

OS LIMITES DAS POLÍTICAS IGUALITÁRIAS NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: A IGUALDADE COMO DIREITO E COMO POLÍTICA

Deborah Dettmam Matos*

1. INTRODUÇÃO – O SURGIMENTO DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

As ações afirmativas surgiram como estratégias político- sociais para restabelecer a igualdade, corrigindo situações de discriminação praticadas ao longo do tempo por sistemas sociais ou jurídicos.

O presidente John Kennedy usou pela primeira vez a expressão *affirmative action* em 1961, na ordem federal executiva nº 10.952, que criava a *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC, destinada a minorar as discriminações no mercado de trabalho através da investigação e publicação das práticas de emprego de grandes empresas para as vítimas de preconceito.

Após a morte do presidente Kennedy, o vice-presidente Lyndon Johnson assumiu o cargo e deu continuidade às políticas antidiscriminatórias com a promulgação do *Civil Right Act*, (Lei dos Direitos Civis), em 1964, que instituiu ações não preferenciais para compensar as conseqüências da discriminação racial.¹ A seção 703 (a) do título VII, prescrevia:

1) deixar de contratar ou recusar a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo ou discriminar qualquer indivíduo no que diz respeito a compensação, termos, condições ou privilégio de emprego por causa da raça, cor religião, sexo ou origem nacional de tal indivíduo, ou

2) limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer maneira que prevê qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que afete adversamente sua condição como empregado por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional de tal indivíduo.²

Porém, como observa Paulo Menezes, poucas mudanças foram obtidas. Então, durante um discurso na Howard University, em 1965, o presidente Johnson declarou: “Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, ‘você está livre para competir com os outros’, e ainda assim acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo”.³

Dessa data em diante, o governo americano iniciou uma política destinada a promover a igualdade de oportunidade, não apenas com a proibição da discriminação, nos termos da lei de direitos civis, mas por intermédio de programas que pudessem corrigir desigualdades existentes em relação aos grupos minoritários.

Esses programas de ação afirmativa deveriam estabelecer metas numéricas para a contratação de funcionários equivalente a participação desses grupos no mercado de trabalho, sendo, porém, vedadas quotas rígidas e inflexíveis.

* Mestranda em direito pela UFPE e bolsista do CNPq

¹ FULLINWIDER, Robert K. **Direitos civis e preferências raciais**: uma história jurídica da ação afirmativa. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0897/ijsp/alert.htm>> Acesso em 30 mar 2001, p. 1.

² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 475-476.

Neste contexto, houve uma sensível reformulação da política igualitária norte-americana. Grandes empresas submeteram-se às recomendações da EEOC modificando seus planos de contratação, favorecendo as mesmas oportunidades para aqueles que sofriam alguma limitação em virtude da discriminação sofrida.

A exemplo dos Estados Unidos, o Brasil implementou diversas medidas voltadas a redução das desigualdades entre os grupos considerados desfavorecidos. Em 1988, a Constituição Federal destinou 20 por cento das vagas de concursos públicos aos portadores de necessidades especiais, além de criar incentivos sociais para inserção das mulheres no cenário político e no mercado de trabalho.

Entretanto, de todas as políticas igualitárias desenvolvidas pela administração pública, nenhuma foi objeto de tanta polêmica quanto a reserva de vagas para negros e pardos nas universidades. As críticas questionavam desde a escolha de um critério razoável que possibilitasse identificar os alunos negros e pardos, até o comprometimento da qualidade do ensino superior ao conceder vagas à alunos com rendimento inferior. Porém, no que concerne a legalidade da política de cotas, estamos interessados em discutir um aspecto específico.

Assim que as políticas de cotas foram anunciadas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, um dos primeiros argumentos jurídicos voltados a impugnar a implantação da medida alegava ofensa ao princípio da igualdade. Algo semelhante ocorreu nos Estados Unidos no conhecido caso *Regentes da Universidade da Califórnia versus Allan Bakke*⁴.

O curso de medicina da Universidade da Califórnia implantou um programa de ações afirmativas chamado "programa força tarefa", que objetivava admitir mais estudantes negros e de outras minorias através da reserva de dezesseis vagas. Allan Bakke, 33 anos, candidato branco, foi rejeitado na seleção das oitenta e quatro vagas restantes, embora tivesse notas suficientes para aprovação caso não houvesse a reserva de cotas.

