

**AÇÕES AFIRMATIVAS E LIBERTARIANISMO:
um estudo das ações afirmativas a partir da teoria libertária de Robert Nozick**

**AFFIRMATIVE ACTIONS AND LIBERTARIANISM:
a study of the affirmative actions based on Robert Nozick's libertarian theory**

Bruno Anuniação Rocha¹

Marcelo Campos Galuppo²

RESUMO

Este trabalho se propõe a estudar as ações afirmativas, buscando um fundamento para elas a partir da teoria libertária de Robert Nozick. Realiza-se um breve histórico do constitucionalismo, passando por diferentes concepções de igualdade, até chegar ao Estado Democrático de Direito, no qual as ações afirmativas atualmente estão inseridas. Na sequência, apresenta-se a teoria libertária de Nozick, trabalhando o conceito de liberdade e suas consequências. Em seguida, explicita-se a incompatibilidade dos padrões distributivos com a liberdade. Por fim, apresenta-se um fundamento libertário para as ações afirmativas. A conclusão é que a liberdade impõe restrições à maneira como as pessoas podem ser utilizadas, vedando a intervenção na sua esfera de direitos sem o seu consentimento, senão quando para corrigir injustiças. Não havendo superioridade moral entre os indivíduos, tem-se que ninguém pode ser utilizado como mero instrumento para beneficiar outras pessoas. As ações afirmativas só são legítimas quando visam a compensar injustiças passadas, cometidas pelo desrespeito aos princípios da teoria da titularidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa. Teoria da justiça. Libertarianismo. Robert Nozick.

ABSTRACT

¹ Graduando em Direito pela PUC Minas.

² Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da PUC Minas. Professor do curso de graduação em Direito da UFMG.

This paper aims to study the affirmative actions, looking for a grounding for them based on the Robert Nozick's libertarian theory. For this it realized a brief historical of constitutionalism, passing by different conceptions of equality, until arrive in the Democratic Rule of Law, where the affirmative actions are inserted nowadays. Next it broaches the Robert Nozick's libertarian theory, working on the idea of freedom and its consequences. Then it exposed the incompatibility between the distributional patterns and the freedom. The conclusion is that the freedom imposes restrictions to the manner that people can be used, prohibiting the intervention on their sphere of rights without their consent, unless to rectify injustices. Not existing moral superiority between the individuals, it implies that no one can be used as a mere instrument to benefit other people. The affirmative actions are only legitimate when aim to compensate past injustices, perpetrated by the disrespect of the entitlement theory principles.

KEY-WORDS: Affirmative action. Theory of justice. Libertarianism. Robert Nozick.

1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que os recursos são escassos, garantir muitos direitos a todos se torna uma tarefa inviável, na medida em que demanda uma infraestrutura de coisas, equipamentos e atividades, sobre as quais outras pessoas podem ter direitos e titularidades (NOZICK, 2011). Ao tentar reconhecer todos os projetos dos indivíduos, buscando efetivá-los na medida do possível, o Estado acaba invadindo a esfera de direitos de alguns para garantir direitos de outros, sem que aqueles sejam beneficiados.

Exemplo disso são as ações afirmativas, quando utilizadas como instrumento de promoção da diversidade ou então de compensação injustiças passadas, a partir de concepções de dever natural ou de responsabilidade moral coletiva.

É inadmissível, porém, que a vontade de uns se sobreponha à liberdade dos outros. Não existe nenhuma superioridade moral de uma vida sobre outras, que resulte em um bem social geral maior. Todos são iguais na sua liberdade. Da mesma forma, não existe qualquer dever natural, senão aqueles expressos pelas limitações impostas pela liberdade. Nada justifica que uns sejam sacrificados pelo bem de outros.

Este trabalho se propõe a tratar da teoria libertária de Robert Nozick, buscando legitimar as ações afirmativas como instrumento de compensação, a partir da teoria da

titularidade, afastando concepções de dever natural ou de responsabilidade moral coletiva.

Primeiramente, realiza-se um histórico do constitucionalismo moderno, passando pelas principais matrizes do pensamento jurídico, abordando os diferentes conceitos de igualdade existentes.

Ao tratar da igualdade no Estado Democrático de Direito, apresenta-se as ações afirmativas e qual o papel por elas desempenhado nessa matriz.

Na sequência, trata-se da teoria libertária de Robert Nozick, abordando a fundamentação dos direitos individuais e os limites que eles impõem à ação das outras pessoas. Descobre-se que a liberdade é, ao mesmo tempo, origem de todos os direitos e de todos os limites que podem ser legitimamente impostos às pessoas. A liberdade implica a possibilidade de cada um se valer dos recursos, legitimamente adquiridos, para dar sentido à sua existência. Como uma forma de precisar os limites dessa possibilidade, apresenta-se a teoria da titularidade, que traz três princípios que regem a aquisição e a transferência de bens.

A partir da teoria libertária, apresenta-se uma fundamentação para o argumento compensatório, quando utilizadas como instrumento de retificação de injustiças passadas, materializando o princípio de retificação de injustiças. Como restará demonstrado, a teoria libertária se adéqua a liberdade, diferentemente de outras teorias que adotam padrões distributivos.

Segundo Nozick, a liberdade é a origem de todos os direitos dos seres humanos e, ao mesmo tempo, fonte de todas as restrições legítimas possíveis a serem impostas ao exercício desses direitos. A partir dela é que se deve verificar se existe algum fundamento capaz de legitimar as ações afirmativas.

2 A IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A igualdade é um conceito inerente ao constitucionalismo, que, com a liberdade e a solidariedade, serviu de sustentação ao primeiro grande movimento jurídico moderno a tentar estabelecer uma organização social a partir de ideais republicanos e democráticos, expressando a necessidade do Direito como mediador dos diferentes arbítrios de cada indivíduo (BARROZO, 2004).

No dizer de Canotilho,

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo

moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. (CANOTILHO, 2003, p. 51)

A intenção dessa teoria era estabelecer uma organização da vida coletiva, através do Direito, que “*deveria ser ordenada com base na participação mais ou menos intensa e mais ou menos remota, porém em bases formalmente iguais, dos membros da sociedade.*” (BARROZO, 2004, p. 108). Para tanto, a constituição foi concebida como o instrumento formal de normas fundamentais que dão origem ao ordenamento jurídico. No contexto das revoluções modernas, a constituição se presta a

edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos (...) e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer ordem jurídica estatal. Os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não 'naturalmente desiguais' por integração, segundo a 'ordem natural das coisas', num dado estamento. (CANOTILHO, 2003, p. 57)

É possível verificar, contudo, que nem sempre a igualdade foi tratada de maneira uniforme ao longo da história. Em razão de diferenças temporais, espaciais e culturais, a igualdade assume distintas concepções conforme a matriz vigente. (CRUZ, 2005)

O termo matriz, em vez de paradigma, parece ser mais adequado ao objeto de estudo deste trabalho. Através dele expressa-se a ideia de “*lugar onde algo é gerado, fonte ou origem de algo, algo que está na base, que tem grande relevância, que é primordial, básico, principal*” (GALUPPO, 2007, p. 106). Diante disso, a construção de um conhecimento a partir de uma matriz não refuta os outros conhecimentos concebidos a partir de matrizes distintas. Com efeito, tratando-se de teoria da justiça, isso é extremamente relevante, pois não se trabalha com refutação, mas tão somente, em determinados contextos, com a superioridade de um conhecimento sobre outros. Por fim, o termo matriz, ao significar o ponto de partida para construções coerentes, não implica relativismo, pois não leva em consideração dados quantitativos, afastando-se da concepção política e voluntarista da ciência (GALUPPO, 2007).

Segundo Menelick de Carvalho Netto (2001), o Estado Democrático de Direito não é simplesmente um princípio. Ele configura, na verdade, a matriz constitucional contemporânea. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito significa um conjunto de crenças, valores e premissas que tornam possível a comunicação e limitam a compreensão da realidade.

