

## 1 INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin (1931 – 2013), um dos maiores jus-filósofos do Direito dos séculos XX e XXI, enfrentou em suas obras assuntos dos mais controversos, como a discricionariedade judicial,<sup>1</sup> o anti-utilitarismo no raciocínio jurídico,<sup>2</sup> a conexão entre direito e moral<sup>3</sup> entre outros, a exemplo do tema a que se propõe a investigar, em que o autor comenta, argumentativamente, algumas decisões judiciais acerca de ações afirmativas quanto à discriminação positiva, no escopo de identificar fundamentos suficientes em prol de uma igualdade substancial entre brancos e negros.

Seguindo a compreensão de que o princípio da igualdade é ter os indivíduos como iguais, isto é, merecedores do mesmo tratamento de consideração e respeito, que formula reflexões acerca das políticas de ações afirmativas, a partir de casos específicos julgados pela Suprema Corte norte-americana, relativamente às cotas para negros adotadas em universidades dos Estados Unidos, a partir dos quais se procederá a uma reconstrução crítica dos posicionamentos argumentativos do autor em comento.<sup>4</sup>

## 2 AS RAZÕES DE DWORKIN

### 2.1 A JUSTIÇA DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E AS ESPÉCIES DE IGUALDADE

A história de escravidão, repressão e preconceito, e suas consequências vividas nos Estados Unidos, ambiente em que o autor em foco desenvolve suas teorias, fez o povo norte-americano racialmente mais consciente e mantenedor de fortes distinções sociais, razão pela

---

<sup>1</sup> R. Dworkin tratou do tema em destaque em seu primeiro artigo: *Judicial Discretion*, publicado em 1963 no *Journal of Philosophy* (DWORKIN, 1963).

<sup>2</sup> R. Dworkin questionou as posturas utilitaristas de raciocínio jurídico por meio de um comentário à obra *Judicial Decision*, de Richard Wasserstrom, publicado primeiro com o título *Wasserstrom: the Judicial Decision* (75, *Ethics* 47, University of Chicago, 1964) e depois com o título *Does law have a function? A comment on the Two-Level Theory of Decision* (74 *Yale Law Journal* 640, 1964-1965) (DWORKIN, 1964).

<sup>3</sup> R. Dworkin começou a desenvolver suas teses antipositivistas a respeito da conexão entre direito e moral em uma resenha crítica à então recém-lançada obra *The Morality of Law*, de Lon Fuller. A resenha de Dworkin foi publicada como artigo intitulado *Philosophy, Morality and Law: observations prompted by professor's Fuller's Novel Claim* (113 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 668-690, 1964-1965) e posteriormente em versão reduzida com o título *The Elusive Morality of Law* (10 *Vanderbilt Law Review*, p. 631-639, 1965). (DWORKIN, 1965).

<sup>4</sup> O tema das ações afirmativas fora abordado por Ronald Dworkin nas obras *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986) e *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Dworkin 2002a).

qual muitas universidades passaram a buscar a instituição de programas de ações afirmativas, com o uso de critérios raciais explícitos, no escopo direto de aumentar o número de negros em profissões de relevância social, como Advocacia e Medicina.

Tais medidas de discriminação reversa ou positiva têm lastro na teoria social segundo a qual somente haverá uma diminuição das divisões raciais, se as carreiras mais relevantes para a sociedade forem ocupadas tanto por brancos como por negros, associadas a um cálculo de estratégia, o qual observa que “aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra”<sup>5</sup> (DWORKIN, 1985, 439).

Com base nesse entendimento, R. Dworkin analisa argumentos expostos em demandas judiciais que levaram o conflito entre um suposto direito individual a vagas em universidades e as políticas de ações afirmativas, que resultaram em relevantes precedentes da Suprema Corte norte-americana, a exemplo do caso *De Funis*, em que o autor da demanda aduz ser titular de um direito constitucional a uma vaga na Faculdade de Direito de Washington, tendo sido inadmitido mesmo com pontuação equiparada às necessárias como requisito para ingresso de membros de minorias desfavorecidas. Apresentar-se-ão, a seguir, as razões de Dworkin quanto às políticas de ações afirmativas discutidas neste e em outros casos de notável relevo para o tema.

Deve-se ressaltar à partida que qualquer que seja a política de admissão das universidades, esta carregará como escopo primário uma pretensão de ordem social útil. Isso pode ser observado pela análise das consequências dos critérios de admissões intelectuais que vêm sendo adotados de um modo geral pelas Escolas Universitárias, que em verdade são considerados mais adequados não porque os candidatos mais aptos tenham direito a uma vaga, mas por ser razoável pensar que a sociedade estará recebendo melhor mão de obra para os serviços jurídicos *verbi gratia*, que tão relevantes são para a harmonia e paz social.