O advogado do estudante defendeu que, independente das ações afirmativas (especificamente, a política de cotas) serem o único mecanismo eficaz de redistribuição igualitária na sociedade, esta não poderia ferir um direito constitucional de seu cliente. Allan Bakke, segundo seu advogado, tinha o direito de ser avaliado como indivíduo, de acordo com seu mérito, e não por causa de sua raça. Desta forma, não interessava o quanto poderiam ser bons os objetivos das ações afirmativas se acabassem por violar o direito constitucional à igualdade.⁵

O caso Allan Bakke trouxe em discussão uma dicotomia derivada de um modelo hermenêutico, onde, mesmo que as políticas igualitárias viessem a ter uma finalidade útil, não poderiam confrontar o direito garantido constitucionalmente ao indivíduo.

Denominamos este modelo hermenêutico de democracia constitucional⁶, para definir uma estrutura normativa onde o direito individual à igualdade assegurado pela constituição atua como limite ao legislador ordinário. De acordo com Dworkin, mesmo quando uma discriminação é legitimada por uma determinada política de bem-estar, o princípio abstrato da igualdade, que é a condição

³ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 453

⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 444

⁶ Termo utilizado por John Rawls, Cf. RAWLS, John. **Justiça como equidade**; trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 205.

do próprio contrato social, deve oferecer algumas garantias individuais em detrimento de uma justificativa de igualdade coletiva. Essas garantias são *trunfos* do indivíduo contra o Estado.⁷

Assim, na democracia constitucional, o princípio da igualdade se divide em igualdade como política e igualdade como direito. Igualdade como política porque o princípio prescreve que o governo adote e estabeleça desequirarações a partir de uma concepção igualitária (embora não determine qual), enquanto que na igualdade como direito, as políticas desenvolvidas a partir dessas concepções não podem conflitar com o direito de cada indivíduo a ser tratado como igual.

2. A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1. DWORKIN E A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A democracia constitucional, na definição de John Rawls,⁸ pressupõe a coerência entre as leis e estatutos com determinados direitos e liberdades fundamentais. Há uma constituição não necessariamente escrita que é interpretada pelos tribunais e atua como um limite constitucional à legislação.

A constituição é o estatuto máximo na hierarquia das normas jurídicas e sua superioridade, em detrimento das demais normas, fundamenta-se na importância de seu conteúdo. Para Rawls, os direitos fundamentais protegidos pela carta são de tamanha relevância que não podem ser modificados pelo princípio da maioria parlamentar. Esta supremacia decorre do fato de que os direitos e liberdades básicas assegurados constitucionalmente surgem de um consenso de cidadãos racionais, estabelecidos por um processo equitativo, onde todos os princípios estabelecidos por este processo são aceitos como justos e são condição da cooperação entre os homens.

Para tanto, Rawls imagina um grupo de indivíduos que se reúnem com a finalidade de elaborar um contrato social.

Nesta ocasião hipotética, os indivíduos não possuem consciência de seus dotes naturais, habilidades individuais, posição econômica ou política. Eles não sabem em que medida as decisões tomadas por eles na posição original irão afetar suas vidas posteriormente, e como ignoram sua colocação social, precisam elaborar regras que regerão suas vidas após tomarem consciência de seus interesses.

Rawls acredita que os indivíduos na posição original, por desconhecerem seus interesses concretos e agindo de acordo com o que julgam melhor para si, chegariam racionalmente a uma atitude moderada definida em dois princípios:

- 1 – Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras;

⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 456.

⁸ RAWLS, John. **Justiça como equidade**; trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 205.

2 – As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.⁹

De acordo com Dworkin, o fato de o indivíduo admitir que concordaria com os princípios formulados na posição originária não significa necessariamente que ele está obrigado a obedecer estas normas. Isto porque a posição original é uma hipótese, e como nunca houve um acordo real, não haveria como impor estas escolhas no presente.

Assim, reconhecendo que a teoria de Rawls elabora princípios políticos (e não jurídicos), que admitem inclusive o direito natural, Dworkin reformula elementos do contrato social de Rawls para que os dois princípios morais fundamentados *a partir* do contrato adquiram normatividade *através* deste contrato. Dworkin tenta encontrar na teoria de Rawls um direito fundamental que seja pressuposto para a realização do próprio contrato, e não uma decorrência dele.