Nesse sentido, a interpretação da igualdade no Estado Democrático de Direito, assim como em qualquer outra matriz, sempre será limitada por esse conjunto de fatores que, apesar

de nos possibilitar enxergar melhor determinados aspectos do objeto, também nos impede de ver outros, na medida em que condiciona o nosso modo de olhar. Os direitos nada mais são do que interpretações diferentes da igualdade, bem como da liberdade, causadas pelas mudanças de matriz (CARVALHO NETTO, 2001).

Com intuito de compreender melhor a igualdade na matriz constitucional atual, é interessante traçar um breve e não exaustivo histórico, passando por duas grandes matrizes que precederam ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, o Estado de Direito e o Estado Social.

O Estado de Direito foi o marco inicial do constitucionalismo moderno. Ele surgiu como meio de garantir liberdades individuais contra os abusos dos governantes, rompendo com o paradigma antigo-medieval. Essa matriz expressava os ideais liberais clássicos, cuja lógica priorizada o indivíduo em face da coletividade, a partir do raciocínio aritmético de igualdade. Naquele momento, a igualdade passou a ser entendida como um conceito puramente formal e abstrato, que correspondia ao tratamento isonômico de todos os membros da comunidade política perante a lei, extinguindo-se os privilégios que algumas classes outrora detiveram.

Entretanto, diante da apatia do Estado almejada por esse modelo, construiu-se um regime capitalista imperialista, no qual os homens eram explorados pelos seus semelhantes de maneira jamais vista na história. Homens, mulheres e crianças eram submetidos a jornadas de trabalho muito longas, em locais insalubres, auferindo remuneração indigna. Ademais, eram desprovidos de qualquer garantia previdenciária ou social, o que fazia com que fossem simplesmente descartados após o fim de sua vida produtiva fabril.

Como resposta ao quadro caótico proporcionado pelo Estado de Direito, surgiu o Constitucionalismo Social, que transformou o Estado em devedor de prestações positivas aos membros do corpo político, as quais eram manifestadas nas formas de direitos trabalhistas, previdenciários, sanitários, assistenciais, entre outros. Nessa matriz, igualdade envolvia garantias aos direitos econômicos e sociais, coletivos ou difusos, através da ação do Estado, indo além do plano meramente formal, assumindo também uma concepção material (CRUZ, 2005)

Contudo, o projeto do Constitucionalismo Social não se mostrou eficiente, na medida em que lançava mão de técnicas de integração, isto é, de massificação social, impondo um projeto de vida a todos os membros da comunidade política, desrespeitando a pluralidade inerentes às sociedades modernas e contemporâneas.

Diante do fracasso vivido pelo Estado Social, desenvolveu-se a matriz contemporânea

do Estado Democrático de Direito, que passou a reconhecer o pluralismo inerente à sociedade contemporânea, a partir de uma perspectiva democrática, preferindo a técnica de inclusão à de integração³, de forma que nenhum projeto de vida possa ser excluído *a priori* (GALUPPO, 2002). O conceito igualdade deixa de ser meramente formal ou material, e passa a ser entendido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, exigindo o exame de pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito, garantindo a igual participação de todos os membros do corpo político em todas as práticas estatais (CRUZ, 2005).

Assim, o conceito de igualdade adotado pelo Estado Democrático de Direito não exclui a possibilidade de tratar os indivíduos como desiguais, desde que tal tratamento seja legitimado através de um procedimento político do qual todos possam efetivamente participar de forma igualitária.

Entretanto, para que esse novo modelo efetivamente funcione, é necessário que os grupos socialmente excluídos possam ser trazidos para o campo da construção política, através de mecanismos de inclusão formal e material (GALUPPO, 2002).

A inclusão formal se consubstancia no reconhecimento pela lei da autonomia de todos os seres humanos enquanto seres racionais, que implica a universalização do tratamento jurídico dado às pessoas, de forma que não exista nenhuma preferência *a priori* entre os membros da comunidade política.

A inclusão material, por sua vez, significa a extinção de limitações externas que impeçam as pessoas de participar da construção democrática, tais como as limitações impostas pela fome, pela miséria, e pela formação cultural insuficiente. Ela implica, portanto, a garantia de “*condições materiais e culturais para a inserção de cada falante no discurso.*” (GALUPPO, 2002, p. 204-205)

Através dessas duas formas de inclusão, o paradigma do Estado Democrático de Direito reconhece a pluralidade de projetos de vida e a coloca como seu fundamento, de forma que:

o direito de uma sociedade democrática deve cumprir simultaneamente duas tarefas, relativamente a tais projetos. Primeiramente, por estar ligado à dimensão de faticidade, deve realizar, na maior medida possível, o projeto de vida da maioria. Em segundo lugar, por estar ligado também à dimensão de validade, deve preservar, de alguma forma, os projetos de vida alternativos, que podem, inclusive, vir a se tornar

³ Enquanto a técnica de integração parte da massificação da sociedade, tratando seus membros como objetos da política, a técnica de inclusão traz os cidadãos para o campo da construção da cidadania, tornando-os também sujeitos ativos da política. Nesse sentido, a inclusão garante a efetivação da democracia como um processo que demanda a participação efetiva dos cidadãos.

projetos da maioria. (GALUPPO, 2002, p. 209)

Assim, a igualdade no Estado Democrático de Direito não é tida como um princípio materialmente determinado *a priori*, tendo, na verdade, natureza transitiva e reflexiva (BASILE; GALUPPO, 2006). E, justamente em razão dessa natureza, todos os membros da comunidade política devem participar do processo de fundamentação desse princípio.

A igualdade se apresenta, portanto, como pressuposto do Estado Democrático de Direito, não apenas de concretização, mas também de legitimação, na medida em que proporciona o desenvolvimento da competência comunicativa dos indivíduos que, a partir daí, podem participar efetivamente da construção da democracia, através da fundamentação de leis criadas por eles mesmos para regular suas próprias vidas.

2.1 Ações Afirmativas

No contexto do Estado Democrático de Direito, pretende-se que as ações afirmativas assumam um papel precípua de promoção da igualdade. Através delas grupos considerados desfavorecidos ao longo da história são beneficiados, no afã de incluí-los na construção da democracia.

A partir de critérios como origem, gênero, raça ou sexo, as ações afirmativas beneficiam grupos socialmente excluídos em detrimento daqueles que não o são. É o que se vê, por exemplo, na Lei 12.711/2012, que estabelece um percentual das vagas das instituições de ensino federais destinadas aos alunos que tenham cursado integralmente o ensino fundamental ou médio em escolas públicas, separando-os de acordo com a renda familiar e com a raça ou etnia.

Os benefícios proporcionados pelas ações afirmativas assumem diferentes fundamentações, conforme a teoria usada para justificá-las. Todas elas partem de dois argumentos fundamentais, quais sejam, o argumento da diversidade e o argumento compensatório. O primeiro trata as ações afirmativas como instrumento de promoção da diversidade. O segundo concebe as ações afirmativas como forma de compensação por prejuízos causados por atos de injustiças praticados contra as pessoas no passado (SANDEL, 2012).

O argumento da diversidade não depende da existência de discriminação ou desvantagem real a algum indivíduo. Segundo ele, as ações afirmativas não são exclusivamente uma compensação, mas também podem ser utilizadas como instrumento de

realização de objetivos socialmente mais importantes.⁴ Para Nozick, porém, não existem objetivos socialmente importantes que justifiquem a utilização de determinados indivíduos em benefício de outros, de sorte que o argumento da diversidade não se sustenta pela teoria libertária.

Já para o argumento compensatório, as ações afirmativas são espécie de compensação concedida aos descendentes das gerações injustiçadas no passado. De acordo com teorias que defendem um Estado além do mínimo, elas seriam devidas em razão da herança cultural legada, que coloca os descendentes dos grupos marginais em posições de inferioridade ou então com intuito de corrigir a distribuição desigual dos talentos naturais. Contudo, de acordo com a teoria de Nozick, essa fundamentação do argumento compensatório está equivocada.