Assim, conforme Dworkin, a justificativa para os padrões intelectuais em regra utilizados é, na verdade, não um direito individual ou uma espécie de premiação para os melhores colocados, mas uma escolha política que prioriza as necessidades da comunidade, a serem supridas através de uma política útil que lhe permita estar melhor servida na área jurídica *verbi gratia*, ou qualquer outra, por profissionais mais aptos intelectualmente. Dessarte, a perda

---

<sup>5</sup> Ronald Dworkin afirma ainda que “é a pior incompreensão possível supor que os programas de ações afirmativas têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas. Elas usam medidas vigorosas, porque as mais suaves fracassaram, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana” (DWORKIN, 1985, p. 439).

em potencial vivida pelo indivíduo desfavorecido restará compensada pelo ganho geral como um todo (DWORKIN, 2002b, p. 227).

Percebe-se, em verdade, que critérios de avaliação de intelectualidade são utilizados pelas consequências que podem propiciar à sociedade como um todo, ou seja, pelos objetivos que se deseja alcançar, e não simplesmente porque pessoas mais inteligentes e com mais conhecimento intelectual tenham o direito a vagas nas universidades. Assim, a eleição dos critérios está ligada mais a objetivos prioritários buscados com vistas à melhoria do convívio social do que por uma questão propriamente de direitos individuais, o que justificaria o uso de ações afirmativas como cotas raciais em universidades, no escopo de tornar a comunidade mais igualitária em termos gerais.<sup>6</sup>

Lembra o autor em testilha que muitas vezes as universidades agregam aos testes de inteligência outros critérios através da promoção de políticas especiais de admissão, a exemplo da preferência para veteranos que haviam frequentado a escola antes de servirem às forças armadas, ou mesmo a priorização de candidatos mais esforçados, em detrimento dos mais inteligentes, a depender da preferência de critérios da universidade e, em especial, dos objetivos perseguidos (DWORKIN, 2002b, p. 225).

Ademais, a Constituição norte-americana não proíbe diretamente a classificação racial, como faz com o estabelecimento de uma religião oficial por exemplo, razão pela qual *De funis* utiliza como fundamento para suas arguições o direito abstrato à igualdade, que é assegurado pela décima quarta emenda à Constituição, a qual determina que nenhum Estado negará a qualquer pessoa a igual proteção perante a lei. No entanto, tal cláusula deixa em aberto a concepção do conceito de igualdade devendo ser decidida de tempos em tempos pelos Tribunais, ou pelo legislador. Trata-se de uma cláusula que prevê a igualdade abstrata, dependente de uma moldura real, ou seja, de premissas empíricas, considerando a única pretensão que se tinha à época em que redigida tal emenda era atacar as consequências da escravidão e do preconceito racial decorrente (DWORKIN, 2002b).

Esse fato permitiu ao autor concluir que é possível o surgimento de circunstâncias em que o direito individual à igualdade formal se choque com uma política social constituída para tornar a comunidade mais igualitária como um todo, reconhecendo a existência de uma necessária distinção entre “igualdade como política” e “igualdade como direito”, visto que *De*

---

<sup>6</sup> “*There is nothing paradoxal, of course, in the idea that an individual’s right to equal protection may sometimes conflict with an otherwise desirable social policy, including the policy of making the community more equal overall. [...]*” (DWORKIN, 2002b, p. 226).

*Funis* argumenta que seu direito individual à igualdade foi violado em nome de uma política de igualdade geral. Eis a grande contribuição desta demanda judicial.

Para contra-argumentar as razões do demandante supramencionado, mister responder ao seguinte questionamento: viola o direito individual à igualdade a sobreposição de um programa político que visa a proporcionalizar a igualdade em termos gerais? Veja-se.

Dworkin visualiza a existência de dois tipos de direito à igualdade. O direito à “igual tratamento” (*equal treatment*), que seria “o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”, a exemplo do direito ao voto, concedido a todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Diferente de uma segunda concepção de igualdade, que é o “tratamento como igual” (*treatment as equal*), que concede a todos o direito de serem tratados com o mesmo respeito e consideração que qualquer outro indivíduo, tal qual o direito à saúde.<sup>7</sup>

Com efeito, o direito a “tratamento como igual” refere-se a uma prestação fundamental a todos, segundo o autor, diferente do direito ao “igual tratamento”, que, por ser derivado, não estará presente independentemente das circunstâncias, razão pela qual considera que *De Funis* não tem direito a igual tratamento na alocação de vagas na faculdade de Direito, pois a educação jurídica não é vital como a educação básica, a ponto de que todos tenham direito à ascendê-la, como em certa medida argumenta o demandante.

Assim, as ações afirmativas representam uma forma de expressão do direito à igualdade enquanto “tratamento como igual”, por serem todos os indivíduos merecedores de igual respeito e consideração, e eventuais desvantagens individuais decorrentes da utilização de tais políticas ficam justificadas quando os ganhos obtidos ultrapassam as perdas dos que sofreram desvantagens pessoais, havendo em verdade uma compensação pelos benefícios adquiridos pela sociedade de um modo geral e, conseqüentemente, também pelas próprias pessoas que se viram em situações eventuais de desvantagens.

