

## A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN E UMA ANÁLISE JURÍDICA DE PROGRAMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS | RONALD DWORKIN'S THEORY OF JUSTICE AND A LEGAL ANALYSIS OF AFFIRMATIVE ACTION PROGRAMS

RANGEL MENDES FRANCISCO

**RESUMO** | O presente trabalho objetiva analisar juridicamente políticas de ações afirmativas em meio à teoria da justiça de Ronald Dworkin, que se situa na doutrina denominada igualitarismo liberal. Primeiramente, apresenta-se a concepção dworkiniana de igualdade e como programas de cotas, se eficientes, podem servir a essa abordagem. Em um segundo momento, distinguem-se as questões de política e de princípio, demonstrando a importância de tal distinção do ponto de vista do direito e como ela pode conferir legitimidade jurídica às ações afirmativas. Adiante, são introduzidas possíveis interpretações que a Constituição dos Estados Unidos pode conferir ao direito à não discriminação racial. Por fim, as duas últimas seções são dedicadas à distinção entre dois tipos de igualdade e à análise de direitos potencialmente contrários às políticas de cotas. É concluído que programas de ações afirmativas são legítimos a partir da perspectiva do igualitarismo liberal, assim como da ótica do direito.

**PALAVRAS-CHAVE** | *Ronald Dworkin. Ações afirmativas. Cotas raciais. Teorias da justiça. Igualitarismo liberal.*

**ABSTRACT** | *The present work aims at legally analyzing the policies of affirmative action inserted in Ronald Dworkin's theory of justice, placed in the doctrine entitled liberal egalitarianism. Firstly, it is presented the Dworkinian conception of equality and how the quotas program, if efficient, could suit this approach. In a second moment, the matters of policy and principle are distinguished, indicating the importance of such distinction from the law's point of view and how it can provide juridical legitimacy to the affirmative actions. Forth on, the possible interpretations that the United States Constitution can grant to the right to non-racial discrimination are interpreted. Finally, the last two sections are dedicated to the distinction between two types of equality and to the analysis of rights potentially opposed to the quota policies. The conclusion is that affirmative action programs are legitimate from the liberal egalitarianism perspective as well as from the legal standpoint.*

**KEYWORDS** | *Ronald Dworkin. Affirmative actions. Racial quotas. Theories of justice. Liberal egalitarianism.*

## 1. INTRODUÇÃO

**A** igualdade é o valor paradigmático da filosofia política contemporânea. Ronald Dworkin constrói a sua obra visando a defender a melhor concepção de igualdade, sendo esta, na sua visão, a igualdade liberal. Como teoria de justiça distributiva, o autor argumenta a favor da concepção chamada igualdade de recursos, que será explorada neste trabalho.

Para o autor, o igualitarismo liberal<sup>1</sup> constitui uma moralidade política autêntica e coerente, formando-se a partir de um conjunto determinado de metas políticas constitutivas e derivadas. As primeiras são valorizadas por si mesmas, enquanto as segundas são valorizadas como estratégias para o alcance de metas constitutivas (DWORKIN, 2001, p. 273).

Como exemplo de metas políticas constitutivas do liberalismo, Dworkin cita a assistência social e, por meio dela, a exigência da redução de desigualdade de riquezas, além da oposição quanto a regulamentações do discurso político. Essas, dentre outras, são chamadas de “pedras de toque” do pacote liberal (DWORKIN, 2001, p. 294). O presente trabalho, no entanto, visa a analisar uma meta que Dworkin entende como sendo derivada: as ações afirmativas.

Como programas de cotas, por exemplo, servem às metas constitutivas do igualitarismo liberal, enquanto estratégia? Por meio de medidas ou atos temporários que objetivam atenuar problemas sociais construídos historicamente, podem-se reduzir injustiças estruturais e construir uma comunidade mais igualitária. Pensando nisso, discutem-se quais são as implicações jurídicas de tais ações, bem como o quão justo pode ser um ato que, apesar de tratar os indivíduos como diferentes, objetiva corrigir desigualdades anteriores.

---

1 Neste texto, será utilizado o termo “igualitarismo liberal” para se referir à teoria da justiça dworkiniana, como sugerido por Darlei Dall’agnol (2005), que o faz com o fim de diferenciar as teorias de Dworkin e de Rawls. Em outros trabalhos, também é comum que se encontre o termo “liberalismo igualitário”.

Ronald Dworkin defende que tais programas têm sido positivos à redução da desigualdade, funcionando como importante estratégia para que se concretizem as metas constitutivas. Com isso, faz-se necessário demonstrar como as ações afirmativas se enquadram em uma concepção de igualdade defendida pela igualdade liberal, além de responder se há direitos que se oponham às políticas desta natureza, independentemente de quão benéficas elas podem ser.

## 2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O CONTEXTO DA CONCEPÇÃO DWORKINIANA DE IGUALDADE

A tarefa de demonstrar como as ações afirmativas podem servir de instrumento para que se concretizem metas do igualitarismo liberal defendido por Ronald Dworkin passa por uma análise da sua concepção de igualdade. É necessário, portanto, analisar como o filósofo defende a importância do ideal igualitário e como políticas de cotas, por exemplo, podem ser justas sob a ótica da igualdade liberal.

Na introdução de *Virtude Soberana – a teoria e a prática da igualdade* (2005), Dworkin afirma que princípios igualitários se encontram ameaçados dentre os ideais políticos. A tese de que a riqueza de uma nação tenha de ser dividida simetricamente é vista como ultrapassada, da mesma forma que qualquer ideal igualitário diferente é tido como utópico. Pode-se, então, ignorar a igualdade enquanto valor normativo?

Para o autor, a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política, e qualquer governo, para ser considerado legítimo, deve, primeiramente, demonstrar igual consideração pelo destino de todos os cidadãos (DWORKIN, 2005, p. IX). Tal ideia - de igual respeito e consideração - constitui um *princípio abstrato de igualdade*, que é transcendente ao igualitarismo liberal e a outras correntes da teoria da justiça. Sendo a igual consideração decisiva para que haja legitimidade política, é necessário apontar o que o ideal igualitário rejeita e o que ele realmente requer. Qual é o conceito

normativo de igualdade defendido por Dworkin? Dworkin irá rejeitar o ideal de igualdade material absoluta, em que a distribuição é indiscriminada. Não é justo, para o autor, que, em meio ao processo de redistribuição, aqueles que pouco ou nada trabalharam, recebam tanto quanto quem se dispôs a trabalhar:

[...] a igualdade absoluta e indiscriminada não é apenas um valor político fraco, ou um valor que seja facilmente sobrepujado por outros valores. Não é de modo algum um valor: não há nada que se possa dizer em defesa de um mundo no qual aqueles que optam pelo ócio, embora pudessem trabalhar, são recompensados com o produto dos trabalhadores. (DWORKIN, 2005, p. X).

O autor também contesta a tese de que deve haver igual distribuição ou transferência de recursos entre as pessoas de forma a nivelá-las em bem-estar (DWORKIN, 2005, p. 4). Há extensa discussão acerca de tal concepção – a igualdade de bem-estar - no primeiro capítulo de *Virtude Soberana*. Em linhas gerais, como explica Octávio Luiz Ferraz (2007), o conceito de “bem-estar” é impreciso – podendo ser tanto o sucesso quanto a felicidade, por exemplo – além de ser subjetivo, o que, conseqüentemente, dificulta o estabelecimento de sua métrica (FERRAZ, 2007, p. 247).

Não obstante, a teoria da igualdade de bem-estar incorre em um problema interno que se relaciona à existência de ambições e gostos dispendiosos por parte dos membros da comunidade. Neste sentido:

[...] a questão que quero salientar é esta: o princípio de igualdade pode encontrar um compromisso (sob qualquer interpretação da definição de igualdade de bem-estar) de tal modo que bloqueie os resultados inicialmente contra-intuitivos daquele princípio, como a afirmação de que as pessoas que gostam de champanhe deviam ter mais recursos? Ou seria qualquer qualificação capaz de excluir esses resultados, pelo contrário, uma contradição que conceda a irrelevância final do princípio? (DWORKIN, 2005, p. 55-56).