O próximo capítulo traz uma breve explicação da teoria libertária de Nozick, para em seguida verificar se a partir dela é possível encontrar uma fundamentação para as ações afirmativas.

3 A PROPOSTA LIBERTÁRIA

Robert Nozick, em seu livro *Anarquia, Estado e Utopia* (2011), apresenta questionamentos às concepções de justiça pautadas em fundamentos liberais, comunitaristas e utilitaristas. Para tanto, parte de princípios de justiça usualmente chamados de libertários.

Nozick acredita que os indivíduos possuem direitos muito sólidos e abrangentes, suficientes para impor limites às ações de pessoa ou grupo de pessoas, que possam afetá-los. Ele busca desvendar quais seriam exatamente esses direitos, a fim de definir precisamente os limites da ação, especialmente no que tange ao que o Estado pode ou não fazer em relação aos indivíduos.

Segundo ele, ao considerar a inviolabilidade do ser humano, nenhum indivíduo pode ser forçado a fazer o que não quer. Cada indivíduo já nasce com direitos, que não dependem de outorga, de sorte que a sociedade civil não os cria, mas tão somente evita certas inconveniências do estado de natureza puro e simples, como aquelas relacionadas à aplicação indiscriminada da justiça privada. Assim, Nozick afirma que apenas *“um Estado mínimo, que se restrinja às estritas funções de proteção contra a violência, o roubo, a fraude, a coerção de contratos, e assim por diante, é justificado.”* (NOZICK, 2011, p. i).

⁴ Para exemplificar, segundo o *liberalismo* de Rawls, o objetivo seria a não exclusão de projetos de vidas alternativos aos adotados pela maioria, de forma a não privar as minorias dos direitos básicos, advindos da situação hipotética de equidade. Já para o *comunitarismo* de MacIntyre, o objetivo seria a busca pelos bens internos, através das práticas sociais, que, por sua natureza dinâmica, estão em constante mudança, exigindo diferentes tipos de virtude, conforme o contexto histórico.

Para fundamentar sua posição, Nozick desenvolve alguns conceitos que serão objeto de estudo neste capítulo. A intenção é compreendê-los para em seguida confrontá-los com as ações afirmativas.

3.1 Fundamentação dos direitos individuais

Partindo de uma perspectiva contratualista, Nozick afirma que o acordo de vontades originário da sociedade civil não cria novos direitos para os indivíduos, senão reafirma os direitos individuais já existentes antes dela. Segundo ele, esses direitos advêm de características humanas específicas, valiosas o suficiente para impor limites à ação das outras pessoas. Para estabelecer um ponto de partida para compreensão de sua teoria, importa saber quais são essas características, para em seguida compreender quais os direitos nelas originados.

Tradicionalmente, considera-se essencial à condição de ser humano as seguintes características: (i) ser racional, isto é, capaz de usar conceitos abstratos, não limitados a respostas a estímulos imediatos; (ii) possuir livre-arbítrio; (iii) ser um agente moral capaz de orientar seu comportamento por princípios morais e de se comprometer com uma limitação mútua de condutas. (NOZICK, 2011)

Entretanto, Nozick entende que tais características, quando consideradas isoladamente, são insuficientes para fundamentar os direitos dos indivíduos. A primeira característica, caso fosse suficiente por si só, autorizaria um respeito especial aos direitos daqueles intelectualmente mais desenvolvidos. Seguindo esse raciocínio, seres ainda mais inteligentes teriam o direito de fazer tudo o que quisessem e pudessem em relação aos outros. Isso demonstra a contingência dessa primeira característica, o que a torna frágil para fundamentar os direitos inerentes a todo ser humano. Quanto à segunda característica, ela tão somente reconhece a capacidade dos indivíduos de fazerem escolhas autônomas. Mas daí não se pode concluir que as escolhas autônomas são intrinsecamente boas. Por fim, a capacidade de concordar com outros a respeito de restrições de conduta recíprocas, que diz respeito à terceira característica, demonstra tão somente que o indivíduo é capaz de respeitar limites, deixando indefinido quais limites devem ser respeitados, ou até mesmo se eles deveriam existir.

Para encontrar o fundamento dos direitos individuais, Nozick propõe que a racionalidade, o livre-arbítrio e a capacidade moral sejam tratadas em conjunto, mas não isoladamente:

Em conjunto, não constituem algo cujo significado é claro: um ser capaz de planejar a própria vida no longo prazo, capaz de refletir e decidir com base em princípios ou considerações abstratas que ele formula para si, não sendo, conseqüentemente, um simples brinquedo de estímulos imediatos; um ser que refreia o próprio comportamento de acordo com alguns princípios ou de acordo com a ideia que faz do que seja uma vida apropriada para si próprio e para os outros, e assim por diante. Isso ultrapassa, de qualquer modo, as três características arroladas. (NOZICK, 2011, p. 62-63)

As três características por si só ainda são insuficientes, na medida em que um ser poderia possuir as três, mas *“também ter erguido dentro de si uma barreira particular que o impedisse de agir de acordo com uma concepção geral de sua existência e de suas expectativas em relação a ela.”* (NOZICK, 2011, p. 63). Sendo assim, é necessário acrescentar, como característica complementar, *“a capacidade de ordenar e conduzir sua vida de acordo com a concepção geral que ele decida adotar.”*⁵ (NOZICK, 2011, p. 63). Essa última característica diz respeito àquela delicada noção de sentido da vida:

Organizar a própria vida de acordo com um plano geral é a maneira de que dispõe uma pessoa para dar sentido à sua vida; só um ser com capacidade de organizar sua vida desse modo pode ter – ou esforçar-se por ter – uma vida que faça sentido. (NOZICK, 2011, p. 64)

Nozick admite que é impossível definir de forma objetiva o sentido da vida a ser perseguido por todos, o que aparentemente torna essa noção inconsistente e, partindo de uma conclusão apressada, insuficiente para fundamentar os direitos dos indivíduos. Porém, justamente em razão de sua inconsistência, Nozick conclui que é impossível admitir uma superioridade moral de algumas vidas sobre outras, o que porventura justificaria um tratamento diferenciado dispensado aos indivíduos. Consideradas em conjunto, as quatro características mencionadas implicam a liberdade de todos de viverem suas vidas da maneira que lhes convêm, desde que respeitem o direito alheio de fazer o mesmo. Isso significa que cada um possui a liberdade de viver sua vida de acordo com a sua concepção de mundo, independentemente das noções de virtude ou convicções da maioria. Sendo assim, ele diz que não há como legitimar intervenções coercitivas na maneira como os indivíduos decidem levar suas vidas, senão quando suas escolhas impliquem violação da igual condição de liberdade dos outros.

⁵ Para ilustrar a essencialidade dessa capacidade na compreensão do que nós somos, Nozick sugere que pensemos *“como seríamos diferentes (...) se todos fôssemos amnésicos, esquecendo-nos toda noite, na hora de dormir, dos acontecimentos do dia que findara. Ainda que, por um acaso, alguém reiniciasse a cada dia de onde havia parado na véspera, vivendo de acordo com uma concepção coerente que um indivíduo consciente pudesse ter escolhido, mesmo assim ele não estaria levando o mesmo tipo de vida do outro. Sua vida seguiria em paralelo à outra vida, mas não seria igualmente integrada.”* (NOZICK, 2011, p. 63)

Daí pode-se inferir que o direito individual por excelência é a liberdade, entendida como a prerrogativa que assiste a todo ser humano de viver da maneira que lhe for mais conveniente, segundo sua própria concepção de vida boa, eis que é o único capaz de conferir sentido à sua existência. Da liberdade decorrem os demais direitos. Por outro lado, a liberdade sofre uma única restrição legítima, que é imposta justamente pela mesma liberdade possuída por outros indivíduos.