Para Dworkin as cotas para negros representam uma melhora dos serviços jurídicos prestados por negros para a própria comunidade negra, o que contribui para a redução de tensões sociais, com uma sociedade com interesses mais equilibrados, além de que a maior diversidade com a participação de um número maior de negros nas discussões dos problemas sociais dentro das salas de aula contribui para uma melhora na qualidade da educação jurídica para todos os estudantes, servindo ainda como estímulo para outros membros da comunidade em iguais

---

<sup>7</sup> R. Dworkin cita o exemplo de um pai de duas crianças, em que uma está morrendo de uma determinada doença, que está apenas causando desconforto a outra. Ambas precisam do remédio, no entanto o pai escolhe para quem ministrar o único remédio que possui, jogando cara ou coroa (DWORKIN, 2002b, p. 227).

condições, o que eleva o nível intelectual deste grupo minoritário e da sociedade de um modo geral, razão pela qual os benefícios são percebidos por todos, mesmo que indiretamente (DWORKIN, 2002b, p. 228).

O autor defende, então, que uma sociedade sem preconceito racial e sem estereótipos tem probabilidade maior de ser mais harmoniosa em seu convívio, e mais justa na distribuição de riquezas e de poder, além de ter ainda maior probabilidade de ser melhor para todas as pessoas, em muitos outros aspectos do dia a dia comunitário, através da priorização de uma composição geral de igualdade.

Com efeito, a desvantagem sofrida pelo candidato *De Funis* seria equiparada à desvantagem sofrida por um candidato não favorecido em um teste de inteligência, a depender do objetivo desejado com a política alcançada, que nada mais seria do que o custo real das políticas de admissão usuais, já que qualquer critério adotado sempre colocaria algum candidato em desvantagem diante de outros.

Pode inicialmente parecer contraditório o fato de que os argumentos do caso *De Funis* e do caso *Sweatt* não sejam aceitos ou recusados em conjunto, já que em ambas as situações os demandantes foram recusados pelas universidades em virtude de considerações raciais, com a diferença que *Sweatt* lutava contra um sistema construído historicamente, que o excluía em virtude de discriminação racial. Já *De Funis*, sofreu exatamente as consequências de uma política instituída no escopo de minimizar essa construção histórica tão desigual e discriminatória, com vistas a uma igualdade substancial em proveito da sociedade como um todo.<sup>8</sup>

Diferentes não são as razões de Dworkin para o caso *Allan Bakke*, pois o programa de ação afirmativa de cotas raciais em cursos de Medicina, como no caso em testilha, pretende, com razão, aumentar o número de médicos negros, entre outros objetivos, para que possam atender pessoas do mesmo grupo racial, não objetivando criar grupos separados de médicos e pacientes, mas como medida imediata, para que negros possam ser melhor atendidos, por ser improvável naquele momento que o fossem por pessoas brancas. Ademais, a intenção a longo prazo era, em verdade, a de que a associação entre negros e brancos aumente a integração racial e diminua o sentimento de segregação e falta de aceitabilidade entre ambos, com uma consequente geração de papéis exemplares de negros profissionais para incentivar outros a seguir o mesmo caminho, com portas mais abertas e caminhos menos tortuosos.

---

<sup>8</sup> [...] “em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem, pode mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo.” (DWORKIN, 2002b, p. 225, tradução livre).

Ocorre que, para *Allan Bakke*, ainda que a sociedade se torne mais justa com as ações afirmativas, estas são injustas, por ferirem seu direito à igualdade, razão pela qual os programas de ações afirmativas deveriam ser abolidos, por serem inconstitucionais. Surge novamente o questionamento: devem os programas de ações afirmativas cederem diante do direito à igualdade de *Bakke*?

Os argumentos em sua defesa são no sentido de que ele deve ser avaliado conforme o seu mérito, e que medidas que têm a raça como fator preponderante para distribuição de benefícios são inconstitucionais.

Quanto a arguições de mérito intelectual, Dworkin afirma que não existem justificativas razoáveis para se determinar que o critério de mérito seja adotado com preferência aos demais, pois não existe sequer uma definição do que venha a ser mérito, considerando que não há nenhuma conjugação fechada de capacidades que o definam de forma permanente (DWORKIN, 1985, p. 446).

Conforme esse raciocínio, pode a cor da pele, então, ser entendida como um elemento, dentre outros, que capacita um indivíduo a exercer o trabalho médico melhor que outro em dada circunstância porquanto pode ser socialmente útil em uma sociedade que, por exemplo, tenha forte traço discriminatório cultural, e que um médico branco não exerceria seu mister com isenção e dedicação caso seu paciente fosse um homem negro.

Comenta ainda o autor acerca da arguição do demandante, destacando que seu direito está sendo violado, por ser levado em consideração o fato de ser ou não membro de determinado grupo, sendo, para o autor, incabível uso do pluralismo e inclusão social como argumento contrário às cotas raciais. Dworkin demonstra que em verdade há um erro de interpretação que desmerece o argumento do autor da demanda. Trata-se de uma visão exclusivamente formal de igualdade dizer que a condição de membro de grupo minoritário não pode ser usada como critério de inclusão ou exclusão de benefícios, já que a visão de igualdade que se persegue é aquela que tem por escopo a impressão de uma desigualdade guiada para o fim de equilibrar partes desiguais (DWORKIN, 1985, p. 441).