Dworkin acredita que o contrato social não pode ser tomado como premissa de descoberta dos dois princípios de justiça, mas como um ponto intermediário entre uma teoria mais profunda que recomendaria o recurso do contrato como instrumento de uma teoria de justiça.

Consoante a doutrina de John Rawls, dado o véu de ignorância dos homens na posição original, a elaboração dos dois princípios de justiça seria fruto de um consenso racional de todos os indivíduos. Entretanto, Dworkin não acredita que a formulação desses dois princípios possa se dar de maneira arbitrária ou consensual. Antes disso, os dois princípios de justiça são formulados em função desta teoria que intencionalmente recorreu à utilização do contrato social.

Existem, para Dworkin, três teorias profundas que recomendariam a utilização do contrato social: a teoria baseada em metas (que considera como fundamento alguma meta específica, como o bem-estar geral), a teoria baseada em direitos (que adota algum direito como fundamento), e a teoria baseada em deveres (que considera como fundamento algum dever). Essas teorias podem ser, respectivamente, exemplificadas no utilitarismo (metas), na teoria da revolução de Tom Paine (direitos), e no imperativo categórico de Kant (dever).

A teoria de Rawls só pode ser compreendida como uma teoria baseada em direitos, porque somente nesta teoria profunda é que os indivíduos possuem o direito de proteger seus próprios interesses (mesmo que o indivíduo desconheça seu interesse real, ele está agindo pensando em seu próprio bem-estar futuro).

Dworkin exemplifica sua argumentação citando o contratualismo de Hobbes, onde todos os homens têm o direito natural à vida. Quaisquer outras metas individuais ou sociais, por mais legítimas que sejam, estão abaixo do direito à vida. O mesmo resultado seria obtido se os homens no contrato de Hobbes desconhecessem quaisquer outras metas que pudessem ter, a não ser a vida.

O que Dworkin pretende demonstrar é que, a consciência por um único interesse na posição original, qual seja o direito à vida, faz com que este interesse seja considerado como direito fundamental do contrato. Porém, a teoria de Rawls é diferente do contrato de Hobbes, porque em Hobbes os homens têm consciência pelo menos do direito a vida, já os homens de Rawls são absolutamente ignorantes no que diz respeito a seus interesses. Dworkin acredita, entretanto, que a inexistência de

⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

interesses na posição original não impede que os homens possam fazer conjecturas de seus prováveis auto-interesses, mas essas conjecturas não passam de juízos abstratos.

Como os interesses são juízos abstratos, o direito fundamental que justifica a utilização do contrato também deve ser abstrato, e não uma meta individual, como o direito à vida. E seriam dois os possíveis candidatos na teoria de John Rawls: o direito à liberdade e o direito à igualdade.

Embora Rawls dê maior relevância ao primeiro princípio de justiça, Dworkin acredita que a liberdade não possa ser considerada como direito fundamental de sua teoria. Um conceito geral de liberdade é definido pelo próprio Rawls, como o mínimo possível de restrições, impostas tanto pelo governo como por outros homens àquilo que um indivíduo possa querer fazer. Os homens na posição original reconhecem que a liberdade geral é essencial para garantir quaisquer interesses individuais que descubram posteriormente. Mas eles não sabem em que medida essa liberdade geral irá aumentar ou diminuir a capacidade de concretização desses interesses, isto é, a realização de determinados interesses ou metas só poderia ser alcançada mediante a restrição da liberdade dos outros, logo, a liberdade abstrata não poderia servir como fundamento do contrato, uma vez que poderia haver alguns interesses cuja realização exigiria uma delimitação da liberdade geral.

O único direito fundamental possível no contrato de Rawls é “o direito de cada homem de ser tratado com igualdade a despeito de sua pessoa, seu caráter ou seus gostos”¹⁰. No contrato de Hobbes, partindo da premissa que os homens são conscientes quanto ao direito à vida, o interesse do mais fraco pode pleitear o monopólio da força, enquanto o interesse do mais forte pode pleitear a legitimidade da vingança privativa. No caso da posição original de Rawls, como existe total ignorância, a diferença entre os indivíduos, seja ela qual for, não garante uma posição melhor ou pior para deliberar a estrutura básica da sociedade.