Esta contra-intuição, além de ser constrangedora para a teoria, revela que uma defesa da igualdade de bem-estar que tente resistir às conseqüências dos gostos e ambições dispendiosos, em última instância, terá que pressupor uma outra teoria de igualdade, fazendo com que a concepção inicial se torne

“inútil ou contraproducente” (DWORKIN, 2005, p. 69). Ainda, há a questão das pessoas com deficiências (PcDs), pois existem certas enfermidades, afirma Dworkin, que fazem com que o nível de bem-estar de PcDs seja muito inferior às pessoas saudáveis. Não se estabelece, pela teoria do bem-estar, qual o nível máximo de recompensação para as pessoas com estas doenças, impossibilitando que esta concepção de igualdade seja, de fato, alcançada. Em última instância, ao não estabelecer um limite à compensação, mesmo em meio à existência de certas deficiências que não permitem que níveis de bem-estar se igualem, tal teoria parece sugerir que sejam transferidos tantos recursos quanto o possível - também a um nível contra-intuitivo – sem jamais atingir o tipo de igualdade que ambiciona (DWORKIN, 2005, p. 72-73).

Após expor os motivos pelos quais o autor rejeita as teorias apresentadas acima, pode-se introduzir dois princípios essenciais que guiam o igualitarismo liberal dworkiniano. O primeiro é chamado de princípio da igual importância (*equal importance*), postulando que, de um ponto de vista objetivo, é necessário que cada vida humana – sem distinção - seja bem-sucedida, e não desperdiçada. Assim, o Estado não deve impor uma noção específica de como as pessoas devem viver, mas garantir que os indivíduos possam decidir qual é sua concepção de vida boa, pois suas vidas são igualmente valiosas<sup>2</sup> (DWORKIN, 2005, p. XVI). O segundo é chamado de princípio da responsabilidade especial (*special responsibility*): apesar de toda vida ter o mesmo valor intrínseco, há, para cada pessoa, uma responsabilidade especial na busca pelo êxito individual. Logo, as decisões tomadas conscientemente por cada indivíduo representam, também, a noção de que há responsabilização pelos seus atos, tendo o Estado a missão de possibilitar que o destino de cada cidadão seja sensível às escolhas (DWORKIN, 2005, p. XVII).

A partir de tais premissas, Ronald Dworkin apresenta sua teoria de justiça distributiva - a igualdade de recursos. Esta concepção, diferentemente da teoria da igualdade material absoluta, não sugere uma distribuição

---

2 Dworkin, apesar de afirmar que não se pode impor ao indivíduo uma noção específica de vida boa, defende que o Estado não deve ser absolutamente cético ou neutro sobre as formas de viver. As concepções de vida devem ser discutidas e examinadas no espaço público, o que é mais bem explicado nos trabalhos em que o autor discute a relação entre ética e política, como em *Ética Privada e Igualitarismo Político* (1990) e *Justice for Hedgehogs* (2011).

simétrica, além de não entender como fim da igualdade o nivelamento de bem-estar, mas a justa distribuição dos recursos com os quais se pode, ou não, atingi-lo (DWORKIN, 2005, p. IX).

A fim de sustentar sua posição, o autor, no segundo capítulo de *Virtude Soberana*, recorre a uma estratégia comum em correntes de filosofia política normativa, em que se constrói, de forma abstrata, situações hipotéticas para que seja possível extrair princípios que fundamentem sua teoria. É imaginada a situação em que um grupo de pessoas naufrague e chegue a uma ilha deserta e com recursos em abundância. Nesta ilha, com todos os imigrantes cientes das riquezas e oportunidades do local, um leilão seria realizado. Além de todos eles possuírem a mesma quantidade de moedas (que poderiam ser conchas ou pedras, por exemplo), e que possuem apenas valor de troca, em um cenário simplificado, nenhum membro do grupo seria uma pessoa com deficiência (PcDs) ou com enfermidades.

Ao fim do leilão, uma vez que todos tenham conseguido dar seus lances, os imigrantes devem estar todos satisfeitos, de forma a não invejar os recursos<sup>3</sup> conseguidos por terceiros. É o que Dworkin chama de teste da cobiça (DWORKIN, 2005, p. 82). O leilão estaria de acordo, também, com os princípios anteriormente apresentados, vez que, por tal mecanismo, as preferências pessoais não teriam sido impostas, e os lances partiriam da escolha de cada um. O teste de cobiça deve atestar a distribuição alcançada após vários lances, levando em consideração as circunstâncias, mas sem o objetivo de que todos consigam exatamente aquilo que, inicialmente, desejavam, dado a possível diferença entre os perfis e gostos de cada membro da ilha<sup>4</sup>. Caso a igualdade buscada fosse a de bem-estar, restando algum membro insatisfeito, uma outra redistribuição seria necessária:

3 Em *Ética privada e Igualitarismo Político* (1993), na seção “personalidade e circunstância”, Dworkin apresenta a distinção entre recursos pessoais e impessoais. Os primeiros dizem respeito às qualidades físicas e mentais, além de outros talentos e capacidades, enquanto os últimos “consistem no controle independente que alguém exerce sobre bens transferíveis que pode usar na vida que mais o atrai” (DWORKIN, 1990, p. 182, tradução minha).

4 Na mesma seção do texto citado na última nota, Dworkin esclarece que a igualdade liberal entende como circunstância “o conjunto de oportunidades e limitações que as pessoas enfrentam ao identificar e buscar [...] o que parece uma vida adequada” (DWORKIN, 1990, p.186, tradução minha). Talentos e desvantagens contam como circunstâncias, mas as preferências (como gostos caros) e as convicções, não. Ademais, deve-se diferenciar as situações que são voluntárias das que não são.

O leilão propõe o que o teste de cobiça de fato assume, isto é, que a verdadeira medida dos recursos sociais dedicados à vida de uma pessoa seja determinada indagando sobre a real importância desse recurso para os outros. Repito que o custo, avaliado dessa forma, aparece na noção que cada pessoa tem do que é seu com justiça, e no juízo que cada um faz da vida que deva levar, dado aquele mesmo comando da justiça. Qualquer pessoa que insistir que a igualdade é violada por algum perfil particular de gostos iniciais deve, portanto, rejeitar a igualdade de recursos e recair na igualdade de bem-estar. (DWORKIN, 2005, p. 86).

Tal teste, além de ser sensível às diferentes decisões das pessoas, é capaz de conferir se há tratamento igualitário entre aqueles que participaram do leilão ao impedir que, em uma situação ideal em que todos puderam fazer suas escolhas e aceitaram as consequências, determinado membro prefira os recursos de outrem por achar que, de alguma forma, e em meio às circunstâncias, tenha sido injustiçado. Avalia-se não apenas os recursos, mas também um padrão de consumo e de trabalho das outras pessoas.

Adiante, Dworkin difere os conceitos de sorte de opção e de sorte bruta, sendo a primeira o tipo de sorte em que se assume um determinado risco, como a prática de apostas, por exemplo. Já a segunda, a sorte bruta, representa aquilo que não está sob nosso controle. A sorte de opção é compatível com a igualdade de recursos (vide princípio da responsabilidade especial), mas a sorte bruta não, pois ela recai em consequências que não são fruto das escolhas feitas pelas pessoas (GUEST, 2010, p. 255).