Observa-se uma realidade social que não pode deixar de ser considerada, sendo hodiernamente a condição de membro de determinados grupos de minorias fator de determinação de inclusão ou exclusão, a depender das circunstâncias, como forma de concretização do princípio da igualdade, através do tratamento temporariamente desigualitário. Ademais, qualquer processo de admissão utiliza-se de generalizações sobre grupos, a exemplo

do critério de idade adotado por algumas universidades, inclusive aquela em que *Bakke* foi recusado (DWORKIN, 1985, p. 447).

*Allan Bakke* formula ainda um terceiro argumento: o de que possui o direito de não ter sua vaga rejeitada por conta de sua raça, argumento que até soa plausível, quando está em jogo a formulação de um direito constitucional, pois a todo cidadão é garantido não sofrer desvantagem por sexo, raça, credo ou grupo natural a que pertença. No entanto, para Dworkin, este direito de não discriminação, que foi e ainda é violado historicamente pelo desprezo à raça negra, em nada se assemelha à situação de *Bakke*, visto que o fator que sacrificou a oportunidade deste não foi o desprezo ou caráter especial de insulto público, mas uma política que visa a contribuir com o objetivo de amenização de desigualdades existentes pelo fator étnico-racial, ou seja, o demandante foi excluído por uma medida que se baseia em um cálculo racional usado para um escopo socialmente útil.<sup>9</sup>

No mesmo caso, o Tribunal da Califórnia, ao deferir o pedido do autor, recomenda que as universidades persigam o objetivo que justifica as ações afirmativas em testilha por outros métodos que não aqueles que levem as raças em conta diretamente, o que, na visão do autor, é desprovido de efetividade, porque a própria história da campanha contra as injustiças raciais, em que medidas neutras ou indiretas foram adotadas, demonstra a falta de efetividade de tais medidas, como na decisão do *caso Brown contra o Conselho de Educação*, em que a Corte Suprema dos Estados Unidos declarou inconstitucional a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas no ano de 1954, medida de relevância incontestada, mas ainda insuficiente para a promoção de uma sociedade livre de discriminação racial (USA, [s.d.]).

O mesmo entendimento restou comprovado através do relatório apresentado pelo *Carnegie Council on Policy Studies in Higher Education*, que, diante de uma pesquisa abrangente, analisou o papel federal na educação pós-secundária, observando, entre outros fatores, as políticas de ações afirmativas, tendo concluído que caso uma universidade procedesse a uma seleção de candidatos em um teste racialmente neutro, adaptando uma política voltada para candidatos em desvantagem, e selecionando os que tiverem melhores notas no teste de aptidão, provavelmente não aprovaria nenhum negro, já que os estudos comprovam que os negros em regra possuem notas mais baixas mesmo quando comparados com os candidatos em desvantagem social ou econômica. Razão pela qual um teste de admissão neutro

---

<sup>9</sup> Sobre os fins dos programas de ações afirmativas, afirma R. Dworkin: “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, 1985, p. 439, tradução livre).

relativamente à consciência de raça seria inútil para a consecução do propósito perseguido pelas ações afirmativas.<sup>10</sup>

No entanto, em que pese sejam positivamente conclusivas as análises sobre ações afirmativas, ainda persistem os argumentos de que os direitos individuais devem ser preservados, independentemente de qualquer julgamento a respeito das consequências plausíveis da ação afirmativa para a sociedade como um todo. Dessa forma, a justificativa do bem comum faz surgir questionamentos sobre qual seria o sentido que permite notar se de fato a sociedade estaria vivenciando um real melhoramento do bem-estar geral. Dworkin cita o sentido utilitarista e o sentido ideal, e é o aprofundamento deste tema o mote do próximo item.

### 2.1.1 Sentido utilitarista e sentido ideal

Depreende-se das razões de Dworkin que uma das justificativas mais relevantes para a idealização e concretização das ações afirmativas é a priorização de benefícios a serem aproveitados pela sociedade de um modo geral, em que cada membro da comunidade receberá uma parcela de aproveitamento ao vivenciar uma sociedade mais justa e igualitária, através da harmonia e paz social resultantes da adoção da medida em testilha a longo prazo.