Com essa fundamentação, Nozick se posiciona contra toda pretensão política que se vale de padronizações, como é o caso do liberalismo (igualitário), do utilitarismo e do comunitarismo. Todas elas tentam legitimar a imposição a alguns indivíduos da obrigação de arcar com custos que beneficiam mais outras pessoas, em nome de um suposto bem social geral maior. Para Nozick, essas teorias ignoram o fato de que os indivíduos são diferentes, com vidas únicas a seguir, e que, em razão disso, nenhum deles pode ser sacrificado pelos outros, senão quando consentirem com isso.⁶

3.2 Restrições indiretas

Diante das considerações acerca do fundamento dos direitos individuais, Nozick se propõe a explicitar os limites à ação impostos por eles. Esses direitos, representados de forma abrangente pela liberdade, significam que a “*soberania do indivíduo, no que se refere a assuntos de consciência, tem prioridade sobre qualquer consenso coletivo*” (BARNETT, 2013, p. 10, tradução nossa).⁷ Assim, pode-se dizer, primeiramente, que os limites jamais podem implicar posturas paternalistas, conquanto lidem com indivíduos plenamente capazes de se valerem de suas faculdades humanas⁸.

Segue-se que, partindo do pressuposto de que a liberdade é a única característica humana compartilhada por todos, como visto na seção anterior, ela deve ser o único fundamento legitimador das limitações a serem impostas. Ela servirá, portanto, como conteúdo moral dos limites. Diferentemente, caso fosse adotado como fundamento uma característica humana contingente, por exemplo, maior capacidade intelectual, estabelecer-se-ia uma superioridade moral dos mais inteligentes, em detrimento dos que são menos. Nozick

⁶ Não trataremos aqui dos detalhes da crítica de Nozick às teorias mencionadas, pois escapam aos objetivos deste trabalho.

⁷ Individual sovereignty with respect to matters of conscience took priority over any collective consent.

⁸ Isso não significa que não haja casos especiais de pessoas não dotadas, ou apenas parcialmente dotadas, dessas faculdades. Situações assim dariam azo a determinadas condutas paternalistas por parte dos responsáveis por essas pessoas. Entretanto, essa discussão escapa aos objetivos deste trabalho. Para mais informações sobre paternalismo libertário ver: SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron**. The University of Chicago Law Review, Chicago, v.70, n.4, p. 1159-1202, outono 2003.

diz, entretanto, que isso é inadmissível, pois nenhuma vida pode ser considerada superior a outra.

Na busca dos limites que esse conteúdo moral implica, Nozick começa analisando uma fórmula que inclui a liberdade na situação final, ou seja, após realizada a ação:

Suponhamos que uma condição que minimize a quantidade total (ponderada) de violações de direitos seja incorporada à situação final desejada que se pretende alcançar. Teríamos, então, algo parecido com um 'utilitarismo de direitos'; na estrutura utilitarista, as violações de direitos (a serem *minimizadas*) simplesmente substituiriam a felicidade total como a situação final relevante. (NOZICK, 2011, p. 34-35)

Ao passo que uma postura utilitarista estabelece limites a partir de uma situação posterior à ação, no caso, a minimização da violação de direitos, autoriza que os próprios direitos sejam violados, desde que isso seja capaz de alcançar a situação final almejada da melhor forma possível. Nesse sentido, um utilitarista de direitos justificaria a violação da liberdade de alguém, no intuito de dissuadir outras pessoas de praticar violações ainda mais graves (NOZICK, 2011).

Entretanto, os direitos das pessoas não podem ser suprimidos, sem o seu consentimento, ainda que em prol de um suposto resultado geral ponderado mais favorável a todos. Na verdade, a liberdade de cada indivíduo é igual, inexistindo qualquer superioridade moral de quem quer que seja. A liberdade, portanto, não comporta cálculo.

Nozick sugere que “*em vez de incorporar direitos na situação final almejada, podemos colocá-los como restrições indiretas às ações a serem praticadas*” (NOZICK, 2011, p. 35). Essas restrições são indiretas pois agem no sentido negativo, restringindo os meios disponíveis para alcançar os objetivos, sejam eles quais forem. O respeito às restrições indiretas, isto é, a não violação dos direitos dos indivíduos, é a condição de legitimidade da ação, independentemente de qual seja seu fim. Logo, essas restrições não dão azo a nenhuma violação de direitos.

A fundamentação lógica das restrições indiretas é feita a partir do princípio kantiano da inviolabilidade do sujeito. Segundo esse princípio, “*os indivíduos são fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem seu consentimento.*” (NOZICK, 2011, p. 37). Ele nasce da segunda fórmula do imperativo categórico: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente*

como meio.” (KANT, 2007, p. 69, grifo nosso).⁹

A inviolabilidade do sujeito, expressa nas restrições indiretas, deve ser observada ainda que se tenha em vista um suposto bem social maior. É verdade que ao escolher como levar nossas vidas, submetemo-nos a sacrifícios para alcançar algum benefício maior ou para evitar um prejuízo maior. Isso ocorre, por exemplo, quando deixamos de ir a uma festa no final de semana para estudar para uma prova difícil a ser realizada na segunda-feira; ou quando preferimos economizar para ter uma poupança que garantirá uma velhice financeiramente tranquila, em vez de atender a todos os nossos desejos consumistas.¹⁰ Como ilustrado nesses exemplos, paga-se um preço em prol de um bem maior. O que está sendo sacrificado nessas hipóteses são coisas que pertencem a quem faz o esforço, tendo em vista um bem também individual, definido de acordo com a concepção de vida boa do próprio sujeito. Situação diferente, entretanto, é aquela em que sujeitos são sacrificados em prol de um bem social maior. Primeiramente, é preciso ter em conta que o conceito de bem está intimamente ligado com a perspectiva de vida boa adotada por cada um, dentre as várias possibilidades, em face da liberdade de o sujeito dotar sua existência de sentido, como visto no item anterior. Talvez a liberdade, como entendida por Nozick, constitua o único bem compartilhado por todos os indivíduos. Em segundo lugar, as entidades sociais não têm bens a sacrificar em prol de seu próprio bem. Quem os tem são apenas os indivíduos, que, por sua natureza, são diferentes entre si (NOZICK, 2011). Apesar de poderem compartilhar das mesmas perspectivas de vida, isso é assunto que toca somente a eles, que, valendo-se de sua liberdade, escolhem seus objetivos e pagam o preço necessário para alcançá-los. Nesse sentido:

Tudo o que se diz sobre o bem social geral constitui um disfarce dessa circunstância. (...) Usar uma pessoa dessa maneira não respeita, nem leva suficientemente em conta, o fato de que ela é uma pessoa *distinta*, de que sua vida é a única que ela possui. Esse sacrifício não *lhe* traz nenhum bem como compensação, e ninguém tem

⁹ Nozick acredita que a simultaneidade do uso da humanidade como fim e meio é alcançada pelo consentimento. Se um indivíduo dispõe dos seus bens para promover uma redistribuição, por exemplo, não se pode dizer que ele está sendo utilizado simplesmente como um instrumento. O consentimento, desde que seja livre, é a condição de legitimidade da utilização do indivíduo e, conseqüentemente, dos seus bens. Portanto, as restrições indiretas não proibem qualquer utilização dos indivíduos, mas tão somente aquela que desrespeite a liberdade, ao tratar os indivíduos *tão somente* como meio. Esse entendimento de Nozick afasta também qualquer utilização dos indivíduos para alcançar fins paternalistas que, apesar de serem tidos como bons por alguns, não são desejados pelos próprios indivíduos.