Por outro lado, nem sempre é possível, e, por vezes, indesejável, estabelecer uma métrica para equalizar as desigualdades relativas às circunstâncias. Contudo, é possível equalizar como as pessoas lidaram com as oportunidades que tiveram para que se protegessem contra a sorte bruta. Tal proteção seria introduzida por meio de um seguro hipotético que as pessoas provavelmente adquiririam caso fossem prudentes, visando a assegurar uma espécie de garantia (FERRAZ, 2007, p. 250). Para que isso funcionasse, seria perguntado a disposição de cada membro da ilha em pagar por um seguro que o protegesse contra a possibilidade de, por algum motivo, ser desfavorecido. O seguro hipotético deve operar em meio às circunstâncias geradas pela má sorte bruta, como uma forma de compensar aqueles atingidos por ela e de corrigir eventuais arbitrariedades e incertezas. Isto caracterizaria a igualdade

de recursos como uma concepção *ex ante* de igualdade – sua funcionalidade é anterior aos riscos e antecipa as consequências destes<sup>5</sup>.

Todas as sugestões levantadas e abstraídas por Dworkin, como o leilão, o teste de cobiça e o seguro hipotético, serviriam para extrair e justificar determinados princípios que guariam a elaboração de políticas públicas ou a estruturação de um sistema tributário mais igualitário, por exemplo. Observa-se que, quanto à responsabilização, o igualitarismo liberal de Dworkin, manifestando-se pela igualdade de recursos, é sensível às escolhas, mas insensível às circunstâncias<sup>6</sup> (vide princípios da igual importância e da responsabilidade especial):

Assim, é possível entender como ações afirmativas podem ser compatíveis à concepção dworkiniana de igualdade. Para o autor, políticas de cotas raciais, por exemplo, possuem o objetivo imediato de incluir minorias em profissões e o objetivo a longo prazo de diminuir a segregação racial (DWORKIN, 2001, p. 439), o que será aprofundado mais adiante neste artigo.

Ele entende que o processo de discriminação que se deu nos EUA, e que continua a refletir nas estruturas sociais, aconteceu pelo desprezo à raça, sendo, assim, injustificado, ao contrário das atuais políticas que possuem parâmetros métricos e embasamento (DWORKIN, 2001, p. 450). Portanto, aqueles que hoje sofrem com consequências da discriminação, são vítimas das circunstâncias e, obviamente, não de suas escolhas, o que torna as políticas de ações afirmativas, do ponto de vista do igualitarismo liberal, legítimas.

Não se figura aqui um “direito à compensação”. A política é positiva não porque pode “recompensar” alguém pelo processo histórico injusto, mas porque, segundo Dworkin, sociedades despidas de preconceito tendem a ter maior probabilidade de distribuir de forma justa as suas riquezas (DWORKIN, 2007, p. 239). Quanto mais determinados grupos minoritários forem incluídos em profissões, diminuindo a longo prazo a discriminação, mais provável é que

5 Também é importante lembrar que Dworkin discute a questão de PcDs e dos talentos em meio à igualdade de recursos, para isso: KYMILICKA, 2006, p.104 e DWORKIN, 2005, p.115.

6 Dizer que a igualdade de recursos é insensível às circunstâncias não quer dizer que Dworkin não as leva em consideração ao elaborar a sua teoria da justiça, mas que a própria elaboração dessa teoria sugere que não é justo que as pessoas sejam responsabilizadas por aquilo que não é fruto de suas escolhas.

se atinja objetivos igualitários. Para que esta suposição funcione, no entanto, as políticas de ações afirmativas devem se mostrar eficientes. Com isso, na seção seguinte, o trabalho irá se preocupar em demonstrar quais as principais consequências de tais políticas nos últimos anos.

## 2.1. A eficiência das ações afirmativas: uma breve análise do estudo *The Shape of the River* e o panorama brasileiro

No capítulo onze de *Virtude Soberana – ação afirmativa: funciona?* – Dworkin faz uma análise baseada no estudo elaborado por William G. Bowen e Derek Bok em *The Shape of The River* (1998). Este, segundo Dworkin, foi o primeiro exame abrangente das consequências de 30 anos de ação afirmativa nos Estados Unidos, com uma base de dados que contém informações sobre mais de 80.000 graduados dentre 28 universidades, observando os anos 1951, 1976 e 1989 (DWORKIN, 2005, p. 546).

O autor afirma que, para além da questão de princípio que precisará ser enfrentada, deve-se também analisar uma questão de diretriz ou consequência prática, baseada na alegação de que a ação afirmativa pode produzir mais mal do que bem, fazendo com que negros se matriculem em cursos que não são preparados para concluir, ou que os estigmatizem como inferiores e torne a sociedade menos integrada quanto à raça (DWORKIN, 2005, p. 549).

Um dos dados levantados pelo estudo de Bowen e Bok, e abordado por Dworkin, é de que, em 1989, caso as faculdades não tivessem aplicado políticas de ações afirmativas, o número de negros admitidos cairia de 6,7% para algo em torno de 2,1% e 3,6%. O percentual de 6,7, mesmo à época, não seria o ideal, mas em 1951 este número não passava de 0,8% (BOWEN e BOK, 1998, apud DWORKIN, 2005, p.552)<sup>7</sup>. Quanto ao prejuízo que brancos poderiam ter com a criação de políticas de cotas, o banco de dados também

<sup>7</sup> A edição de *The Shape of the River* utilizada por Ronald Dworkin é do ano de 1998. Por ser uma versão esgotada e de difícil acesso, só foi possível citar os números a partir do texto do próprio Dworkin.

revelou que mesmo que políticas não sensíveis à raça fossem adotadas, a probabilidade de um branco entrar na faculdade subiria de 25% para apenas 26,5%, dada a alta semelhança entre as notas dos candidatos brancos rejeitados, fazendo com que acrescentar algumas outras vagas não fosse contundente no aumento da probabilidade de ingresso (BOWEN e BOK, 1998, apud DWORKIN, 2005, 1998).

Em relação à possibilidade de a sociedade ficar ainda menos integrada, o estudo demonstra que há uma tendência contrária à tal afirmação, pelo menos no ambiente universitário. Em 1989, um teste que perguntava qual a importância que os estudantes davam à oportunidade de “se entender” com pessoas de outra raça contou com 63% dos brancos marcando 4 ou 5 (5 significava importantíssimo), e 70% dos negros indicaram a mesma resposta. Em relação à turma de 1976, este número teve um salto de 17% para brancos e 13% para negros (BOWEN e BOK, 1998, apud DWORKIN, 2005, 1998).

Mesmo em grupos supostamente mais conservadores, como o da turma de 1951 (à época do estudo, os ex-alunos já possuíam mais de 60 anos), apenas um terço pensava que é dada ênfase excessiva às questões raciais pelas políticas de ações afirmativas atuais, em contraste com a metade que achava que se dava ênfase o suficiente e os 17% que desejavam que se desse ênfase maior. Ainda, outro fator relevante é que o estudo concluiu que a maioria dos negros entrevistados não se sentiam inferiorizados com as políticas de cotas (BOWEN e BOK, 1998, apud DWORKIN, 2005, 1998).

A fim de traçar um paralelo com as ações afirmativas no Brasil, além de levantar números mais recentes que comprovem sua eficácia, pode-se citar o artigo *O perfil discente das universidades federais mudou pós-lei de cotas?*, de Adriano Senkevicks e Ursula Mello. Ele aponta que o percentual de alunos nas universidades federais que formaram no ensino público, entre 2012 e 2016, aumentou de 55,4 para 63,6%, enquanto, dentro deste percentual, também houve crescimento de 39% entre os estudantes autodeclarados pretos ou pardos e indígenas (SENVEKIVKS; MELLO, 2019, p. 26). Em relação a como as cotas impactaram efetivamente estudantes negros, aborda-se o estudo feito em *Uma democratização para o acesso aos cursos do centro de ciências*

*agrárias na Universidade Federal de Viçosa (2019)*, de Wagner, Rodrigues e Cardoso. Nele, foi feito um experimento baseado na renda dos alunos, concluindo que haveria queda de 60% no ingresso de negros na UFV, nos cursos determinados para o experimento, caso não existissem políticas de cotas (WAGNER et al., 2019, p. 11).