Ocorre que a ideia de que, em determinadas circunstâncias, justificam-se as ações afirmativas por darem melhores condições a uma comunidade como um todo, em detrimento de vantagens que eventualmente poderiam ser obtidas diretamente por alguns indivíduos, pode conduzir a dificuldades teóricas e práticas, em especial porque não pareceria razoável a ideia de que a teoria utilitarista seria capaz de justificar as medidas em análise.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Trata-se de um trabalho do Conselho Carnegie sobre Estudos Políticos no Ensino Superior, que começou em 1974 e concluiu seu trabalho em janeiro de 1980. Os 15 relatórios de política do Conselho e 38 relatórios técnicos e de pesquisa patrocinados são resumidos. Um artigo intitulado *The Carnegie Policy Series, 1967-1979: preocupações, abordagens, reconsiderações, resultados*, por Clark Kerr, está incluído. Os tópicos abordados pelos relatórios de política incluem: o papel federal na educação pós-secundária, instrução, ação afirmativa, Estados e ensino superior, educação médica e odontológica, negociação de faculdades, admissões seletivas, estados e ensino superior privado, currículo universitário e ajuda financeira. Pesquisas patrocinadas e relatórios técnicos dizem respeito aos seguintes tópicos gerais: adaptação à mudança de horários; programas acadêmicos; educação de jovens e emprego; alcançar a justiça social; habilidades e novos conhecimentos; governança; recursos financeiros; e finalidades e desempenho. Tópicos específicos dos relatórios incluem: gerenciamento de sistemas multicampus, aspectos do ensino superior americano durante 1969-1975, currículo de graduação, educação e treinamento vocacional, licenças educacionais para funcionários, *status* de admissões seletivas, centros de educação sanitária da área, negociação coletiva de faculdades, custos do ensino superior e a dimensão internacional do ensino superior (THE CARNEGIE..., 1980).

<sup>11</sup> O utilitarismo é uma doutrina ética, defendida principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), que afirma o princípio do máximo bem-estar social, independentemente de eventual perda individual. A felicidade geral, ou o interesse da comunidade em geral, deve ser entendida como o resultado de um cálculo hedonístico, através da análise da soma do bem comum e dores dos indivíduos. Os autores citados sistematizaram o utilitarismo e conseguiram aplicá-lo a questões concretas como no sistema

Assim, Dworkin distingue dois sentidos que poderiam ser utilizados como argumentos pelas universidades em defesa ou desfavor das políticas de ações afirmativas, ao afirmar que uma sociedade está melhor como um todo de forma a respeitar a *equal protection clause*. Uma comunidade pode estar melhor no “sentido *utilitartista*” quando o nível médio do bem-estar geral aumentou relativamente aos prejuízos sofridos por determinados indivíduos. Existe, no entanto, um segundo sentido, qual seja, o “sentido *ideal*”, através do qual se percebe o aumento do bem-estar social, não pelo aumento do bem-estar médio, mas pela aproximação desta a uma convivência mais equilibrada entre seus pares, que seria, para o autor em foco, a aproximação do que seria uma sociedade ideal, por ser mais justa e igualitária (DWORKIN, 2002b, p. 232).

Para Dworkin as ações afirmativas podem ser justificadas tanto pelo sentido utilitarista quanto pelo sentido ideal, o que não ocorre com a segregação racial, que somente pode vir justificada pelo sentido utilitarista (que nem sempre está de acordo com a *equal protection clause*) e jamais poderá ser fundamentada em um “sentido *ideal*”, o que pode ser observado a partir dos casos *De Funis* e *Sweatt*. O primeiro demandante era um indivíduo branco que desejava ser admitido pela Universidade de Washington, tendo sido rejeitado mesmo tendo notas semelhantes aos integrantes de minorias, entre estes os negros, que foram aprovados.

A Universidade de Washington poderia se valer tanto de argumentos utilitaristas quanto de argumentos de sentido ideal para justificar a sua política de cotas raciais, afirmando, por exemplo, que com a política de ações afirmativas e o conseqüente aumento do número de negros na faculdade de Direito seria gerado um aumento futuro do número de negros nos mais diversos ramos profissionais, o que serviria como instrumento de diminuição de tensões sociais, causando por si só uma melhora do bem-estar da sociedade de um modo geral. Em um “sentido *ideal*” pode-se argumentar que todos os membros da comunidade receberiam tais benefícios, o que a tornaria mais justa e igualitária (DWORKIN, 2002b, p. 232).

Já no caso *Sweatt*, a Universidade do Texas não teria possibilidade de usar argumentos de “sentido *ideal*”, já que não teria como justificar que a segregação racial tornaria a sociedade mais igualitária. Mesmo que eventualmente pudesse aumentar o bem-estar geral, a justificativa relativamente à sociedade seria sempre de sentido utilitarista. Poderia a comissão admissional da Universidade do Texas hipoteticamente decidir que, no pós-Segunda Guerra, as grandes firmas de Advocacia precisavam de advogados que atendessem ao rápido crescimento dos

---

político, legislação, justiça, política e econômica. Na sua principal obra *The Principles of Morals and Legislation*, Bentham estuda pormenorizadamente a aplicação do princípio de utilidade como fundamento de conduta individual e social. Apesar da fragilidade do pensamento de Bentham, do ponto de vista filosófico, a influência de sua doutrina é inegável (BENTHAM, 2000).

negócios, no entanto, os negros, por mais competentes que fossem, poderiam sofrer rejeição dos clientes. Então a comissão poderia concluir que as necessidades do mercado como um todo eram mais importantes para o bem-estar geral do que as necessidades específicas das minorias.