¹⁰ É verdade que existem situações bem mais difíceis de lidar do que essas. Temos inúmeros casos de crianças, por exemplo, que têm de abrir mão dos estudos, para complementar a renda familiar, submetendo-se a trabalhos muitas vezes incompatíveis com suas condições psicofísicas. Ao que parece, Nozick não quer dizer que problemas como esses são insignificantes. Por outro lado, ele defende que a política não pode tratar os indivíduos como instrumentos para solucionar as mazelas sociais: “*Na falta de uma varinha de condão, o último recurso remanescente para se alcançar a igualdade de oportunidades é convencer cada um a sacrificar alguns de seus bens em prol do objetivo*” (NOZICK, 2011, p. 304).

o direito de forçá-la a aceitá-lo – menos ainda um Estado ou governo, que exige sua submissão (diferentemente dos outros indivíduos) e que, por essa razão, tem de ser escrupulosamente *neutro* entre seus cidadãos. (NOZICK, 2011, p. 40-41)

Assim, as restrições indiretas apresentam-se como forma de moralidade, cujo conteúdo moral é fornecido pela afirmação categórica da independência dos indivíduos, de sua liberdade, cada um com sua própria vida a levar, livres para dar sentido a sua existência. Em suma, elas significam que os indivíduos não podem ser usados em benefício de outros sem o seu consentimento, em razão de sua inviolabilidade.

3.3 Teoria da Titularidade

A partir das restrições morais indiretas, Nozick questiona os conceitos de justiça distributiva difundidos por defensores de um Estado além do mínimo. Segundo o autor, comumente se pensa que a distribuição dos recursos existentes deve ser feita por uma espécie de distribuidor central, de acordo com critérios previamente estabelecidos. Os modelos políticos que partem dessa ideia atribuem essa função ao Estado.

De acordo com esses modelos, a justiça na distribuição é aferida a partir dos critérios adotados pelo distribuidor central, que permitem saber quem deve ficar com o quê. Pode ou não levar em conta a maneira como a distribuição ocorreu, mas deve, necessariamente, observar se foram atendidos os critérios de distribuição estabelecidos. Esses critérios funcionam como princípios estruturais da distribuição, de forma que duas distribuições diferentes, que afetem sujeitos distintos, desde que sejam estruturalmente idênticas, isto é, adotem os mesmos critérios distributivos, são igualmente justas.

Esse esquema distributivo se encaixa perfeitamente às concepções de justiça distributiva trazidas pelas teorias utilitarista, liberal (igualitária) e comunitarista. Vejamos:

- a) a utilitarista lança mão do critério da felicidade, escolhendo entre as distribuições possíveis, aquela que maximize a felicidade geral. Não importa quem ocupe os nichos do esquema distributivo. O fato de X ter cinco e Y dez, ou de X ter dez e Y ter cinco, são distribuições igualmente justas, desde que maximizem igualmente a felicidade geral;
- b) a liberal (igualitária), ao avaliar a justiça de uma situação, não leva em conta somente a distribuição nela contida, mas também o modo como ela foi feita. Diferentemente da teoria utilitarista, que se preocupa apenas com o resultado

maximizante da felicidade geral, a liberal (igualitária) pergunta quem merece o quê. Entende que a distribuição justa deve favorecer a sociedade como um todo, no afã de promover a liberdade igual e a igualdade de oportunidades, chegando ao que Rawls chama de princípio de diferença, segundo o qual, tomando “*a igualdade como base da comparação, os que ganharam mais devem tê-lo feito em condições justificáveis para os que ganharam menos*” (RAWLS, 2008, p. 183-184). Esse princípio é apresentado como o critério distributivo por excelência;

c) a comunitarista adota como critério distributivo as virtudes, entendidas como “*uma qualidade humana adquirida, cuja posse e exercício costuma nos capacitar a alcançar aqueles bens internos às práticas*” (MACINTYRE, 2001, p. 321). Assim, aqueles mais aptos a alcançar os bens inerentes as práticas, os quais são, como já visto, fruto de uma construção histórica, serão os favorecidos por esse padrão distributivo.

Aos princípios de justiça distributiva que adotam esse esquema, Nozick dá o nome de princípios baseados no resultado final ou princípios de situação final.

Em contraponto a esses princípios, Nozick esboça o que chama de teoria da titularidade. De acordo com essa teoria, uma distribuição justa é aquela que se faz nos moldes de três princípios: *princípio de justiça na aquisição; princípio de justiça na transferência; princípio da retificação de injustiças*. Diferentemente das outras teorias, os princípios trazidos por Nozick não são estruturais. Eles dizem respeito a circunstâncias ou ações passadas, que criam direitos diferentes ou merecimentos distintos às coisas, e, por isso, são históricos. Vejamos cada um deles, separadamente.

3.3.1 Princípio de justiça na aquisição

O princípio de justiça na aquisição diz respeito à aquisição original dos bens, a apropriação das coisas não possuídas. Partindo das construções teóricas de John Locke, Nozick diz que “*os direitos de propriedade de um objeto sem dono originam-se da combinação do trabalho de alguém com esse objeto*” (NOZICK, 2011, p. 224). Entretanto, em face da escassez de objetos sem dono que podem ser aperfeiçoados pelo homem, “*não é razoável considerar que o aperfeiçoamento de um objeto assegure o pleno direito de propriedade sobre ele. Pois o fato de um objeto passar a pertencer a uma pessoa muda a situação de todas as outras*” (NOZICK, 2011, p. 226). Essa mudança pode ocorrer no sentido de a apropriação de um sujeito restringir a liberdade que os outros tinham de usar o objeto

antes de sua apropriação. Por outro lado, a apropriação de objetos pelos sujeitos pode melhorar a posição dos outros, na medida em que as coisas que se faz com o objeto apropriado podem melhorar a posição das demais, compensando a liberdade que perderam¹¹. Nesse sentido, importa saber se a apropriação de um objeto sem dono acarreta na piora da situação alheia, para então concluir acerca de sua legitimidade.

Como meio de aferir a piora da situação alheia pela apropriação de algo sem dono, Nozick traz a ressalva de Locke. Segundo essa ressalva, é preciso deixar o suficiente e de igual qualidade, para ser partilhado pelos outros, de forma a evitar que a situação dos demais piore. Aparentemente, o rigor da ressalva lockeana leva à conclusão de que ela nunca foi válida. Isso porque, a partir de uma construção causal, é possível partir da primeira pessoa para quem não sobraram bens em razão da apropriação alheia, e chegar à primeira pessoa que apropriou o primeiro objeto sem dono, construindo uma relação de causa e efeito entre cada uma das apropriações feitas.

Entretanto, Nozick considera essa conclusão apressada. De acordo com ele, “*alguém que, em outra situação, não estaria atendendo à ressalva com sua apropriação, pode ainda realizá-la, desde que compense os outros para que não fiquem em situação pior por causa dela*” (NOZICK, 2011, p. 230). Nozick parece considerar que uma apropriação, apesar não deixar o suficiente e de igual qualidade, para ser partilhado pelos outros, possa ser legítima, caso compense os prejudicados pela apropriação. Assim, ele cria uma versão mitigada da ressalva de Locke, adotando-a para fundamentar o princípio de justiça na aquisição. Podemos resumi-lo – sem embargo dos prejuízos da sintetização – da seguinte forma: é legítima a aquisição de um objeto sem dono, sempre que dessa coisa fique uma quantidade suficiente e da mesma qualidade para os outros, ou que estes sejam compensados pelos prejuízos acarretados pela apropriação exclusiva feita por alguém.

3.3.2. Princípio de justiça na transferência

O princípio de justiça na transferência diz respeito às transferências de bens que uma pessoa pode fazer a outra. Ele limita os processos pelos quais essa transferência pode ser feita de forma justa.

¹¹ Exemplificando, pensemos na apropriação por um sujeito da totalidade de uma substância raríssima, encontrada depois de muito esforço do próprio sujeito, a qual, após ser aperfeiçoada pelo trabalho, transforma-se em um fármaco capaz de curar uma doença até então incurável. Não obstante a restrição da liberdade alheia de utilizar a substância, o benefício trazido pelo trabalho do sujeito é considerável, já que se não fosse por ele, o fármaco não existiria, ou demoraria muito para existir. Entretanto, esse direito de propriedade exclusiva não pode ser considerado eterno, para não violar a ressalva de Locke, como apresentada por Nozick.