Quanto à possível queda no desempenho das universidades que utilizam de políticas de cotas, dado à suposição de que os estudantes cotistas não seriam capacitados, em *Performance of Students Admitted through Affirmative Action in Brazil (2017)*, Rubia Valente e Brian J. L. Berry analisam o resultado do ENADE (Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes) de 2009 a 2012, buscando determinar se há diferença relevante quanto às notas obtidas por estudantes que ingressaram nas faculdades por ampla concorrência e estudantes que ingressam por programas de cotas. O estudo conclui que, nas universidades públicas, os resultados dos diferentes grupos de alunos são parecidos, enquanto nas universidades privadas há, até mesmo, notas maiores por parte de estudantes cotistas (VALENTE; BERRY, 2017, p. 12). No décimo primeiro capítulo de *Virtude Soberana*, Dworkin afirma que:

Em todas as dimensões nas quais nossa sociedade está estratificada – renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade – os negros estão sub-representados nos níveis mais altos, e a estratificação racial *de facto* resultante é uma vergonha duradoura, um desperdício e um perigo. Como nos imagináramos em melhor situação se essa estratificação racial fosse ainda mais absoluta do que é, e se não víssemos sinais, ou víssemos menos sinais, de que está diminuindo? (DWORKIN, 2005, p. 568).

Com os dados levantados nesta seção, é possível compreender como políticas de ações afirmativas podem, além de respeitarem os princípios apresentados, dar suporte às metas do igualitarismo liberal defendido por Ronald Dworkin. É importante ressaltar, no entanto, que além de fazerem sentido enquanto política, as ações afirmativas devem ser legítimas do ponto de vista do direito. Sendo assim, a partir da próxima seção, a análise recairá sob o âmbito jurídico.

### 3. A DISTINÇÃO ENTRE POLÍTICAS E PRINCÍPIOS

Ao analisar decisões de tribunais acerca de conflitos que envolvam ações afirmativas, é preciso interpretar a natureza das premissas invocadas. Para isso, a distinção entre princípios e políticas, construída por Dworkin, torna-se necessária. O autor introduz tais conceitos como parte da crítica direcionada à teoria da obrigação judicial do positivismo, no segundo capítulo de *Levando os Direitos a sério* (2002).

Preliminarmente, entende-se como política um padrão desejável - um objetivo que pode gerar avanço econômico ou social, por exemplo. Princípio, por sua vez, caracteriza-se como um padrão que deve ser observado por expressar uma exigência de justiça ou qualquer dimensão da moralidade, independentemente das consequências que possa promover (DWORKIN, 2002, p. 36).

No quarto capítulo do mesmo livro, ao criticar a teoria positivista dos casos difíceis e do poder discricionário do juiz, Dworkin avança na distinção entre os dois conceitos, afirmando que:

[...] os argumentos de política (*policies*) justificam uma decisão política (*political*) mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo [...] os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (2002, p. 129).

Para Stephan Guest, de modo geral, as políticas descrevem metas, enquanto os princípios descrevem direitos. E direitos, como entende Dworkin, são “trunfos” que funcionam contra objetivos utilitaristas, não podendo, com isso, serem reduzidos a políticas (GUEST, 2010, p. 64-65). Compreende-se, portanto, que política é um padrão desejável que funciona de forma coletiva e contingente, enquanto princípio é um padrão de moralidade que expressa uma exigência de justiça de forma individual e incontingente. Mas como tal distinção pode impactar decisões acerca de ações afirmativas?

Como afirmado acima, princípios devem ser assegurados independentemente de consequências sociais ou econômicas, sendo a política cuja meta contrarie padrão expressado por determinado princípio, ilegítima. As ações afirmativas, por sua vez, nascem como políticas públicas que têm como objetivo reduzir desigualdades estruturais, fazendo com que neste processo haja inevitável distinção entre indivíduos.

Esta distinção, ou “discriminação compensatória”, fere algum princípio? Em um contexto de cotas universitárias nos EUA, por exemplo, pode-se dizer que, constitucionalmente, há um direito ao ingresso na universidade? Caso contrário, há outro tipo de direito que se oponha às cotas? Estes são alguns dos questionamentos que Dworkin precisa enfrentar ao comentar políticas de ações afirmativas e, mais especificamente, casos que podem envolver um direito à igualdade racial, como políticas de cotas. Para isso, é relevante explicar como a Constituição americana interpreta tal direito e quais as implicações de tal na análise das ações afirmativas.

#### **4. O DIREITO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A TEORIA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS**

As duas últimas seções focaram em apresentar a concepção dworkiniana de igualdade e em traçar a distinção entre políticas e princípios. Introduziu-se, ainda, o princípio igualitário abstrato, defendendo que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Além disso, foram separadas estratégias coletivas que objetivam promover um bem geral (políticas) de direitos individuais e incontinentes (princípios).

Esta seção visa a apresentar questionamentos essenciais feitos por Ronald Dworkin no décimo capítulo de *O Império do Direito* (1999): qual é o limite estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos à liberdade do Congresso e dos estados em tomarem decisões autônomas de políticas e de princípios? Há uma concepção específica de igualdade que *deve* ser aderida?

Caso contrário, existem direitos específicos resguardados independentemente da concepção adotada?

Segundo o autor, a Constituição dos Estados Unidos encontra limite, apenas, no princípio igualitário abstrato, devendo respeitar, ao menos, alguma concepção razoável de igualdade – um sentido normativo. Assim, não se exige especificamente que tal concepção seja a igualdade libertária ou de bem-estar, por exemplo, e nem mesmo a igualdade de recursos, defendida pelo próprio Dworkin (DWORKIN, 1999, p. 456).

Por outro lado, observando a prática constitucional, pode-se afirmar que alguns direitos, enquanto princípios, possuem respaldo especial, como o direito individual contrário à discriminação racial. Desta maneira, não importa que a Constituição seja, de certa forma, permissiva em relação à concepção de igualdade que se pode adotar – certos direitos não podem ser violados (DWORKIN, 1999, p. 456). É importante ressaltar, ainda, que é pela Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos<sup>8</sup>, promulgada em julho de 1868, que se positiva o direito ao igual tratamento.

Analisar o direito à não discriminação à luz da Constituição contribui para entender se há, também, uma interpretação constitucional das ações afirmativas. Quais são as dimensões de um direito que se opõe à discriminação racial? Dworkin elenca três teorias que objetivam apresentar a melhor interpretação de tal direito, sendo elas as (i) classificações suspeitas, as (ii) categorias banidas e (iii) as fontes banidas.

A primeira teoria – classificações suspeitas – sugere que um direito contrário à discriminação é uma mera consequência de um direito geral à igualdade. Desta maneira, para tal categoria, não há direito específico contra a discriminação racial, tendo a raça tratamento especial apenas porque existe um histórico de que é negado a alguns grupos, mas não a outros, o princípio igualitário abstrato. Ainda, só é exigido que se cumpra o respeito a tal princípio dentro de um equilíbrio coletivo, incluindo o interesse de todos em um cômputo

---

8 Esta emenda estabeleceu que todos nascidos ou naturalizados nos EUA seriam cidadãos do país. Nenhum estado poderia fazer leis que restringissem privilégios ou imunidades, além de não poder, sem o processo legal, privar os cidadãos de sua vida, liberdade ou bens. Estabeleceu, ainda, que todos possuíam igual proteção das leis.

geral, mas podendo haver segregação caso beneficie o todo global (DWORKIN, 1999, p. 457).

A segunda teoria – categorias banidas – afirma que, como um trunfo contra concepções de interesse geral, deve haver um direito preciso contrário à discriminação racial. Atributos como raça, ou mesmo o sexo, não devem ser utilizados para distinguir cidadãos em nenhuma circunstância, o que inclui programas de ações afirmativas e, mais especificamente, cotas raciais, por exemplo (DWORKIN, 1999, p. 458).