Assim, o direito à igual consideração e respeito não é decorrente do primeiro princípio de justiça, mas é pressuposto para a existência da posição original, e qualquer política pública deliberada que não dê igual consideração e respeito aos indivíduos, deve ser considerada como injusta.

Dworkin parte desse direito fundamental para legitimar o uso de quaisquer critérios de discriminação, pois todos os critérios de discriminação, mesmo que objetivem um interesse coletivo, devem garantir o direito do indivíduo em ser tratado com igual consideração e respeito.

Dessa forma, no modelo de democracia constitucional formulado por John Rawls, toda constituição deve assegurar os dois princípios de justiça, que servem como limites ao legislador ordinário. Dworkin, como veremos, busca identificar qual o conteúdo jurídico assegurado pelo princípio abstrato da igualdade, que serve como trunfo ao princípio da maioria e ao desenvolvimento de políticas igualitárias.

1.2. OS LIMITES DAS POLÍTICAS IGUALITÁRIAS NA TEORIA DWORKIANA

Seguindo sua análise da teoria de justiça de John Rawls, Dworkin define o princípio abstrato da igualdade como o dever que o Estado tem de tratar os cidadãos como iguais, demonstrando igual interesse e igual consideração por cada um.¹¹

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 278.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 459.

Este conteúdo abstrato de igualdade admite várias concepções concretas. Admite, por exemplo, a concepção de igualdade utilitarista, segundo a qual o governo leva igualmente em consideração cada indivíduo à medida que suas regras asseguram o máximo bem-estar possível, considerando os prejuízos e os benefícios individualmente.

O princípio abstrato admite, ainda, a igualdade de recursos, na qual o Estado garante igual consideração do cidadão ao atribuir as mesmas oportunidades nos pontos de partida. Caso se considere a concepção material de igualdade, o direito a igual consideração e respeito se dá na distribuição igualitária dos bens.

Nas palavras de Dworkin, a “exigência de racionalidade” do princípio da igualdade significa nada mais do que a permissividade de qualquer concepção igualitária, desde que considere igualmente os interesses de cada um.¹²

Todavia, o direito de ser tratado como igual, assegurado pelo princípio abstrato, não acarreta necessariamente no direito a igual tratamento. Ser tratado igualmente significa que os prejuízos são individualmente considerados, mas podem ser compensados se houver um ganho da comunidade como um todo¹³. Assim, toda vez que um cidadão receber um tratamento desigual, essa discriminação deve estar pautada por uma política social útil que vise o bem-estar geral da comunidade (seja ela uma igualdade utilitarista, liberal, de recursos ou material).

Ele sugere três esboços de possíveis direitos individuais à igualdade:

1) Classificações suspeitas → De acordo com esse direito, o indivíduo só pode ser discriminado à medida que a exigência da racionalidade de uma concepção de igualdade assim estipule, isto é, consoante a igualdade material, os indivíduos podem ser tratados desigualmente desde que essa discriminação seja condição para a igualdade de todos os bens.

O critério raça, por exemplo, tem uma história de ser utilizado para discriminar os grupos, de modo a desconsiderar os negros em relação aos brancos. Partindo da igualdade utilitarista, a utilização desse critério pode ser considerada legítima ou não. Se os negros são igualmente considerados, mas chega-se a conclusão de que os benefícios em tratá-los igualmente são menores do que os malefícios, então eles devem ser discriminados, pois não importa a diminuição do benefício de alguns desde que tenha sido aumentado o bem-estar geral.¹⁴ Esta postura legitima a segregação entre negros e brancos em uma escola, se considerar que a integração pode vir a provocar uma grande tensão social, ou que o prejuízo das crianças brancas é maior do que o benefício das crianças negras.

Dworkin afirma que uma discriminação baseada em um argumento utilitarista pode parecer igualitária, uma vez que o bem-estar geral é medido pela maneira nas quais os indivíduos escolhem as conseqüências de uma ou outra decisão política, mas não é, já que a motivação entre uma conseqüência política ou outra podem vir esconder preferências pessoais ou externas.¹⁵

Não há qualquer problema em existir interesses pessoais nas escolhas de diversas políticas: uma pessoa pode vir a escolher o critério de discriminação baseado no mérito porque sabe que o uso desse critério aumenta suas chances de ser

¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 456.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 457.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 361.

aprovado em um cargo. Outra pessoa pode vir a defender que o critério seja o rendimento porque, como é pobre, terá maior chance de conseguir o emprego. Em ambos os casos, cada indivíduo escolhe pensando em seu próprio interesse, e a somatória da maior quantidade de interesses pessoais irá definir a escolha do critério.

