

**COMPENSAÇÃO HISTÓRICA VERSUS DISCRIMINAÇÃO PRESENTE:
POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS NA PERSPECTIVA DE
RONALD DWORKIN***

**HISTORICAL COMPENSATION VERSUS PRESENTS DISCRIMINATION:
AFFIRMATIVE ACTION POLICY FOR THE BLACK BY RONALD
DWORKIN**

Arthur Laércio Homci da Costa Silva

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar o real escopo para o desenvolvimento de políticas de ação afirmativa no Brasil, a partir de debate entre os fundamentos de compensação histórica versus discriminação presente, definindo qual a melhor base de justiça. Por fulcro teórico, serão utilizadas as ideias de Ronald Dworkin, expostas em três de suas principais obras, mediante a discussão de casos específicos envolvendo a temática da ação afirmativa.

PALAVRAS-CHAVES: DISCRIMINAÇÃO; COMPENSAÇÃO HISTÓRICA; AÇÃO AFIRMATIVA; RONALD DWORKIN.

ABSTRACT

The study presents the real scope for the development of affirmative action in Brazil, as discussed in the basis of compensation versus historical discrimination present, defining the best basis for justice. For core theoretical ideas are used by Ronald Dworkin, displayed on three of his major works, through the discussion of specific cases involving the issue of affirmative action.

KEYWORDS: DISCRIMINATION; HISTORICAL COMPENSATION, AFFIRMATIVE ACTION; RONALD DWORKIN.

INTRODUÇÃO: AS JUSTIFICAÇÕES DA AÇÃO AFIRMATIVA

“A raça negra é uma espécie humana tão diferente da nossa quanto a raça de cachorros *spainel dos galgos* (...). A lã negra nas suas cabeças e em outras partes [do corpo] não se parece em nada com o nosso cabelo; e pode-se dizer que a sua compreensão, mesmo que não seja de natureza diferente da nossa, é pelo menos muito inferior.” (VOLTAIRE, apud PENA, 2008, p. 14)

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O excerto acima, escrito no século XVIII pelo árduo defensor das liberdades civis François-Marie Arouet, conhecido pelo pseudônimo Voltaire, retrata a realidade histórica que marcou a cultura de diversas sociedades ocidentais. Essa visão também foi difundida nas colônias dos principais países expansionistas da Europa, chegando ao Brasil com fácil adaptação, não só porque era biologicamente aceita[1], mas mais por atender os interesses econômicos que giravam em torno do intenso comércio de escravos instalado na colônia.

Não obstante a constatação histórica da noção biológica que era empregada para rotular os negros no Brasil, não se pode olvidar a importância desse grupo[2] para a formação da sociedade pátria, nos aspectos mais variados possíveis. Desde a construção da cultura musical até a orientação do método de trabalho, os negros influenciaram diretamente no modo de viver da sociedade brasileira.

Em contrapartida, o povo brasileiro, longe de ter sido construído por movimentos racialmente estanques, passou por processos contínuos de miscigenação, nos quais os diferentes grupos raciais emaranharam-se de maneira tão forte que passou a ser difícil definir quem de fato são os negros e os brancos. Conforme aduz Roberto DaMatta:

No caso da nossa sociedade, a dificuldade parece ser justamente a de aplicar esse dualismo de caráter exclusivo; ou seja, uma oposição que determina a inclusão de um termo e a automática exclusão do outro, como é comum no racismo americano ou sul-africano, que nós brasileiros consideramos brutal (...). Isto é, entre o preto e o branco (que nos sistemas anglo-saxão e sul-africano são termos exclusivos), nós temos um conjunto infinito e variado de categorias intermediárias em que o *mulato* representa uma cristalização perfeita. (DAMATTA, 1986, p. 41)

Por conta dessa mistura de raças existente no Brasil, tornou-se comum alcunhar o país de multirracial, no sentido de que congrega dentro da nação diversos grupos racialmente definidos. Essa afirmação ganhou espaço na nossa cultura geral, especialmente na música, nas novelas, no cinema e nas artes.