A terceira teoria – fontes banidas – admite um direito “especial e diferente” contrário à discriminação. A exemplo da teoria anterior, ela se opõe a justificativas de “bem coletivo” que possam conflitar com tal direito, insistindo que preferências preconceituosas contra um grupo não devem embasar políticas. Condena, assim, discriminações injustificadas – aquelas em que o tratamento diferenciado que foi dado a determinado grupo tenha como base o preconceito. No entanto, tal categoria permite que, se justificadas, certas políticas se fundamentem em atributos como a raça (DWORKIN, 1999, p. 458), tal qual programas de cotas.

Para que a primeira teoria se satisfaça, ao considerar que alguma classificação legislativa possa ser suspeita de tratar diferente algum grupo, é preciso demonstrar se o interesse de todos foi levado em consideração no cômputo geral. A segunda teoria é mais direta: sempre que houver distinção entre grupos – ou categorias - haverá violação constitucional.

A elaboração prática da terceira teoria - fontes banidas - é distinta e mais complexa que as duas anteriores. Isso porque não basta comprovar que houve um cálculo neutro entre as preferências da comunidade, como na primeira teoria. É necessário demonstrar que as preferências são fontes isentas de preconceito ou que as decisões não foram tomadas com base em nenhuma preferência.

Da mesma forma, não basta que haja um direito contrário à discriminação racial funcionando como um trunfo que se opõe a máximas coletivas, a exemplo da segunda teoria. Existem políticas cujo “propósito e

efeito” é prejudicar e existem políticas cujo objetivo é beneficiar determinados grupos que historicamente têm sofrido com preconceito, e é preciso diferenciá-las (DWORKIN, 1999, p. 461). Enquanto a teoria das classificações suspeitas viola questões de princípio, a teoria das categorias banidas pode se mostrar suficiente para certos casos em que se discute discriminação, mas insuficiente para outros.

A teoria das fontes banidas é capaz de diferenciar um direito de ser tratado como igual de um direito de ser tratado igualmente, funcionando em casos específicos de ações afirmativas. Tal distinção, bem como o porquê de ela ser importante para a análise constitucional das ações afirmativas, será aprofundada na próxima seção, em que se apresenta a análise de Dworkin sobre o caso *DeFunis contra Odegaard*, ocorrido nos EUA na década de 1970.

## 5. O CASO DEFUNIS CONTRA ODEGAARD E A DISTINÇÃO ENTRE SER TRATADO COMO IGUAL E SER TRATADO IGUALMENTE

Na Universidade de Washington, na década de 1970, a Faculdade de Direito estabelecia programas de ações afirmativas em seus procedimentos de admissão. Primeiramente, realizava-se uma seleção prévia com os candidatos de grupos da maioria, objetivando eliminar aspirantes às vagas com médias insuficientes na universidade (*college*). Após isso, acontecia uma categorização mais rigorosa daqueles que fossem aprovados na primeira etapa. Concorrentes da minoria, no entanto, ingressavam por uma comissão constituída por um professor branco que ministrava aulas sobre direitos dos negros e, também, por um professor negro da faculdade de direito.

No sétimo capítulo de *Levando os Direitos a sério*, Dworkin discute o caso de um judeu chamado DeFunis que, em 1971, tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, mas mesmo tendo notas altas tanto nos testes aos quais foi submetido, quanto no histórico escolar, acabou sendo recusado. Isso não aconteceria caso pertencesse a um grupo de minorias. DeFunis, recorrendo à Suprema Corte, pediu que lhe fossem

assegurados os direitos protegidos pela 14<sup>o</sup> Emenda da Constituição dos Estados Unidos: nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis. O pedido baseou-se no caso *Sweatt vs Painter*, de 1945, em que um negro, chamado Sweatt, foi impedido de ingressar na Faculdade de Direito do Texas porque uma lei estadual estabelecia que as vagas eram exclusivas de brancos.

Na ocasião, foi declarado pela Suprema Corte que os direitos de Sweatt não estavam sendo assegurados, pois haveria desrespeito à Décima Quarta Emenda da Constituição. No que se difere o caso *De Funis vs Odegaard* do caso *Sweatt vs Painter*?

### 5.1. Um argumento moral contrário ao sistema de cotas

Inicialmente, Dworkin discorre sobre uma crítica empírica direcionada às cotas: era possível que os programas fossem ineficazes, ou que possuísem até mesmo um caráter contraproducente. Tal crítica foi construída por quem sustentava que qualquer discriminação racial, seja com qual objetivo for, acabam por fomentar o preconceito, e não o contrário. Em 1971, no entanto, ainda não era possível saber quais as consequências dos programas de ações afirmativas, fazendo com que juízos empíricos desta natureza fossem controvertidos e considerados como evidências anedóticas. A partir de anos posteriores, com o levantamento de alguns dados como feito pelo estudo de *The Shape of the River*, apresentado na seção 2.1, esta crítica se mostrou equivocada. Além disso, de acordo com Dworkin, os tribunais não devem basear suas decisões em especulações acerca das consequências políticas de qualquer programa, como será mostrado na próxima seção.

Há, no entanto, um argumento moral que merece especial atenção. Dworkin, explica que, neste sentido, a oposição às cotas se baseia na seguinte ideia:

[...] mesmo se a discriminação compensatória realmente beneficia as minorais e diminui o preconceito a longo prazo, ela é equivocada, não obstante isso, porque as distinções com base em raça são inerentemente injustas. São injustas porque violam os direitos de membros individuais de grupos não igualmente favorecidos, os quais podem, portanto, vir a sofrer o mesmo processo de exclusão a que DeFunis foi submetido. (DWORKIN, 2002, p. 345).

É retomado aqui a distinção entre políticas e princípios. Dworkin afirma que, mesmo que as ações afirmativas promovam resultados satisfatórios, devem ser consideradas ilegítimas caso possam ferir algum direito. Em primeiro lugar, lembra-se que não há no sistema constitucional dos Estados Unidos um direito que assegure a DeFunis uma educação jurídica de qualidade. A qualidade da educação, fator inegavelmente importante, é promovida por meio de políticas de governo, e, portanto, mesmo que não houvesse faculdade de direito alguma em seu estado, não haveria, especificamente, desrespeito a direito (DWORKIN, 2002, p. 347-438), mas uma política governamental ruim. Isso não se aplica à educação fundamental e média, cujo impacto na vida dos cidadãos é decisivo e deve ser assegurada enquanto direito.

Ainda, a “inteligência” não é considerada como requisito único ao ingresso na universidade, pois Dworkin afirma que “padrões intelectuais se justificam não porque premiam os mais inteligentes, mas porque parecem servir a uma política social útil” (DWORKIN, 2002, p. 347). DeFunis, entretanto, não afirma a existência de um direito político definido e independente, como os direitos à liberdade de expressão e de religião, mas de um direito abstrato à igualdade, oriundo da Décima Quarta Emenda, entendendo que critérios raciais não podem ser usados em programas de admissão (DWORKIN, 2002, p. 248).

Este argumento afirma que há um direito individual à igualdade sendo violado em nome de um objetivo geral. Neste sentido, Dworkin insere na discussão dois tipos de direitos à igualdade: o *direito a ser tratado igualmente* e o *direito ao tratamento como igual*. Enquanto este expressa um direito a ser tratado com igual respeito e consideração, aquele revela um direito à igual distribuição de recurso, oportunidade ou encargo (DWORKIN, 2002, p. 350)<sup>9</sup>. O

9 Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin utiliza o termo “direito a igual tratamento” (DWORKIN, 2002, p.350). Para uma maior precisão terminológica, será utilizado aqui o termo “direito a ser tratado

direito ao tratamento como igual, portanto, é constitutivo, enquanto o direito ao igual tratamento é derivado. *Em Uma questão de princípio* (2001), Dworkin define estes direitos como princípios liberais. Há, a partir deles, um apontamento para a igualdade como um ideal político:

Devemos distinguir dois princípios diferentes que consideram a igualdade como um ideal político. O primeiro exige que o governo trate todos os que estão a seu cuidado *como iguais*, isto é, como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte [...] O segundo princípio exige que o governo trate *igualmente* todos os que estão a seu cuidado na atribuição de oportunidades, ou pelo menos, que trabalhe para assegurar o estado de coisas em que todos sejam iguais ou mais aproximadamente iguais nesse aspecto. (DWORKIN, 2001, p. 283, grifo meu).