Porém, o problema surge quando o indivíduo não tem nenhum interesse pessoal em determinada política. A escolha orientada por preferências externas faz com que o indivíduo tenha maior consideração em relação a uma consequência do que a outra. Se quiser convencer o outro a concordar com uma consequência política que possa considerar melhor, não basta conciliar o interesse pessoal. A preferência externa faz com que aquele que não tem um interesse direto concorde ou não com uma consequência a partir do grau de consideração que tem pelo outro.

A partir do instante que um homem não goste de judeus, ele pode vir a concordar com uma política de segregação mesmo que não se beneficie de tal medida. Sua motivação é externa, e neste caso, os judeus são considerados de maneira inferior em relação aos outros.

Conforme o próprio Dworkin observa, as considerações externas são motivos preconceituosos, altruístas ou morais que não podem ser impostos por lei. Na maioria dos casos as preferências externas estão tão interligadas com as pessoais que não é possível sequer estabelecer um teste prático que possa dissociar uma da outra.¹⁶ Elas ferem o direito individual a igualdade à medida que fixam previamente quem tem maior ou menor auto-estima.

Assim, o direito individual que as categorias suspeitas garantem ao indivíduo de serem discriminados toda vez que a discriminação seja compatível com a com um fim determinado pelas concepções concretas de igualdade, acaba por violar a igual consideração de cada um, pois ignora a existência de preferências externas. Se existe um direito garantido pelo princípio abstrato da igualdade, não pode ser este.

2) Classificações banidas → Consoante as classificações banidas, toda discriminação que utilize critérios específicos devem ser consideradas ilegítimas, mesmo que estejam a serviço de uma política social útil. Nesta teoria, as pessoas têm o direito de não serem tratadas diferente devido a atributos que estejam além de sua capacidade de controle.¹⁷

De acordo com Kelsen, quando a constituição veda discriminações que utilizem critérios como a religião, a classe, o sexo ou o patrimônio, as leis que são feitas com base em tais distinções podem ser anuladas como inconstitucionais.¹⁸

Porém, trata-se de uma interpretação demasiadamente arbitrária. A legislação está repleta de exemplos de discriminação originados de critérios banidos, como a contagem menor do tempo de contribuição para as mulheres ou a concessão da isenção de diversos impostos aos indivíduos de renda mais baixa (ambos utilizam critérios vedados em tese, como o sexo e a classe).

Para Dworkin, uma discriminação não pode ser considerada injusta por utilizar um critério específico, como a raça ou a religião. A violação do direito constitucional à igual consideração só ocorre quando a escolha do critério expressar um preconceito.¹⁹

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 470.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 158.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 471.

3) Fontes banidas → Conforme esta terceira categoria, uma discriminação só é legítima se o interesse geral não estiver pautado em critérios decorrentes de preconceito.²⁰

Qualquer preferência que tenha por base o preconceito contra um grupo, não pode ser usada em uma política de desvantagem deste mesmo grupo. Então, a segregação racial que poderia ser admitida nas classificações suspeitas (por representarem o interesse da maioria), não pode ser aceita na teoria das fontes banidas, uma vez que a distinção entre negros e brancos decorre de um preconceito contra negros.²¹

A ressalva de Dworkin na teoria das fontes banidas consiste na subjetividade em analisar se a escolha de um critério decorre ou não de um preconceito:

Poderia ser impossível decidir, por exemplo, até que ponto o desejo pessoal de alguns pais de verem seus filhos educados ao lado de crianças provenientes de meios semelhantes expressa uma concepção racialmente neutra de que a educação é sempre mais eficaz nessas circunstâncias, e até que ponto isso é reflexo de um preconceito de raça.²²

A história de um país pode estabelecer fortes indícios acerca da motivação das preferências. Um país de passado escravagista, ao fixar um critério prejudicial aos negros, provavelmente, estará agindo de forma preconceituosa. Parece de certo modo ingênuo acreditar que um Estado, que historicamente explorou um determinado grupo, resolva tomar medidas que agravem ainda mais esta diferença sem a influência, pelo menos indireta, do preconceito.