De acordo com Nozick, quando respeitado o princípio de justiça na aquisição, a pessoa adquire o direito de propriedade sobre o objeto, podendo usá-lo livremente. Entretanto, é preciso que a ressalva lockeana mitigada também seja atendida no uso e gozo do que foi apropriado, de sorte que não se pode dizer que o proprietário pode fazer o que quiser com seus bens de forma irrestrita. Isso porque a ressalva gera consequências históricas sobre os direitos do proprietário. Nesse sentido, pode ocorrer a apropriação de um bem de forma justa, segundo o princípio de justiça na aquisição, mas ser determinado uso dele ilegítimo. Uma pessoa pode, por exemplo, legitimamente adquirir a propriedade de determinada quantidade de água, agindo de acordo com o princípio de justiça na aquisição. Entretanto, ser-lhe-á ilegítimo transferir essa propriedade, legitimamente adquirida, para uma pessoa ou grupo de pessoas que não observem efetivamente a ressalva, no sentido de privar as demais pessoas de forma irremediável do uso desse bem, matando-as de sede; da mesma forma, ilegítimo será o conluio com outras pessoas, proprietárias de bem da mesma qualidade, ou independentemente delas, com intuito de tornar a situação dos outros pior do que era inicialmente, em desrespeito à ressalva. Caso semelhante, e curioso, seria aquele em que ocorresse um desastre natural, de forma a extinguir quase todos os exemplares de determinado objeto, deixando, por exemplo, apenas um, o qual já foi legitimamente apropriado por uma pessoa. A partir do desastre, os direitos de propriedade dessa pessoa são limitados pela ressalva, no sentido de garantir aos outros o acesso a esse bem, ou de serem compensados. Assim, Nozick diz que

A sombra histórica da ressalva lockiana (*sic*) relativa à apropriação está contida em cada um dos direitos que o proprietário tem sobre o seu bem. (...) Uma vez que se tenha conhecimento de que o direito de propriedade de alguém está em conflito com a ressalva lockiana (*sic*), há limites rigorosos acerca do que esse indivíduo pode fazer com 'sua propriedade' (e fica difícil continuar a chamá-la, sem reservas – pela 'propriedade'). Assim, ninguém pode se apropriar do único poço do deserto e cobrar pela água o que quiser. Nem pode cobrar o que quiser se, por infelicidade, todos os outros poços do deserto secarem, exceto o dele. Essa situação calamitosa – pela qual, reconhecidamente, ele não é culpado – põe em funcionamento a ressalva lockiana (*sic*), restringindo-lhe os direitos de propriedade.” (NOZICK, 2011, p. 232)

Diferentemente do que aparenta, o princípio de justiça na transferência não é um princípio baseado na situação final. O que justifica a incidência da ressalva, de forma a limitar os direitos de propriedade, não é nenhum fator externo. Com efeito, “*os meios para lidar com casos semelhantes são fornecidos por considerações internas à própria teoria da propriedade e à sua teoria de aquisição e apropriação*” (NOZICK, 2011, p. 233). Não é em razão de eventos específicos (uma catástrofe, como no exemplo citado) que a ressalva incide. Ela incide, na verdade, em decorrência da violação dos limites por ela impostos, seja qual for

a razão dessa violação.

O princípio de justiça na transferência, admite, portanto, que o proprietário de um bem legitimamente adquirido o utilize da maneira que quiser, desde que observado os limites impostos pela ressalva.

3.3.3 Princípio da retificação de injustiças

Tendo em vista que nem todas as situações concretas são originadas a partir do cumprimento dos dois princípios anteriores, é necessário que seja inserido um terceiro princípio, o qual visa a corrigir as injustiças porventura ocorridas no processo de aquisição ou de transferência. Esse terceiro princípio é chamado de princípio da retificação de injustiças.

De acordo com Nozick, a constatação de uma injustiça passada (violações anteriores dos dois primeiros princípios de justiça na distribuição das posses) exige que seja acionado o princípio de retificação de injustiças, com intuito de corrigir os desvios. Nesse sentido,

Se pudéssemos provar que aqueles que estão agora no topo da pirâmide são beneficiários de injustiças passadas (...), seria então o caso, segundo Nozick, de corrigir a injustiça por meio de taxações, reparações ou outros meios. Mas é importante notar que tais medidas têm como objetivo corrigir erros do passado, não resolver a questão da equidade em si. (SANDEL, 2012, p. 82).

O que importa é saber quem sofreu as injustiças, quais os bens afetados por elas, bem como a quantificação desse prejuízo, para então aplicar o terceiro princípio. Talvez aqui Nozick se aproxime do argumento compensatório.

Note-se que, diferentemente da conclusão que uma análise superficial nos proporcionaria, a imposição legítima do ônus de retificar as injustiças não está atrelada ao sujeito que as perpetrou. Com efeito, a justiça na distribuição das posses, de acordo com a teoria da titularidade, é histórica, de forma que as injustiças causadas pelo descumprimento do princípio de justiça na aquisição ou do princípio de justiça na transferência surtem efeitos sobre a coisa até que sejam retificadas. Não se faz, portanto, um recorte temporal para analisar distribuição; não se leva em consideração somente a maneira como as coisas estão distribuídas, mas também a maneira como a distribuição foi feita para se chegar a situação atual. Portanto, repita-se, os princípios de justiça distributiva trazidos pela teoria da titularidade não são baseados na situação final e não são padronizados. São, na verdade, históricos. Seus efeitos não se restringem a sujeitos específicos, mas acompanham o objeto, no sentido de limitar os direitos de quem quer que se aproprie dele, caso seja constatada

alguma injustiça:

A teoria da justiça na distribuição das posses afirma, de modo geral, que os bens de uma pessoa são legítimos se ela tem direito a eles por meio dos princípios de justiça na aquisição e na transferência, ou pelo princípio de retificação da injustiça (de acordo com a especificação dos dois primeiros princípios). Se os bens de cada um forem legítimos, então o conjunto total (distribuição) de bens será legítimo. (NOZICK, 2011, 196)

Diante disso, pode-se afirmar que a justiça distributiva não depende de padrões distributivos. Ela depende, outrossim, do atendimento aos princípios de justiça na aquisição e de justiça na transferência, e, no caso de violação de algum deles, a aplicação do princípio de retificação de injustiças. Esses três princípios fundamentam o que Nozick chama de teoria da titularidade.

Em suma, uma teoria de justiça na distribuição das posses pautada na teoria da titularidade, teria a seguinte configuração:

1. A pessoa que adquire um bem de acordo com o princípio de justiça na aquisição tem direito a esse bem
2. A pessoa que adquire um bem, de acordo com o princípio de justiça na transferência, de outra pessoa que tem direito ao bem, tem direito a ele;
3. Ninguém tem direito a um bem exceto por meio das aplicações (repetidas) de 1 e 2. (NOZICK, 2011, p. 193)

Acrescente-se a esse esquema a necessidade de retificação de injustiças, que são verificadas a partir dos princípios de justiça na aquisição e na transferência.

A teoria da titularidade torna ainda mais precisos os limites impostos através das restrições indiretas. A liberdade só faz sentido quando pode ser exercida. Para tanto, todo homem precisa de recursos para alcançar seus objetivos, os quais podem ser adquiridos legitimamente de acordo com os princípios já mencionados. Isso não significa, porém, que o fato de uns terem menos do que outros, para exercerem sua liberdade, seja suficiente para legitimar intervenções coercitivas na esfera de direitos dos que têm mais, para beneficiar os que têm menos. Intervenções coercitivas só são admissíveis para retificar injustiças, caso seja constatada alguma violação dos princípios de justiça na aquisição e na transferência.

Diante disso, o libertarianismo defende que a

“propriedade privada” é o conceito que define a jurisdição de cada indivíduo soberano, que é (...) competente para administrar seus negócios. E a liberdade de contratar governa a transferência desses direitos de propriedade de uma pessoa para

outra. (BARNETT, 2013, p. 11, tradução nossa).¹²

Assim, as restrições indiretas, com a teoria da titularidade, definem quais limites devem ser respeitados no exercício da liberdade de cada um. Ninguém pode subtrair a propriedade legitimamente adquirida, independentemente do motivo, sob pena violar as restrições, dando azo à incidência do princípio de retificação da injustiça.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS E LIBERTARIANISMO

Neste capítulo, explica-se a incompatibilidade dos padrões distributivos com a liberdade. Em seguida, apresenta-se uma fundamentação libertária para as ações afirmativas, a partir da teoria da titularidade.