Como exemplo, pode-se imaginar a situação em que auxílios de emergência estejam em falta para áreas diferentes (mas que tenham o mesmo número de habitantes). Estas áreas foram devastadas por enchentes, e a única maneira de respeitar princípios de igualdade e tratar os cidadãos das diferentes áreas como iguais é ceder mais materiais àquela que estiver mais prejudicada, e não dividir simetricamente os recursos disponíveis (DWORKIN, 2001, p. 284).

Para Dworkin, em relação à distribuição de vagas na faculdade de Direito, DeFunis não tem um direito a ser tratado igualmente. Não lhe é assegurado o direito de concorrer a uma vaga pelo simples fato de ela ter sido oferecida a outros. Este direito deve ser constitucionalmente garantido na educação básica, mas não no ensino superior. O direito que deve ser assegurado a DeFunis é o direito a ser tratado como igual, devendo ter seus interesses observados e analisados como os de qualquer outro candidato (DWORKIN, 2002, p. 189).

Dworkin afirma que a política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, apesar de distinguir certos grupos, não o fazia de maneira arbitrária. A distinção, na verdade, é fruto dos padrões de meritocracia que o próprio DeFunis aprovava, não de preconceito por parte daqueles que formavam a seleção (DWORKIN, 2002, p. 356). Como sugere a teoria das

---

*igualmente*" (DWORKIN, 2001, p. 283), como em *Uma questão de princípio*.

fontes banidas, a Décima Quarta Emenda garante que ele seja tratado como igual, mas não implica em banimento de todas as classificações raciais ou de outros grupos minoritários.

## 6. O CASO BAKKE E UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE COTAS DA ESCOLA DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRINA

Em artigo publicado no *The New York Review of Books*, em 10 de novembro de 1977, e adicionado no décimo quarto capítulo de *Levando os Direitos a Sério* (2001), Ronald Dworkin discute outro importante caso para o estudo das ações afirmativas: *Universidade da Califórnia vs Allan Bakke*. À época, na Universidade da Califórnia, havia um programa de ações afirmativas chamado “força-tarefa”, cujo objetivo era admitir mais estudantes negros e de outras minorias: 16 vagas foram oferecidas para membros em “desvantagem educacional e econômica”.

Tais programas admitiam que critérios raciais pudessem contar efetivamente como parte de requisitos para a matrícula na faculdade. Esta é uma estratégia administrativa, não de princípio (DWORKIN, 2001, p. 438). Allan Bakke, um judeu que objetivava ingressar na Universidade de Medicina da Califórnia, foi rejeitado nas 84 vagas restantes, mas teria passado caso concorresse às 16 vagas reservadas. O Supremo Tribunal da Califórnia ordenou que a faculdade o admitisse. Esta, por sua vez, recorreu à Suprema Corte. O caso Bakke também é utilizado por Dworkin para demonstrar que as cotas são legítimas, e, para tanto, o autor realiza testes sobre os argumentos a favor de possíveis direitos – baseados no princípio de igualdade e não exclusão – que se oponham aos programas de cotas. Para isso, deve-se retomar, de forma mais detalhada, a concepção dworkiniana acerca dos objetivos das ações afirmativas e, especificamente, de programas de cotas.

## 6.1. As ações afirmativas enquanto uma questão de política

Dworkin afirma que há, em um primeiro momento, a reprodução de uma concepção errada sobre os fins das ações afirmativas: alega-se, por parte dos críticos de programas desse tipo, que políticas de cotas, por exemplo, visam a alcançar uma sociedade racialmente consciente (DWORKIN, 2001, p. 438). Entendendo uma sociedade racialmente consciente como aquela dividida em grupos raciais e étnicos, o autor afirma que a defesa de tal concepção ignora que a sociedade americana, por consequências históricas, já se encontra dividida. Por sua vez, Dworkin aponta a existência de dois objetivos que se complementam enquanto concepção correta sobre os fins das ações afirmativas:

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. (DWORKIN, 2001, p. 439).

Há, portanto, um objetivo *imediato* – a inclusão nas profissões - e um objetivo *a longo prazo* – a redução no grau de divisão social. O objetivo final, por conseguinte, é reduzir o efeito que a importância conferida à raça possui em determinadas situações de segregação, não o aumentar (DWORKIN, 2001, p. 438). Deve-se colocar, também, dois juízos que baseiam os programas e quais são as suas justificações. Dworkin cita uma (i) *Teoria Social* e um (ii) *cálculo de estratégia*.

No primeiro juízo, entende-se que os EUA continuarão impregnados da divisão racial enquanto todos não estiverem incluídos nas carreiras mais bem remuneradas e “prestigiadas” (DWORKIN, 2001, p. 439). O segundo juízo entende que, a longo prazo, aumentar o número de minorias nas profissões irá fazer com que todos sintam-se iguais e com a possibilidade de obter sucesso. Como fundamentação, Dworkin cita o *censo* de 1970, nos Estados Unidos, em que apenas 2,1% dos médicos eram negros, argumentando que:

Os programas de ação afirmativa pretendem prover mais médicos negros para atender pacientes negros. E não porque é desejável que negros tratem negros e brancos tratem brancos, mas porque agora é improvável que os negros, e isso não é culpa deles, sejam bem atendidos por brancos, e porque a omissão em oferecer-lhes médicos em que confiem irá antes exacerbar que reduzir o ressentimento que hoje os leva a confiar apenas nos seus. (DWORKIN, 2001, p. 440)<sup>10</sup>.

Assim, o autor afirma que poderia ser mais seguro que houvesse mais médicos negros, devido à improbabilidade dos médicos brancos atenderem bem aos pacientes de etnias diferentes das deles. Ainda, há uma utilidade na construção de “modelos de papéis”, pois médicos negros podem servir de inspiração para que outros (DWORKIN, 2001, p.440-441).

É possível encontrar apoio para este argumento traçando um paralelo para o Brasil e a situação da desigualdade racial no poder judiciário. O Perfil Sociodemográfico dos Magistrados, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, apontou que apenas 18,1% dos juízes do país são negros (sendo 16,5% pardos e 1,6% pretos), mesmo com 54,9% da população brasileira sendo representada por indivíduos desta mesma etnia, como aponta a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD Contínua), de 2017. Ao mesmo tempo, em São Paulo (em que apenas 5% dos juízes são negros), uma reportagem da Agência Pública (2019) revelou que, em crimes de tráfico de drogas, negros são mais condenados, mesmo portando menores quantidades de substâncias ilícitas. Além de não haver representatividade entre os juízes, portanto, é possível que a desigualdade racial também esteja influenciando nas condenações e nos julgamentos, o que pesa a favor de cotas para o poder judiciário, por exemplo. Apresentado os objetivos das ações afirmativas enquanto política, Dworkin passa a analisar o caso com maior foco na decisão e nos argumentos jurídicos. O Supremo Tribunal da Califórnia recomendou que os objetivos dos programas de cotas sejam almejados sem que a raça seja levada em conta.

10 É importante estabelecer neste ponto uma observação contextual. O artigo foi escrito na década de 1970, pouco tempo após o movimento dos direitos civis dos negros, nos Estados Unidos, que teve fim em 1968. O racismo estrutural, refletido pela escravidão que findou apenas nos anos 60 do século XIX, apresenta importante influência na análise de fundo que Dworkin faz acerca da sociedade americana.

