, Jacques. *Église et société économique*, vol. I. Paris: Aubier, 1959.
- _____. *Église et société économique*, vol. II. Paris: Aubier, 1963.
- CASTORIADIS, Cornelius. “Valor, igualdade, justiça, política: de Marx a Aristóteles e de Aristóteles até nós” in CASTORIADIS, C. *As encruzilhadas do labirinto*. São Paulo, Paz e Terra, 1997, v. 1.
- DIGESTO. Pamplona: Aranzadi, 1968, tomo I.
- DURKHEIM, *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “A legitimidade na Constituição de 1988” in FERRAZ JR. et alii. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

⁸³ ULPIANO, *Digesto* I, 1,1.

- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.
- HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- JOÃO XXIII. "Mater et magistra" in *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: Ltr, 1991
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- MACINTYRE, Alasdair. *Animales racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós, 2001.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado y utopia*. México: Fondo de cultura económica, 1991.
- PERELMAN, Chaïm. *La giustizia*. Giappichelli: Torino, 1991.
- PIO XI. *Quadragesimo anno* in *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: Ltr, 1991.
- _____. *Divini Redemptoris* in *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: Ltr, 1991.
- RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995.
- ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- SANDEL, Michael. *El liberalismo y los limites de la justicia*. Madri: Gedisa, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TAPARELLI d'AZEGLIO, Louis. *Saggio teoretico di diritto naturale*, vol I. Roma: Edizioni della civiltà cattolica, 1949. (1.ed. 1840).
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de cultura económica, 1997.