Entretanto, no presente, essa noção de multirracialidade do Brasil começa a ser veementemente contestada, especialmente por conta das marcantes diferenças sociais que ainda são visualizadas entre os negros e os brancos. Se é complexo definir quem de fato são os negros e os brancos, parece razoavelmente simples visualizar que a grande parcela das pessoas que compõem a população de baixa renda no Brasil se autodeclara negra.

Tanto por razões históricas quanto por razões sociais, começou-se a discutir a necessidade de promoção de políticas públicas de ação afirmativa, no intuito de promover os direitos básicos da população negra, mediante critérios que objetivam maior igualdade social e econômica entre os grupos raciais que povoam o território nacional.

Dada essa realidade de discussão, o objetivo do presente trabalho é definir qual o real escopo para o desenvolvimento das políticas de ação afirmativa no Brasil, a partir de um debate entre os fundamentos de *compensação histórica* e

discriminação presente, a fim de definir qual destes é o melhor fundamento de justiça para as ações afirmativas.

Como base teórica, serão utilizadas as ideias do filósofo estadunidense Ronald Dworkin, não apenas pela ampla construção já desenvolvida pelo autor, mas porque foi nos Estados Unidos da América que o debate sobre as ações afirmativas alçou o seu vôo mais alto, e Dworkin se apresenta, naquele contexto, como um dos principais expoentes da discussão.

O filósofo norte-americano aborda a questão das ações afirmativas em suas principais obras, mediante a discussão de casos específicos envolvendo a temática, aplicando a sua teoria da igualdade na elaboração das suas conclusões. Esses casos serão objeto de análise nesse trabalho, bem como a abordagem final feita pelo autor, na obra *A virtude soberana*, na qual faz um apanhado geral sobre a situação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Vale salientar, contudo, que não se almeja, após a apresentação da abordagem dworkiana, transportá-la diretamente para o contexto brasileiro, pois é evidente que a discriminação racial existente por aqui foi e é bem distinta da experimentada por lá, conforme já deixou claro o excerto transcrito das lições de Roberto DaMatta. Contudo, a noção de justiça das ações afirmativas construída pelo autor é importante para a elaboração da teoria brasileira.

Ademais, não se discute nesse trabalho a necessidade de promoção de políticas de promoção da igualdade para negros no Brasil; parte-se do pressuposto de que essas políticas são necessárias. O que se objetiva, nessas linhas, é debater qual o melhor fundamento para essas políticas, na seguinte perspectiva: as ações afirmativas são necessárias para promover compensação histórica aos negros, ou são necessárias para dissolver a discriminação que ainda hoje é patente na sociedade brasileira?

É sobre esses dois argumentos estruturais das ações afirmativas que o trabalho versará.

1. AS POLÍTICAS DE COTAS: O CASO BAKKE

O primeiro caso exposto por Dworkin a ser trabalhado foi descrito no livro *Uma questão de princípios* (1985), caso este que balançou os alicerces da Suprema Corte norte-americana.

Na década de 70 do século XX, a escola de medicina da Universidade da Califórnia instituiu programa de ação afirmativa objetivando maior admissão de estudantes negros e integrantes de outros grupos minoritários entre os seus discentes. Pelo programa, 16 (dezesesseis) das 100 (cem) vagas existentes para ingresso na faculdade de Medicina eram destinadas aos negros e integrantes grupos minoritários, sendo que, para alcançar o acesso, esse grupo privilegiado necessitava de uma média menor do que a alcançada pelos estudantes que disputavam as demais vagas ofertadas (vagas para não-negros).

Allan Bakke era um estudante branco que foi reprovado no exame de acesso à universidade, embora a sua nota fosse suficiente para que ingressasse caso não houvesse sido instituído o programa de cotas em favor dos membros de grupos minoritários.

Descontente com a sua reprovação, Bakke procurou o Poder Judiciário estadunidense, chegando o caso, ainda na década de 1970, à Suprema Corte, sob o título de *Regents of the University of California v. Allan Bakke*. A Suprema Corte decidiu a questão em favor de Bakke, embora não tenha discutido com afinco a constitucionalidade do programa da Universidade da Califórnia, que utilizava a raça como o critério fundamental para a destinação das vagas. Na decisão, prevaleceu a argumentação construída pelo juiz Powell, a qual é objeto de análise e críticas por parte de Ronald Dworkin.