Isto leva a duas interpretações. Primeiramente, a recomendação pode trazer o entendimento de que critérios raciais não deveriam ser levados de maneira evidente, ou explícita. A raça poderia ser usada, mas como qualquer outro quesito avaliado para a admissão, sem que um determinado número de vagas fosse explicitamente reservado a concorrentes negros. No entanto, Dworkin diz que este é um critério “hipócrita”, pois se utilizados julgamentos subjetivos, os mesmos critérios objetivos aparecerão. Certos membros das bancas de admissão poderiam dar mais peso a critérios não-raciais para que haja menos alunos negros, por exemplo (DWORKIN, 2001 p. 441) A segunda interpretação é de que se pode adotar medidas que não utilizem critérios étnicos de maneira alguma, apenas sociais, como a condição financeira, esperando um efeito colateral do aumento de número de negros e minorias. Este critério é falho, pois não haverá aumento significativo do número de estudantes negros dado a pouca representatividade racial nos critérios administrativos.

Baseou-se tal argumento no estudo do relatório do *Carnegie Council on Policy Studies in Higher Education*, o qual demonstrava que os negros possuíam notas baixas mesmo quando comparados com outras pessoas com menor capacidade econômica, o que pode ser explicado por fatores históricos e sociais, como a própria falta de incentivo educacional que os programas de cotas visam a reduzir. Também na seção 2.2, foi demonstrado como a falta da política de cotas pode atingir negros significativamente, não havendo o efeito colateral alegado. Frente às arguições do Tribunal, Archibald Cox, advogado da Escola de Direito de Harvard, defendendo a Universidade da Califórnia, fez duas preposições: (i) os objetivos dos programas de ação afirmativas são irreprováveis e urgentes e (ii) são o único meio significativo. Para avaliar as recomendações do Tribunal e as preposições trazidas por Cox, é importante entender uma distinção entre as objeções que são feitas às cotas.

Em um primeiro plano, alega-se que os programas podem mais prejudicar do que promover seu objetivo: diminuir a divisão imposta e a importância dada à raça. A título de exemplo, minorias não marginalizadas, como poloneses ou italianos, podem se sentir no direito de também terem

cotas, aumentando a divisão. Há um equívoco nesta afirmação. Os programas são políticas que visam a reduzir um problema – a pouca inserção de negros nas faculdades – não estabelecem que há um direito a um auxílio por meio de cotas que contemple a todos os grupos proporcionalmente (DWORKIN, 2001, p. 443). Portanto, esta tese seria insuficiente para a declaração de inconstitucionalidade.

Como citado na seção anterior, o Supremo Tribunal também não pode tomar uma decisão com base nas consequências políticas especulativas das ações afirmativas. Não importa, portanto, que ela tenha consequências semelhantes ao exemplo citado acima, pois a qualidade do programa – assim como a de demais políticas – não é uma demanda jurídica, mas do governo (DWORKIN, 2001, p. 444). No primeiro capítulo de *Uma Questão de Princípio* – os juízes e o Estado de Direito – Dworkin vai mais fundo nesta alegação, lembrando que decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade, o que não é o caso dos juízes, já que eles têm a obrigação de tomar decisões imunes ao controle popular. É o que ele chama de “argumento da democracia” (DWORKIN, 2001, p. 17).

Existe, porém, uma objeção mais séria. Pode-se afirmar que os programas são inconstitucionais porque existe a possibilidade de violarem direitos individuais daqueles que perdem as vagas, independentemente das consequências positivas. Esta seria uma questão de princípio, portanto (DWORKIN, 2001, p. 445). Tal argumento foi utilizado por Reynold H. Colvin, advogado de Bakke no caso em questão.

## **6.2. O sistema de cotas da Universidade da Califórnia e uma possível violação de direitos**

Caso os programas realmente violem os direitos constitucionais de Bakke, independentemente de seus efeitos benéficos, devem ser declarados inconstitucionais. Dworkin elenca três categorias que podem ser candidatas ao direito que se opõe às ações afirmativas: (i) o direito de ser avaliado pelo

mérito; (ii) o direito de não ser avaliado por grupo, mas individualmente; e (iii) o direito de não ser excluído com base em sua raça.

Quanto ao primeiro, Dworkin defende que o próprio conceito de mérito é “arbitrário” e sujeito a diferentes interpretações em cada universidade, pois, como já foi citado, padrões intelectuais não visam a premiar os mais inteligentes, mas a servirem a uma política social útil (DWORKIN, 2001, p. 446). A cor da pele, tanto quanto a habilidade com as mãos, também pode constituir mérito, pois na circunstância – sob altos índices de racismo – um médico negro pode ser mais “útil” à sociedade que um médico branco, como no atendimento a um paciente negro, por exemplo. Este é um argumento que pode parecer confuso. Dworkin não sugere que uma raça possa ter mais valor que a outra, mas que a raça, em determinadas circunstâncias, pode ser socialmente útil, como no exemplo citado acima ou como nos “modelos de papéis”, descritos anteriormente, que se relacionam à representatividade racial.

Da mesma maneira, Dworkin afirma em *Virtude Soberana*:

Nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente. (DWORKIN, 2005, p. 572).

Em segundo lugar, acerca do direito de não ser avaliado por grupo, mas individualmente, tem-se que todo processo usa de generalizações. Nos processos de admissão a que Bakke foi submetido, por exemplo, foram utilizadas nota corte e, também, a idade - ele foi reprovado em outros exames por ter 33 anos. Para Dworkin, se o processo de admissão por idade não nega direito, o critério racial também não (DWORKIN, 2001, p. 448).

No entanto, o argumento utilizado pelo advogado de Bakke é o terceiro: o direito de não ser excluído com base em sua raça, uma característica “natural”. Primeiramente, é preciso fazer uma colocação: as barreiras por cor não eram injustas apenas porque tratavam de qualidades naturais, pois testes de aptidão com base em inteligência, habilidade atlética ou qualquer outra

modalidade de avaliação deste tipo, em certa medida, também estão avaliando características inatas ou naturais, mas mesmo assim são aplicados (DWORKIN, 2001, p. 449). As pessoas, sim, podem aprimorar as suas habilidades, potencializar a inteligência pelo estudo ou se tornarem mais atléticas. Mas, ainda, aqueles que nasceram naturalmente mais inteligentes ou mais atléticos, possuem vantagens – as quais são totalmente arbitrárias – e elas são consideradas, de forma incontestável, nos testes. Bakke quer dizer que, se fosse negro, teria sido aceito, mas:

[...] teria sido aceito se fosse mais inteligente, se causasse melhor impressão na entrevista ou, no caso de outras escolas, se fosse mais jovem quando decidiu tornar-se médico. A raça não é, *no caso* dele, uma questão diferente desses outros fatores igualmente fora do seu controle (DWORKIN, 2001, p. 449, grifo meu)<sup>11</sup>.

A exclusão racial histórica não se deu por meio de critérios métricos – cálculos instrumentais que impactavam na sociedade – mas pelo desprezo, e por isso era um insulto. Utilizava-se de tais critérios naturais, como a cor da pele, de forma a excluir, devido ao preconceito: era uma distinção *injustificada* e, por isso, *injusta*. Para Dworkin, a sugestão de que a raça branca é objeto de preconceito ou desprezo é absurda, vide a quantidade de brancos aceitos nas admissões e todas outras oportunidades ao longo da história.

Critérios de avaliação de características naturais existem e são aplicados, e como a raça de Bakke não é objeto de preconceito, no caso dele, não há de se falar em exclusão por raça, pois o critério racial, posto a esta maneira e não de como se deu historicamente, não se difere de outros critérios naturais que já são adotados como requisitos admissionais. Em ambas as distinções, seja por raça, seja por inteligência ou por capacidade atlética, a exclusão de Bakke se dá por um “cálculo racional do uso socialmente mais

---

11 Estes também são critérios que, na maioria das universidades do Brasil, não são utilizados expressamente, ao contrário dos sistemas de admissão dos Estados Unidos. Um contraponto pode ser feito, no entanto, em como algumas bolsas de pesquisa ou de esporte são concedidas em certas faculdades, ficando a critério dos coordenadores dos projetos.

benéfico de recursos limitados para a educação médica” (DWORKIN, 2001, p. 450)<sup>12</sup>.