Ocorre que tal suposto argumento, longe de igualitário e ideal, seria discriminatório e mantenedor de um *status* de desigualdade social vigente, apesar de se enquadrar em um sentido utilitarista, vez que a eficiência comercial, de fato, poderia tornar a sociedade melhor do ponto de vista econômico, de acordo com o aumento do bem-estar geral.

Deve-se ressaltar, ainda, que os argumentos utilitaristas esbarram em uma dificuldade específica, que por outro lado não atinge os argumentos de “sentido *ideal*”, qual seja a conceituação do que viria a ser bem-estar médio ou coletivo. Como é possível chegar à conclusão de que os ganhos de um grande número de pessoas superaram as perdas consequenciais da medida afirmativa para outras, ou seja, o que torna uma sociedade melhor no sentido utilitarista?

A resposta para a teoria utilitarista está na satisfação do maior número de preferências dos indivíduos de uma sociedade, ou seja, uma política torna uma sociedade melhor de acordo com o sentido em questão, quando satisfaz, em termos gerais, mais preferências do que outras medidas alternativas, ainda que não satisfaça as preferências de alguns, o que num primeiro momento pode parecer um argumento igualitário (DWORKIN, 2002b, p. 233).

Porém o caráter igualitário do utilitarismo de preferências, conforme acima exposto, pode-se apresentar por vezes enganoso, se se examinar a vasta gama de preferências que os indivíduos têm na realidade, vez que nas preferências gerais dos indivíduos por determinada política pública podem estar sendo contabilizadas preferências tidas por externas, “pela atribuição de bens e oportunidades a outros, ou a ambas as coisas”, permeadas de preferências pessoais pela fruição individual de bens ou determinadas oportunidades, a exemplo de um indivíduo que estuda em uma escola para brancos, que tem preferências pessoais pela segregação racial, seja porque essa política aumenta sua oportunidade de sucesso, seja porque tem desprezo por pessoas negras e desaprova os contextos sociais em que as raças se misturam (DWORKIN, 2002b, p. 243).

A distinção entre os dois tipos de preferências é de suma importância, pois *prima facie* percebe-se que não é possível traçar um argumento utilitarista com base apenas em preferências externas, pois muitas vezes estas se confundem com as preferências pessoais, de modo a não permitir que se separem umas das outras, e isso é especialmente verdadeiro quando as preferências são afetadas pelo preconceito.

Considerem-se hipoteticamente as preferências de um jovem branco que estude em uma escola somente para brancos. A sua preferência por políticas segregacionistas refere-se a preferências pessoais pela associação com um tipo de colega e não com outro, parasitário de preferências externas de ordem preconceituosa. Se fossem levadas em consideração tais espécies de preferências, em uma sociedade racista os negros perderiam o seu direito de serem tratados como iguais.

Assim, ao serem contabilizadas as preferências externas juntamente com as preferências pessoais, muitas vezes daquelas inseparáveis, resta totalmente corrompido o caráter igualitário do utilitarismo, já que a simples observância de preferências externas não oferece uma justificativa segura, que seja compatível com as desvantagens sofridas por grupos minoritários, ou que historicamente sofrem discriminação social como os negros, que, de acordo com o utilitarismo de preferências, dependeriam da força das preferências antirracistas, muitas vezes até menos intensas dos que os consideram indignos de respeito e consideração (DWORKIN, 2002b, p. 235).

O que se quer demonstrar é que o critério utilitarista, ao levar em conta apenas as preferências do maior número de pessoas, ignora o fato de que as pessoas possam ter feito determinadas escolhas não só para defender interesses pessoais, como simultaneamente para violar interesses ou direitos de outras pessoas, pelas quais têm desprezo ou preconceito, razão pela qual a arguição da Universidade do Texas de que “a segregação aumenta o bem-estar da comunidade em um sentido utilitarista é portanto incompatível com o direito de *Sweatt* de ser tratado como igual, garantido pela Cláusula de igual proteção” (DWORKIN, 2002b, p. 237).

De acordo com o autor, todo argumento utilitarista que apresentar uma desvantagem para indivíduos de uma raça contra a qual existe preconceito será injusto, ao menos que se possa comprovar que tais desvantagens seriam justificáveis ainda que não houvesse preconceito. Tal argumento confirma as impressões acerca do utilitarismo ser inapropriado, em princípio, em relação a qualquer outra situação em que preferências externas violam os direitos dos cidadãos a serem tratados como iguais, a exemplo de preferências moralistas contra mulheres profissionais, ou preferências altruístas por homens virtuosos (DWORKIN, 2002b, p. 232).

Assim, conclui Dworkin, programas universitários admissionais que discriminam pessoas negras são sustentados sempre por argumentos utilitaristas, baseados em preferências externas preconceituosas, de maneira tal que, se aplicados, infringem a *equal protection clause*, ou seja, o direito constitucional dos negros de serem tratados como iguais.

Por outro lado, política de ações afirmativas que discriminam positivamente em favor dos negros podem até ter algum fundamento que se aproxime de um “sentido utilitarista”, mas seu fundamento essencial é sempre de ordem *ideal*. Logo, ainda que um argumento utilitarista se baseie em preferências externas, como a preferência de certos homens negros por advogados de sua própria raça, os argumentos de *ideal* têm por base o entendimento independente de que uma sociedade igualitária será uma sociedade mais justa e harmônica, mesmo que alguns dos seus membros ainda optem pela desigualdade por preferências pessoais.