Todavia, antes de tecer críticas à decisão da Suprema Corte, Dworkin apresenta e rechaça os argumentos levantados pelos advogados de defesa de Bakke, valendo citá-los.

Os argumentos da defesa de Bakke eram basicamente três:

- a) Os programas de ação afirmativa são inconstitucionais, por violarem o direito individual à igualdade daqueles que não obtiveram a vaga;
- b) O indivíduo possui o direito de ser avaliado exclusivamente de acordo com seu mérito, e não como membro de um grupo racialmente definido, e;
- c) A igualdade racial pregada nos Estados Unidos da América não permite qualquer tipo de discriminação, em face da cláusula de igual proteção.

Em resposta a esses três argumentos, Dworkin aduz que a sociedade norte-americana é uma sociedade racialmente consciente, por consequência inevitável de uma história de escravidão, repressão e preconceito, e o objetivo das ações afirmativas é exatamente o de desconstruir essa consciência racial da sociedade estadunidense:

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.

(...)

Eles 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, 2001, p. 439)

Para Dworkin, é impossível reformar a consciência racial da sociedade por meios racialmente neutros. Nessa medida, a escolha da raça como fator de inclusão dos negros nas universidades é uma questão de critério, a qual não pode ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte, sendo contestada por Bakke apenas com

fundamento no direito abstrato à igualdade. Usar o programa de ação afirmativa é uma estratégia para atacar um problema existente a nível nacional, e a sua utilização é justa e necessária porque ainda hoje a consciência racial da sociedade norte-americana é muito forte.

Dworkin não rejeita, sob hipótese alguma, que a aplicação desses programas possui custos específicos para a sociedade, desde a restrição do acesso a determinados direitos por parte de pessoas que não estão inseridas nos grupos reconhecidos como vulneráveis, até o risco de que os próprios negros se sintam ofendidos por esse tipo de política.

Entretanto, na visão de muitas universidades, os ganhos desse tipo de política superam os seus prováveis prejuízos, embora o autor reconheça que os ganhos, assim como os prejuízos, estão todos no campo da probabilidade, e não da certeza.

Ainda assim, Dworkin defende a instituição dos programas, pois não reconhece a inconstitucionalidade da utilização da raça como um critério de admissão nas universidades, desde que o seu objetivo esteja devidamente delineado e seja sério, fato constatado no programa da Universidade de Califórnia. Tratando as vagas em universidades de medicina como recursos que devem ser distribuídos à sociedade, o filósofo estadunidense aduz que a política de ação afirmativa seria uma maneira de promover a distribuição igualitária desses recursos, reconhecendo as diferenças de caráter social que marcam os negros na sociedade dos Estados Unidos da América.

Ainda na discussão desse caso, Dworkin passa a tecer comentários a respeito da decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial ao voto proferido pelo juiz Powell, que parece ter sido o único a tangenciar a constitucionalidade do programa da Universidade da Califórnia.

O fundamento do juiz Powell era no sentido de afastar a raça como o único (ou principal) critério para admissão nas universidades norte-americanas. Não afirmou categoricamente que a raça não poderia ser utilizada como critério para admissão, mas que a raça não poderia constituir-se no principal critério para a destinação das vagas, fato ocorrido no programa da Universidade da Califórnia. Nessa medida, outros critérios mais flexíveis poderiam ter sido adotados, como, por exemplo, a destinação de uma pontuação inicial maior para os membros de determinadas classes, submetendo-os aos demais exames nas mesmas condições dos demais candidatos.

Não obstante a constatação de Powell, Dworkin afirma que o voto do juiz da Suprema Corte de maneira alguma analisa a questão constitucional que está presente no caso, e, se o faz, deixa de considerar fatores importantes na decisão. Para Dworkin, “a questão é, antes, que não há nenhuma diferença, do ponto de vista dos direitos individuais, entre os dois sistemas” (DWORKIN, 2001, p. 463), seja o de acesso flexível, seja o de cotas.