Daí porque John Rawls, em sua teoria de justiça, defende que toda política deve ser considerada injusta quando melhorar as condições de vida da maioria em detrimento daqueles cuja situação anterior já eram pior, legitimando, portanto, que todas as discriminações arbitrárias estabelecidas tanto pelas diferenças naturais, quanto pelas diferenças econômicas, sejam compensadas, a fim de contribuir para a formação de uma sociedade mais igualitária.²³

3. A IGUALDADE COMO POLÍTICA: A CRÍTICA PROCEDIMENTALISTA

A crítica procedimentalista questiona a legitimidade dos limites impostos à adoção de políticas públicas em face do direito individual assegurado pelo princípio constitucional da igualdade nas teorias de John Rawls e Ronald Dworkin. Podem-se resumir estas críticas em dois pontos principais: a) o fundamento que delimita as esferas públicas e privadas, e b) o critério de escolha das concepções igualitárias pautado nas preferências externas.

A primeira crítica remete ao fato de que as teses elencadas para fixar uma linha que possa restringir a elaboração de políticas compatíveis com o princípio consitucional da isonomia ainda utilizam argumentos jusnaturalistas. A fim de elaborar os dois princípios de justiça, John Rawls parte de um pressuposto aonde os indivíduos na posição original chegam de maneira “racional” a esta decisão. Como observa Dworkin, isto não é suficiente para vincular o cidadão a obedecer estas normas, assim

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 460.

²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 458-459.

²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 460.

²³ Trata-se do princípio da diferença. Cf. RAWLS, John. **Justiça como equidade**; trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ele defende a existência de um direito natural que é condição para a elaboração do contrato, qual seja o direito que todo indivíduo possui de ser tratado com igual respeito e consideração, e é justamente neste direito natural que Dworkin constrói um direito individual à igualdade, pautado na diferenciação entre preferências externas e internas.

Tal princípio contraria, em última instância, a tese da soberania popular, que assegura aos homens a obrigação de se submeterem à uma norma apenas quando participem de sua elaboração. As políticas igualitárias, neste sentido, restringem-se apenas na verificação dos procedimentos exigidos para a aprovação de políticas públicas, sendo impossível, assim, uma restrição por parte dos tribunais no que tange ao seu conteúdo.

Neste caso, não é possível falar na declaração de inconstitucionalidade das políticas de cotas, por exemplo, porque os tribunais não possuem competência para declarar se o conteúdo de uma política igualitária contraria o princípio da igualdade. Isso porque, na democracia procedimental, não há diferença entre a igualdade como política e a igualdade como direito, ambas são a mesma coisa. O conteúdo do princípio da igualdade é determinado não pelas decisões dos tribunais, mas, sobretudo, pela aprovação de leis do legislador ordinário. Desta maneira, no controle de constitucionalidade das políticas igualitárias são observados unicamente se o parlamento cumpriu os procedimentos estabelecidos previamente para a aprovação de uma norma pela maioria.

Ainda: conforme atesta Juan Carlos Bayón, uma vez se torna inevitável uma leitura moral dos princípios pelos juízes constitucionais, a regra da maioria é a única que trata os cidadãos com igual respeito e consideração, porque reconhece a capacidade de autogoverno do indivíduo em pé de igualdade com todos os demais no processo público de decisão.²⁴ Ele completa:

Em circunstancias como esas no hay razones para esperar que *systematicamente* las decisiones al respecto de la mayoría parlamentaria deban ser peores que las de los jueces constitucionales. Y si no hay por qué esperar del procedimiento democrático un menor valor instrumental, su superioridad desde el punto de vista de su valor intrínseco debe decantar la balanza en favor de soluciones que den la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria.²⁵

A segunda crítica remete aos critérios de escolha de Dworkin para defender a adoção de uma ou outra concepção igualitária e o direito por ela assegurado. Como visto acima, o problema de se adotar uma concepção utilitarista de igualdade, onde a legitimidade de uma política é medida pelo bem-estar que propicia à maioria dos indivíduos, decorre da existência de preferências externas que afetam o juízo de escolha entre uma ou outra decisão.