Depreende-se da análise do caso *De Funis* que, na verdade, o que justifica uma política é a sua adequação aos fins a que se pretende, que no caso é o direito de todos os membros da sociedade serem tratados como iguais, sendo que quaisquer programas admissionais, sejam os que utilizam critérios de inteligência, maior esforço ou raciais, devem ser avaliados equitativamente, com foco nos fins a que se propõem, se justos e úteis a toda sociedade, de acordo com um “sentido *ideal*” de comunidade.

Os critérios utilizados pelas escolas ou universidades que se recusam em considerar o histórico de discriminação racial, e levar os negros em consideração para a instituição de um programa admissional que os priorizem, falham neste teste, enquanto a Faculdade de Direito de Washington consegue justificar sua política satisfatoriamente, em que pese tenha imediatamente aderido à ordem judicial que determina a admissão de *De Funis*, mesmo pendente de decisão final da Corte Suprema.

O que não se pode permitir é que o receio do mal uso do programa de ações afirmativas para uma discriminação que permita a desigualdade igualitária, ou discriminação de efeitos positivos, venha a impedir a consecução de uma medida que funciona, mas que necessita ser analisada, testada e construída, a partir de uma engrenagem sofisticada por entendimentos e distinções necessários, que pode até não chegar aos reais efeitos sonhados por seus defensores, apesar de imprimir o respeito ao tratamento igualitário para todos, porque dependente de fatores sociais, muitas vezes voláteis. Razão pela qual merece estar vivo e ativo o debate, com o permanente cuidado, para que a *equal protection clause*, ou o direito à igualdade a depender da ordem jurídica não venha a ser usada de modo a fraudar a própria igualdade (DWORKIN, 2002b, p. 239).

### 3 NOTAS CRÍTICAS E CONCLUSIVAS

A percepção de Dworkin, conforme exposta, deixa grande contributo às políticas de ações afirmativas, que depois de cerca de 30 anos de um lento processo de construção, e expansão para vários Estados Democráticos de Direito como o brasileiro, não se restringem hodiernamente a minimizar efeitos passados de práticas discriminatórias, eis que atingiram hoje espectro mais abrangente, beneficiando grupos excluídos, independentemente das causas que originaram essa exclusão, já que grande parte das medidas volta-se à promoção da igualdade de oportunidades, tencionando buscar maior representatividade de determinados segmentos sociais em todas as carreiras profissionais, seja no espaço público ou privado, como forma de mobilidade social ascendente e incentivo aos grupos desfavorecidos.

O quadro histórico norte-americano, base do presente artigo, era vivenciado de forma dramática pela sociedade estadunidense, que somente dá passos no destino da integração racial com o fim da doutrina dos “*Separate but equal*”, em 1954, a partir da decisão no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em que a Corte decide considerar intrinsecamente desiguais as instalações educacionais separadas (USA, 1954), tendo reescrito, com sensíveis transformações e consequências sociais, nova doutrina constitucional não somente sobre a igualdade racial, mas sobre a administração da justiça de um modo geral, bem como a operabilidade do processo político, caminhando efetivamente para a superação da igualdade formal.<sup>12</sup>

Mas as raízes das divergências eram em verdade muito mais profundas, conforme bem percebido por Ronald Dworkin, que nesse contexto representa um expoente idealizador de teorias fundamentais, que capacitaram intérpretes a preencher o conteúdo do direito à igualdade, na continuidade de um processo socialmente desenvolvido a partir do rompimento de valores ideológicos, que infelizmente a sociedade pode um dia experimentar, através de filosofias segregacionistas que chegaram a defender arduamente o isolamento entre os seres humanos e a purificação racial, que não só serviu para levantar uma barreira poderosa entre os povos, como trouxe nefastas consequências para toda a humanidade.<sup>13</sup>

A Teoria de Ronald Dworkin, quanto à aplicabilidade normativa do direito à igualdade substancial através do “*treatment as an equal*”, como base para as medidas de ações

---

<sup>12</sup> “[...] rewrote, with profound social consequence, major constitutional doctrines governing race relations, the administration of criminal justice, and the operation of the political process” (COX, 1979).

<sup>13</sup> “Esse instinto que vigora em toda Natureza, essa tendência à purificação racial, tem por consequência não só levantar uma barreira poderosa entre cada raça e o mundo exterior, como também uniformizar as disposições naturais” (HITLER, 2016, p. 257).

afirmativas, representa uma grande contribuição nesse processo em que o princípio da igualdade caminha da neutralidade e do formalismo a uma adequação substancial às circunstâncias sociais, no escopo de acelerar, através de medidas políticas, o ritmo de participação dos membros de grupos sub-representados no acesso à educação e consequentemente profissões que exigem um nível mais elevado de qualificação acadêmica, permitindo uma igualdade de oportunidades e não discriminação (HODGES-AEBERHARD, 2001).