4.1 A liberdade e os padrões distributivos

A liberdade, vista a partir da perspectiva libertária, é o direito fundamental de todo homem de viver de acordo com sua própria escolha, respeitando a igual liberdade dos outros, valendo-se dos recursos que obtiver de acordo com os princípios da teoria da titularidade, para alcançar os fins que escolher para si. Essa concepção de liberdade expressa a capacidade inerente a todo homem de dar sentido à sua existência, por meio da busca pelos fins que cada um elege para si, de acordo com a ideia de vida boa que adota. Ser livre para essa busca é, por si mesmo, capaz de conferir sentido para sua existência:

O valor final de nossas vidas é de um advérbio não de um adjetivo – uma questão de como nós realmente vivemos e não de uma etiqueta colada ao resultado final. É o valor da *performance*, não de qualquer outra coisa deixada quando a *performance* é subtraída. (DWORKIN, 2011, p. 613)

Nesse sentido,

A liberdade capacita o indivíduo, que vive em sociedade com outros, a perseguir a felicidade, ou a vida boa. A vida boa é o fim fundamental, consistente em uma miríade de fins secundários, do amor à caridade, excelência intelectual ou força física. Ao mesmo tempo que todos os seres humanos compartilham uma natureza comum uns com os outros (...), nenhum potencial humano é exatamente o mesmo que qualquer outro. E nossa natureza comum requer que nossas virtudes sejam desenvolvidas a partir de nossas próprias escolhas, e não impostas por algo superior.

¹² “private property” is the concept that defines the proper jurisdiction of each sovereign person who is (...) competent to manage his or her own affairs. And freedom of contract governs the transfers of these property rights from one person to another.

(BARNETT, 2013, p. 1-2, tradução nossa).¹³

A liberdade, portanto, assume um papel precípua na vida humana, à qual todos os outros direitos fazem referência.

Os padrões distributivos, entretanto, não são adequados aos limites impostos pela liberdade, expressos pelas restrições indiretas, porque as transferências voluntárias de bens realizadas entre os indivíduos não respeitam sempre um padrão único e pré-determinado. O ser humano não é uma máquina, cujos critérios de funcionamento já são prévios e completamente determinados.

As transferências voluntárias de bens podem ocorrer por inúmeras razões: doação a um amigo necessitado, troca lucrativa, recompensa por mérito, herança, etc. Isso significa que:

há um propósito no fato de alguém transferir um bem para determinada pessoa e não para outra; que geralmente é possível perceber o que a pessoa que transfere o bem imagina estar ganhando, a que causa imagina estar servindo, que objetivos pensa estar ajudando a alcançar, e assim por diante. (NOZICK, 2011, p. 204)

Isso não quer dizer, porém, que essas transferências sejam padronizadas. Cada uma delas atende a um fim específico, seja ele qual for. Uns doam por altruísmo, outros porque querem fama; uns preferem trocar com X porque são amigos, outros preferem trocar com Y porque as vantagens econômicas são mais interessantes, etc. Entre as razões não há uma necessária convergência, o que caracterizaria um padrão. Não obstante, a existência de fins específicos para cada transferência demonstra a inteligibilidade do conjunto de bens gerado por elas, seja ele qual for (NOZICK, 2011).

Diante dessas peculiaridades, pode-se afirmar que, ainda que um padrão distributivo venha a ser adotado, a liberdade naturalmente o destruiria.

Para demonstrar como isso acontece, considere-se uma situação distributiva X¹, na qual os indivíduos A, B e C possuem, cada um, R\$1.000,00, adquiridos de forma legítima, em conformidade com os princípios da teoria da titularidade. Considere-se, ainda, que tal distribuição atenda a um padrão distributivo P, segundo o qual A, B e C, merecerem parcelas iguais do total de bens existentes. Todos eles são exímios jogadores de pôquer, e resolvem jogar uma partida. Cada um deles aposta a quantia de R\$300,00, utilizando parte dos bens que

¹³ Liberty enables the individual who is living in society with others to pursue happiness, or the good life. The good life is an ultimate end consisting of a myriad of subordinate ends, from love to charity to excellence in one's intellectual and physical powers. While all humans share a nature in common with others (...) no human's potential is exactly the same as any other. And our common nature requires that our virtues be developed from our own choices, not imposed from above.

legitimamente possuíam. Ao final, o indivíduo C sai vitorioso, aumentando seu patrimônio em R\$600,00 (já que R\$300,00 já eram dele antes do jogo). A partir desse evento, a distribuição para a ter a seguinte configuração: A possui R\$700,00; B possui R\$700; C possui R\$1.600,00. Essa nova distribuição, que chamaremos de X^2 , não atende ao padrão distributivo P. Entretanto, será possível considerar essa redistribuição injusta? Se sim, por qual motivo seria injusta?

A distribuição X^2 não é compatível com o padrão distributivo P, de sorte que seria necessário, para atender ao esquema distributivo exigido pelo padrão, interferir nas transações feitas entre os indivíduos, tomando R\$600,00 adquiridos por C através da aposta, que foi uma transação com a qual todos os indivíduos consentiram, para dar R\$300,00 para A e R\$300,00 para B. Mas será possível justificar tal interferência? Com qual fundamento legítimo A e B poderiam revindicar os R\$300,00 que voluntariamente apostaram e perderam?

Não há dúvida que a distribuição X^1 era justa, eis que foi feita de acordo com os princípios da teoria da titularidade. A partir dela, os indivíduos realizaram transferências entre si, valendo-se de sua liberdade, o que gerou a nova distribuição X^2 . Ao passo que X^1 era justa, e que não houve nenhuma violação dos princípios de justiça na aquisição e na transferência, por que X^2 seria injusta?

Dizer que X^2 é injusta tão somente pois não se adéqua ao padrão P não parece ser uma boa justificativa. Os recursos que cada indivíduo possui servem para ser utilizados na busca pelos fins de cada um. Não é razoável impedir que eles apostem entre si, por exemplo, tão somente porque isso geraria uma situação incompatível com o padrão distributivo. Admitir isso seria o mesmo que negar sua liberdade, igualmente possuída por todos, impondo-lhes limitações arbitrárias, cujo fundamento dificilmente será universalmente compartilhado. Nem todos estão dispostos a abrir mão de parte de seus bens para colocar os menos favorecidos em situação patrimonial equitativa em relação aos mais afortunados, ou então para maximizar a felicidade geral, tampouco para promover um bem social maior, ainda mais em sociedades democráticas, tipicamente pluralistas, com pessoas que adotam perspectivas de vida boa muitas vezes divergentes. Nesse sentido, Nozick afirma que não há nenhum fundamento legitimador da imposição de limitações ao exercício da liberdade, senão aqueles que ela mesmo exige, expressos pelas restrições indiretas e pela teoria da titularidade.

No exemplo dado, a mudança de X^1 para X^2 foi causada por apostas, mas poderia também ter sido por qualquer outra transação, como as oriundas do trabalho, do comércio, de doações, etc. Cada transação possui seus fins próprios, que nem sempre (talvez quase nunca) vai ao encontro de um padrão distributivo, gerando as distorções incompatíveis com ele:

A ideia de que os bens *devem* atender a um padrão talvez pareça menos razoável quando se perceber que a consequência disso é que as pessoas podem não ter a opção de praticar ações que perturbem o padrão, mesmo com coisas que possuem de maneira legítima. (NOZICK, 2011, p. 284)

Isso posto, insistir na adoção de padrões distributivos, que serão inexoravelmente perturbados pelas transferências voluntárias, significa admitir reiteradas intervenções coercitivas e arbitrárias na liberdade de cada um, no intuito de corrigir as distorções que as transferências promoveriam.