Com efeito, embora John Hart Ely²⁶ propugne em comum vários pontos da teoria dworkiana, ele indaga a separação entre preferências externas e internas nos juízos pessoais. Para Dworkin, uma política utilitarista, por exemplo, pode legitimar a segregação entre negros e brancos em uma escola, se considerar que a integração pode vir a provocar uma grande tensão social, ou que o prejuízo das crianças brancas é maior do que o benefício das crianças negras. Porém, esta segregação pode

²⁴ BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia e constitución. On: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Trad. Alfonso García Figueiroa. Madri: Trotta pp. 218 e 215.

²⁵ BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: **Constitución y derechos fundamentales**. Coord. Jerónimo Betegón [et al], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 130.

²⁶ ELY, John Hart. **On constituciona ground**. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 263.

estar pautada, na opinião de Dworkin, em preferências externas de racistas que preconizam que os negros devem ter menos oportunidades que os brancos.

Em contrapartida, como no caso *Allan Bakke versus Regentes da Universidade da Califórnia*, onde o objetivo da universidade era aumentar a quantidade de médicos negros, a medida também poderia estar contaminada por preferências externas que dizem que os negros devem ter mais oportunidades que os brancos, ou ainda, que é uma preferência externa o fato de um paciente negro preferir consultar-se com um médico negro. Em outras palavras, não há como saber se esta conduta também não incorpora preferências racistas.

Hart afirma que se os argumentos utilitaristas que defendem a segregação como instrumento de diminuição da tensão racial são considerados inválidos, é difícil ver por que os argumentos para integração, que também podem diminuir a tensão racial, não são igualmente inválidos dentro das premissas de Dworkin.²⁷ Neste sentido, o critério das preferências externas não é a opção adequada que possa orientar a escolha de uma concepção ideal de igualdade em detrimento de uma concepção utilitarista

Portanto, é possível que a política que reserva vagas para negros nas universidades brasileiras contenha preferências externas que determinam que os negros devam ter mais oportunidades que os brancos, e obstruir a vontade da maioria sob o argumento de que é possível conhecer se a origem da medida está contaminada por preferências externas, qual seja o altruísmo, a moral ou o preconceito, é algo que pode ser argumentado tanto no caso da exclusão dos negros quanto no caso da inclusão.

4. CONCLUSÃO

Indagamos agora se é melhor optar por um modelo democrático onde os juízes de um Tribunal Constitucional podem impor limites às políticas afirmativas, ou se a melhor opção consiste na escolha de um modelo sem limites de conteúdo, no qual são válidas quaisquer políticas democraticamente aprovadas pelo parlamento.

Lembremos alguns casos da Suprema Corte Norte Americana²⁸.

Em 1857, quando o escravo *Dread Scott*, partindo do princípio *once free always free*, requereu que fosse declarada sua liberdade por ter residido em territórios livres, a Suprema Corte, composta por maioria sulista, decidiu que um negro que não poderia ser considerado cidadão dos Estados Unidos, logo, não teria personalidade jurídica para pleitear sua liberdade em uma Corte, além de declarar que o congresso não poderia ter competência para declarar a liberdade em todo território americano.

A decisão da Suprema Corte fez inflamar ainda mais o ódio separatista que culminou com a Guerra da Secessão. Somente com aprovação da décima terceira, décima quarta e décima quinta emenda, os negros adquiriram a condição de cidadãos livres nos Estados Unidos.²⁹

Noventa e sete anos depois, no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte, contrariando a manifestação de diversos estados

²⁷ ELY, John Hart. **On constitutional ground**. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 265-266.

²⁸ Cf. SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**; trad. Arlette Pastor Centurión, Rio de Janeiro: Forense, 1964, pp. 55-61. e **The Oxford Guide to United States Supreme Court decision**; ed. Kermit L. Hall, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 277-278.

²⁹ Entretanto, as emendas não evitaram que os negros continuassem a possuir menos direitos em relação aos brancos. No caso *Plessy versus Ferguson*, a Suprema Corte reconheceu a teoria dos “iguais mas separados” que segregava a convivência de negros e brancos em escolas, recintos e vários outros ambientes públicos.

em defender um ensino segregacionista, considera inconstitucional a separação entre negros e brancos, e, com o apoio de tropas federais, inicia o processo de integração forçada nas escolas. Em um caso, a Suprema corte atuou restringindo o direito dos negros, no outro, assegurando-o mesmo em detrimento da maioria racista de alguns estados.