Com efeito, a proposta de Dworkin, ao mesmo tempo em que reconhece a relação entre a injustiça racial do passado e as grandes desigualdades do presente, não defende a adoção de medidas compensatórias ou correicionais de violações históricas, como em um dado momento restou prescrito pela Corte Suprema dos Estados Unidos, mas sim à construção de uma sociedade mais igualitária no “sentido ideal”, através do tratamento como igual, em que todo e qualquer ser humano é visto como merecedor de igual respeito e consideração, e que não só os grupos minoritários são prestigiados, mas principalmente a comunidade vista como um todo harmônico e uniforme.

## REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books: Kitchener, 2000.

COX, Archibald. **The Warren Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1979, V.

DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. **Journal of Philosophy**, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/DWOJD>. Acesso em: 28 maio 2018.

DWORKIN, Ronald. Wasserstrom: The Judicial Decision. **Ethics**, v. 75, n. 1, out. 1964. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/291520>. Acesso em: 28 maio 2018.

DWORKIN, Ronald. The Elusive Morality of Law. **HeinOnline**, 10 Vill. L. Rev. 631 1965. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4611&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4611&context=fss_papers). Acesso em: 10 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: The theory and practice of equality. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2002a.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002b.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf, a minha luta**: precedido de uma história da ascensão, poder e crime do nazismo. Por Manoel S. Fonseca. Lisboa: Guerra e Paz, 2016.

HODGES-AEBERHARD, Jane. Affirmative action in employment: recente court approaches to a difficult concept. *In*: LOUTFI, M. (Ed.) **Women, Gender and Work**. OIT, 2001. p. 441-468. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1564-913X.1999.tb00387.x>. Acesso em: 08 jun. 2018.

THE CARNEGIE Council on Policy Studies in Higher Education: A Summary of Reports and Recommendations. 1980. Disponível em: <https://eric.ed.gov/?id=ED197673>. Acesso em: 07 abr. 2018.

USA. United States of America. United States Courts. **History** - Brown v. Board of Education Re-enactment. [s.d.]. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 30 maio 2018.

USA. United States of America. **Justia**. US Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 10 jul. 2018.

## **BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR**

ANDERSON, Elizabeth. **The Imperative of integration**. Princeton University Press, United Kingdom, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, e Jonh Locke. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gian Franco. **Dicionário Político**. Universidade de Brasília. 11. ed. Brasília-BR, v. I, p. 604, p. 1998.

BOWEN, William G.; BOK, Derek. **The shape of the river**. United Kingdom: Princeton University Press, 2000.

BOWEN, William G.; BOK, Derek. **The shape of the river**: long-term consequences of considering race in college and university admissions. United Kingdom: Princeton University Press, 1998.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. 4<sup>th</sup>. United States of America: West Thompson, 2006.

CARLYLE, Thomas. **The French Revolution**. Ed. A. H. R. Ball. Mineola: New York Dover Publication, inc., 2005.

CURRIE, David. **The Constitution in the Supreme Court: The first hundred year (1789 – 1888)**. Chicago-USA: University of Chicago Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principle for a New Political Debate**. United Kingdom: Princeton University Press Princeton, 2006.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1980.

FRIEDMAN, Laurence M. **A History of American law**. third edition. New York, Toronto, London, Sydney: A touchstone book, published by Simon e Schuster, 2005.

GREENE, Kathanne W. **Affirmative Action and Principles of Justice**. Nova York: Greenwood Press, 1989.

JAIME, Catherine McGrew. **Understanding the Unites States Constitucion**. Smashwords edition, ebook, 2010.

KELLOUGH, J. Edward. **Understanding Affirmative Action: Politics, discrimination, and the Search for Justice**. Washington Georgetwon University Press, 2006.

KECK, Thomas M. **The most activist Supreme Court in History, the road to modern judicial conservatism**. Chicago and London: University of Chicago Press, 2004.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

MENEZES, Paulo Lucena. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito Norte-Americano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MURRAY, Charles; HERRNSTEIN, Richard J. **The Bell Curve, intelligence and class structure in American life**. New York, London, Toronto and Sydney: A free press paperbacks book, published by Simon and Schuster, 1994.

NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitucional Law**. St. Paul: West Publishing Co., 5. ed., 1995.

OPPENHEIM, Felix E. Verbete *igualdade*. In: Norberto Bobbio, Nicola Gian Franco Matteucci & Pasquino. **Dicionário Político**. 11. ed. Brasília-BR: Universidade de Brasília, 1983. v. I.

POSNER, Richard Posner. **Law and Legal Theory in England and America**. Oxford, New York: University Press, 1996.

ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry.** New Haven, Londres: Yale University Press, 1991.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court.** Nova York/Oxford: University Press, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. **The Warren Court.** New York-USA, Oxford-UK: University Press, 1996.

UROFSKY, Melvin I. **Affirmative action on Trial: Sex Discrimination in Johnson v. Santa Clara.** Kansas-USA: University Press, 1997.

WESTERN, Peter. The Empty idea of Equality. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 3, 1982.