Bakke utilizou do importante “princípio de que ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de um respeito” (DWORKIN, 2001, p. 450). O espírito do princípio citado, entretanto, serve justamente aos objetivos das ações afirmativas, não fornecendo base à crença de que os interesses e direitos individuais estão em conflito com tal.

## 7. CONCLUSÃO

Políticas que promovem distinções visando a igualdade são objeto de discussão em diferentes áreas do conhecimento. Neste trabalho, foram apresentados os principais argumentos sobre como o igualitarismo liberal de Ronald Dworkin, que manifesta sua teoria da justiça distributiva a partir da igualdade de recursos, pode oferecer uma defesa coerente de políticas de ações afirmativas, principalmente quanto às cotas raciais. Para o autor, a melhor concepção de igualdade deve ser sensível às escolhas das pessoas, ao mesmo tempo em que se importa com as circunstâncias e oferece hipóteses para que não seja dispensado tratamento igualitário.

Tendo como objetivo imediato a inclusão de minorias em profissões, e, a longo prazo, a diminuição da importância conferida à raça pela sociedade, tais políticas se adequam à teoria da justiça dworkiniana, uma vez que abrange aqueles que foram prejudicados pelas circunstâncias de uma estrutura social racista que se formou ao longo da história. Além disso, Dworkin também argumenta que cotas são positivas porque, uma vez que se mostrem eficientes, podem contribuir com a premissa de que quanto menos preconceituosa for

12 Há, também, a possibilidade de uma quarta rejeição – não jurídica – ao programa de cotas. Dworkin a chama de “preguiçosa virtude da simplicidade”: se é difícil traçar uma linha, é melhor não a traçar, ou como no passado se utilizou de critérios raciais para o mal, seria melhor não os utilizar agora. Usar de tais critérios, na verdade, pode ser a única forma de combater injustiças causadas exatamente pelo mau uso destes critérios no passado. As possíveis, mas improváveis consequências negativas, não são suficientes para que se perca a oportunidade de utilizar de meios tão eficientes para o combate às desigualdades (DWORKIN, 2001, p. 451).

uma sociedade, mais provável é que haja uma distribuição igualitária de recursos.

Adiante, foi apresentada a distinção entre os conceitos de princípio e de política, sendo o primeiro um padrão de moralidade que expressa uma exigência de justiça de forma individual e incontingente, e o segundo um objetivo coletivo e contingente. Como citado acima, ações afirmativas são da segunda natureza, possuindo metas que visam a alcançar um bem útil à sociedade. Políticas, por mais benéficas que possam ser, não podem conflitar com princípios, o que é importante para que se confira legitimidade jurídicas às ações afirmativas.

A partir disso, o autor entende que a Constituição dos Estados Unidos, apesar de dar liberdade para que os estados decidam qual concepção de igualdade irão adotar, estabelece como limite o princípio igualitário abstrato - todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Dworkin defende que o direito à igualdade racial seja interpretado pela teoria das *fontes banidas*, condenando discriminações injustificadas, mas entendendo que políticas que utilizam critérios de raça, distinguindo certos grupos justamente para contemplar objetivos igualitários, não violam princípios.

É o que se viu no caso *Defunis contra Odegaard*, em que a diferença entre ser tratado *igualmente* e ser tratado *como igual* foi introduzida. Enquanto este é constitutivo e diz respeito à igualdade de respeito e consideração, aquele é derivado e se relaciona às oportunidades, recursos ou encargos. Todos devem ser tratados *como iguais*, mas o direito de ser tratado *igualmente* não pode ser invocado para argumentar que as ações afirmativas são ilegítimas do ponto de vista do direito.

No mesmo sentido, em *Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, discutiu-se a possível existência de um direito moral contrário às cotas raciais. Dworkin nega que haja um (i) direito de ser avaliado pelo mérito, pois, além de entender que as admissões nas universidades servem ao propósito de retornar profissionais úteis e qualificados à sociedade, e não de premiar feitos passados, o próprio conceito de mérito é arbitrário e impreciso. Rejeita também o (ii) direito de não ser avaliado por grupo, uma vez que, como se viu, as

universidades já utilizam de outros critérios coletivos que são considerados constitucionais.

Por último, o autor argumenta que não há o (iii) direito de não ser excluído com base na raça, já que critérios naturais, como inteligência e habilidade atlética, também são levados em consideração, e estabelece a importante diferença entre a discriminação histórica e a “discriminação reversa” feita pelos programas de cotas. Na primeira, a exclusão se dava pelo desprezo, enquanto, na segunda, são utilizados critérios métricos – cálculos instrumentais que impactam na sociedade – para tornar o processo de admissão mais justo.

Programas de ações afirmativas, portanto, são legítimos do ponto de vista da igualdade-liberal e da igualdade de recursos. Não obstante, além de serem eficientes, cotas raciais não violam direitos de terceiros, sendo um tipo de política que não apresenta conflito com princípios. Promovem, assim, importante papel na busca pelas metas constitutivas do igualitarismo liberal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros**. CNJ. Brasília, DF: 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

DOEMNIC, Thiago; BARCELOS, Iuri; FONSECA, Bruno. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. Agência Pública, 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DALL'AGNOL, Darlei. **O igualitarismo liberal de Dworkin**. Kriterion: Revista de Filosofia, Belo Horizonte. vol.46. no.111, p.55-69, jun. 2005.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Ética Privada e Igualitarismo Político**. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. **Novos Estudos - Cebrap**, [s.l.], n. 77, p. 233-240, mar. 2007. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://ref.scielo.org/yhvvyjt>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUTRA, Franklin. **Ações afirmativas e a teoria da justiça de John Rawls**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. **Novos Estudos - Cebrap**, [s.l.], n. 77, p. 243-253, mar. 2007. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://ref.scielo.org/gnd669>. Acesso em: 20 abr. 2020.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**. Rio de Janeiro, 2017.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SENKEVICS, Adriano Souza; MELLO, Ursula Mattioli. O perfil discente das universidades federais mudou pós-lei de cotas? **Cadernos de Pesquisa**, [s.l.], v. 49, n. 172, p. 184-208, jun. 2019. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://ref.scielo.org/9zdt9y>. Acesso em: 18 abr. 2020.

VALENTE, Rubia; BERRY, Brian. **Performance of Students Admitted through Affiative Action in Brazil**. In: *Latin American Research Review* 52.Texas, 2017. Disponível em: [encurtador.com.br/IBHIO](http://encurtador.com.br/IBHIO). Acesso em: 18/04/2020.

WAGNER, Y. G.; RODRIGUES, C. T.; CARDOSO, L. C. B.. Política de Cotas: **Uma democratização para o acesso aos cursos do centro de ciências agrárias na Universidade Federal de Viçosa**. In: 57º CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E SOCIOLOGIA RURAL: AGRICULTURA, ALIMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, 57, 2019, Ilhéus, 2019. Disponível em:

[https://www.brsa.org.br/fotos/arquivo1 - 2019-09-23-23-58-17.pdf](https://www.brsa.org.br/fotos/arquivo1-2019-09-23-23-58-17.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

**SUBMETIDO** | *SUBMITTED* | 23/04/2021

**APROVADO** | *APPROVED* | 25/05/2021

**REVISÃO DE LÍNGUA** | *LANGUAGE REVIEW* | Mirella Rosa Silveira

## **SOBRE O AUTOR** | *ABOUT THE AUTHOR*

RANGEL MENDES FRANCISCO

Mestrando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras. E-mail: [rangel.francisco@estudante.ufla.br](mailto:rangel.francisco@estudante.ufla.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6722-5592>.