Porém, será que ao abrirmos mão de um processo democrático de decisão e aceitarmos uma justificativa jusnaturalista de justiça, que delimita uma esfera privada onde não é possível vigorar o princípio da maioria, estaríamos garantindo os direitos e liberdades básicas do indivíduos? Os tribunais seriam mais aptos a interpretar o princípio da igualdade do que o congresso?

Isaiah Berlin é taxativo quanto a sua escolha por um estado em que a autonomia individual é um limite aos processos públicos de decisão da maioria.

Pode-se dar nomes ou naturezas diferentes às regras que determinam essas fronteiras: podem ser chamadas de direitos naturais, palavra de Deus, direito natural ou exigências da utilidade ou dos “interesses permanentes do homem”; posso acreditar que sejam válidas *a priori*, ou afirmar que são meus fins supremos ou os fins de minha sociedade ou cultura. O que tais regras ou mandamentos têm em comum é que são aceitos tão amplamente e estão estabelecidos tão profundamente na natureza real desenvolvida pelos homens ao longo da história, que já são a esta altura uma parte essencial do que pretendemos dizer quando nos referimos a ser um homem normal (...) Pois está claro que não pode esperar muito do governo das maiorias; a democracia como tal não está logicamente comprometida com este mínimo de liberdade e historicamente às vezes falhou em protegê-lo, ainda que permanecendo fiel à seus próprios princípios.³⁰

Doravante a crítica de Isaiah Berlin à democracia, basta recordarmos um pouco a história do Brasil que lembraremos que durante a ditadura militar brasileira, o órgão mais alto da magistratura nacional nunca deixou de funcionar, muito pelo contrário, a primeira medida do governo ditatorial foi o fechamento do congresso. Neste sentido, nos momentos de maior necessidade em garantir direitos básicos como limites ao poder político, o judiciário calou-se.

Cabe refletir, então, se os abusos contra os direitos individuais são assegurados com maior eficácia por um Tribunal, competente para interpretá-los, ou se, na realidade, a garantia de maiores liberdades básicas depende da tradição política de um país, independentemente de suas cortes.

Entretanto, a observação de Isaiah Berlin não é desprovida de razão, porque mesmo em países de liberdades consolidadas, como a Inglaterra, a democracia procedimental ainda não oferece garantias satisfatórias que impeçam a ditadura da maioria, tampouco oferecem sistemas reais que assegurem a representação das minorias no parlamento.

Assim, a escolha por uma democracia constitucional no julgamento das políticas de discriminação (embora sirvam como argumentos contra majoritários) retira do povo o juízo de decisões polêmicas, como constitucionalidade das políticas de cotas para negros nas universidades, a prática do aborto, eutanásia, e outras questões que exigem uma diferenciação dos direitos e das políticas. E questões dessa magnitude, não deveriam ser decididas por um Tribunal consitucional, mas em um fórum público de debate onde pudesse ser assegurada a participação dos indivíduos diretamente afetados.

³⁰ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Estudos sobre a humanidade**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 266.

Neste sentido, nos parece que o papel de um Tribunal Constitucional não seria a interpretação da constituição, mas a garantia de uma forma democrática de governo e de participação das maiorias e minorias, incluindo a verificação dos pressupostos formais de aprovação das leis.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: **Constitución y derechos fundamentales**. Coord. Jerónimo Betegón [et al], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

_____. **Derechos, democracia e constitución**. On: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Trad. Alfonso García Figueiroa. Madri: Trotta, p. 211 a 238.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Estudos sobre a humanidade**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pp. 266 a 272.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **On constituciona ground**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

FULLINWIDER, Robert K. **Direitos civis e preferências raciais: uma história jurídica da ação afirmativa**. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0897/ijsp/alert.htm>> Acesso em 30 mar 2001, p. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**; trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Uma teoria da justiça**; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Côrte Suprema**; trad. Arlette Pastor Centurión, Rio de Janeiro: Forense, 1964, pp. 55-61.

The Oxford Guide to United States Supreme Court decision; ed. Kermit L. Hall, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 34-37 e 277-278.