Por esse motivo, a proposta libertária se mostra mais coerente com a liberdade. Para ela, a justiça na distribuição depende tão somente do sistema de titularidade, que “*é defensável quando é composto pelos objetivos particulares das transações particulares. Não é necessário nenhum padrão de distribuição.*” (NOZICK, 2011, p. 205). Nesse sistema, portanto, cada um pode dispor de seus bens de acordo com sua vontade, desde que observados os princípios da teoria da titularidade, independentemente da vontade da maioria.

4.2 Fundamentação libertária para o argumento compensatório

Os princípios históricos da teoria da titularidade significam que “*não se pode decidir se o Estado deve ou não fazer algo para alterar a situação simplesmente levando em conta o perfil distributivo ou fatos como esses.*” (NOZICK, 2011, p. 302). A justiça na distribuição dos bens depende tão somente do modo como ela ocorreu. Esse modo deve estar de acordo com os dois princípios: princípio de justiça na aquisição e princípio de justiça na transferência.

Caso seja constatada alguma violação desses dois princípios, um terceiro deve incidir, no intuito de corrigir a injustiça por ela causada. Esse terceiro princípio é chamado de princípio de retificação de injustiças.

Esses princípios em conjunto expressam a historicidade da justiça na distribuição baseada na titularidade, segundo a qual “*as circunstâncias ou ações passadas podem criar direitos diferentes ou merecimentos distintos às coisas*” (NOZICK, 2011, p. 199). Ao aferir a justiça na distribuição de acordo com a titularidade, não se leva em consideração a configuração do conjunto de bens, mas tão somente o processo pelo qual se chegou até ele. Como dito anteriormente, seus efeitos não se restringem a sujeitos específicos, mas acompanham o objeto, no sentido de limitar os direitos de quem quer que se aproprie dele,

caso seja constatada alguma injustiça.

A partir dessas ponderações, pode-se inferir que as ações afirmativas são legítimas se utilizadas como meio de compensar aqueles que sofreram as consequências de injustiças causadas por desrespeito aos princípios de justiça na aquisição e na transferência, materializando o princípio de retificação de injustiças. Tal compensação deve ser feita a partir dos bens maculados pelas injustiças passadas, independentemente de considerações acerca de quem os possui ou de quem de fato perpetrou as violações aos dois primeiros princípios. Ela é devida ainda que se tenha de zerar o registro histórico de injustiças.

Não se pode deixar de questionar, entretanto, a viabilidade da aplicação do princípio de retificação de injustiças. Tratando-se de uma injustiça recente, não há grandes dificuldades para constatar quem sofreu, à qual objeto a injustiça está atrelada e, por fim, quantificar o prejuízo. Situação diferente, porém, é aquela em que a injustiça ocorreu há muitos anos. Com o passar do tempo, torna-se cada vez mais difícil identificar quem sofreu, quais bens estão efetivamente maculados pela injustiça, bem como os indícios que serviriam como parâmetro quantitativo da compensação. As pessoas morrem e os bens perecem, o que dificulta a aplicação do princípio para corrigir injustiças muito antigas. Isso, porém, não coloca em xeque sua validade em termos de justiça, apesar de apresentar sérios problemas práticos.

5 CONCLUSÃO

A pluralidade é algo inerente à sociedade contemporânea. Não há como suprimi-la, desrespeitando a liberdade de cada um, bem como não se pode olvidá-la, fingindo não apresentar problemas para a organização social. Em vez disso, é preciso encará-la e sugerir soluções para evitar o caos social.

Enquanto teorias como o liberalismo (igualitário) e o comunitarismo apresentam propostas de um Estado mais abrangente, que implica intervenções indevidas na liberdade de cada um, o libertarianismo surge como uma proposta mais moderada, restringindo as intervenções coercitivas ao mínimo necessário para corrigir injustiças causadas pelo desrespeito à liberdade alheia. Para tanto lança mão da liberdade como fonte dos direitos e, ao mesmo tempo, como limite do exercício desses direitos. É esse limite que a teoria da titularidade e as restrições indiretas expressam.

A teoria da titularidade estabelece que a distribuição dos bens não precisa atender a nenhum padrão, senão ter sido feita de acordo com três princípios: princípio de justiça na aquisição, princípio de justiça na transferência e princípio de retificação de injustiças. As

restrições indiretas, por sua vez, expressam a importância da liberdade de cada indivíduo, colocando-a como limite à ação dos outros, restringindo os meios disponíveis para alcançar os objetivos de cada um, sejam eles quais forem. A teoria da titularidade complementa as restrições indiretas, estabelecendo as formas de aquisição legítima dos recursos, que são essenciais para realização dos projetos de vida de cada um, isto é, dos seus objetivos, no exercício da liberdade.

É preciso destacar que em nenhum este trabalho pretende menosprezar as mazelas sociais. Acredita-se que elas devem, sim, ser sanadas, mas os recursos necessários para esse fim não podem ser obtidos de forma coercitiva, ignorando a liberdade de cada um.

Para conseguir, de forma legítima, que os recursos das pessoas sejam utilizados na busca por determinados fins, como para ajudar os menos favorecidos, é necessário que a sociedade se organize de forma a convencer cada um a participar dessa busca. Ressalte-se que a palavra é *convencer*, e não *coagir*. Talvez esse convencimento possa ser alcançado com a promoção da solidariedade, tentando construir uma identidade comum para os cidadãos.

A única intervenção coercitiva possível é aquela que visa a corrigir atos contrários à liberdade, isto é, que extrapolem os limites delineados pelas restrições indiretas e pela teoria da titularidade, configurando injustiças. Assim, o libertarianismo não descarta as ações afirmativas, mas tão somente restringe o seu uso ao objetivo de retificação de injustiças, compensando os prejudicados, a partir dos bens historicamente afetados por elas, na exata medida do prejuízo proporcionado. Em outras palavras, elas são legítimas quando utilizadas como meio de efetivar o princípio de retificação de injustiças.

Há que se dizer que a dificuldade de aplicação do princípio de retificação de injustiças deixa, de fato, uma lacuna significativa na teoria libertária de Nozick. Entretanto, essa dificuldade não é suficiente para descartar os fundamentos de sua teoria, preferindo a adoção de propostas problemáticas como as do liberalismo (igualitário) e do comunitarismo. A melhor opção é, na verdade, integrar sua teoria com uma formulação mais precisa acerca de como o princípio de retificação de injustiça deve funcionar. Para tanto, é necessário um estudo que leve em consideração informações históricas que apontem as injustiças ocorridas e informações sobre as consequências que elas causaram até hoje, para em seguida formular distribuições probabilísticas de como a situação atual seria, caso as injustiças não tivessem ocorrido. Essa é uma tarefa que ainda precisa ser cumprida.

REFERÊNCIAS

BASILE, Rafael Faria; GALUPPO, Marcelo Campos. **O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito de Direito**. Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 99, 2006.

BARNETT, Randy E. **Afterword: The Libertarian Middle Way**. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 13-011, 2013.

BARROZO, Paulo Daflon. **A idéia de igualdade e as ações afirmativas**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 2004, n. 63, p. 103-141, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ética do administrado para uma reflexão acerca do controle de constitucionalidade das leis no brasil**: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In Revista Fórum Administrativo, n. 1, Belo Horizonte: Fórum Limitada, março de 2001, p. 11-20.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221 p.

DWORKIN, Ronald. **O que é uma vida boa?**. Tradução Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. Rev. direito GV [online]. 2011, vol.7, n.2, pp. 607-616. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 mai. 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Matrizes do Pensamento Jurídico**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 10, p. 105-117, 2007

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed. 70, 2007. 117 p.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. **A política de cotas raciais e a Teoria Compensatória**. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/a-politica-de-cotas-raciais-e-a-teoria-compensatoria>> Acesso em: 10 abr. 2013.

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**. São Paulo: EDUSC, 2001. 477 p.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. 476 p.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. 430 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 764 p.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 349 p.