Independentemente do sistema adotado pelas universidades, o fato é que a classificação racial que objetive uma vantagem adicional aos grupos marcados pelo preconceito não pode ser declarada inconstitucional por utilizar a raça como critério de promoção dos direitos, vez que a cláusula de igual proteção objetiva extirpar da

sociedade norte-americana a discriminação negativa que assolou – ainda assola – o país, materializada no preconceito em desfavor dos negros.

Assim sendo, embora no caso Bakke a Suprema Corte tenha declarado a inconstitucionalidade do sistema de cotas, Dworkin afirma que o Judiciário não apreciou a questão de maneira completa, vez que permitiu que a raça, de outra maneira, pudesse ser utilizada como critério para admissão nas universidades.

2. AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO PRIVADO: O CASO WEBER

Ainda na obra *Uma questão de princípios* (1985), Dworkin explora novo caso que foi apreciado pela Suprema Corte estadunidense.

A fábrica da Companhia de Alumínios Kaiser, no Estado de Louisiana, instituiu programa no qual os negros que trabalhavam na Companhia receberiam vantagens em programas de treinamento para admissão em cargos mais elevados na fábrica, em decorrência de acordo firmando com o Sindicato dos Siderúrgicos, pois foi constatado que quase a totalidade dos cargos de alto escalão da empresa não era ocupada por trabalhadores negros, embora boa parcela dos trabalhadores ocupantes dos demais cargos de nível inferior fosse de negros.

Nesse programa de treinamento para funções qualificadas, o critério de participação seria o tempo de casa do funcionário, exceção feita aos trabalhadores negros, que ingressavam no programa automaticamente por pertencerem a um grupo socialmente desfavorecido, com o intuito de criar proporção de funcionários negros nos postos qualificados semelhante à proporção de negros na força de trabalho da região onde estava localizada a fábrica.

Entretanto, um funcionário branco da fábrica chamado Brian Weber ficou descontente porque não foi classificado para uma das vagas do programa de treinamento destinadas aos brancos, por não ter o tempo de casa suficiente. Em decorrência de distinção em função da raça instituída pelo programa, Weber procurou o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América para discutir a ilegalidade do programa em face da Lei de Direitos Civis de 1964, que dispõe na seção 703-A do título VII, que é ilegal:

(1) deixar de contratar ou recusar-se a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo ou discriminar qualquer indivíduo no que diz respeito a compensação, termos, condições ou privilégios 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 prive 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 indivíduo.

Chegando a causa na Suprema Corte, cinco juízes sustentaram a improcedência dos argumentos de Weber, aplicando a teoria da *State Action*, segundo a

qual o Judiciário não pode intervir nas relações privadas para fazer valer a aplicação dos direitos fundamentais, pois o particular só poderá exigir a observância desses nas relações em face do Estado.

Contudo, embora não houvesse sido arguida, já que estava em pauta apenas a legalidade do programa em face da Lei de Direitos Civis, a questão de fundo chegou a ser debatida por dois juízes, que, tomando rumos distintos, discutiram a viabilidade do programa diferenciado de acesso dos negros ao treinamento para cargos de maior escalão na empresa, e a constitucionalidade desse programa.

Dworkin explora a dissidência dos votos dos juízes Brennan – que interpreta a Lei dos Direitos Civis no sentido de que permite a promoção de ações afirmativas, pois objetiva promover a igualdade aos negros –, e Rehnquist – para quem a lei incorpora concepção de igualdade que proíbe qualquer distinção baseada em raça.

De início, Dworkin critica as duas decisões por tentarem de diversas maneiras “adivinhar” qual era o objetivo do Congresso Nacional no momento da criação do dispositivo legal supracitado. Dworkin despende boa parte de sua argumentação para afirmar que a interpretação dada pelo Judiciário não possui meios suficientes para descobrir qual o sentido objetivado pelo Poder Legislativo no momento da criação da norma. As noções de “intenção legislativa”, “compreensão coletiva”, ou qualquer outro modo de interpretação que almeje aplicar a vontade do Congresso no momento da criação da lei são considerados falhos por Ronald Dworkin.

Por isso, dentre os vários argumentos utilizados pelos juízes da Suprema Corte, Dworkin concorda com a disposição trazida pelo juiz Brennan, pela qual a ação afirmativa não era exigida pela lei, mas também não era proibida por ela. Para fundamentar essa ideia, Brennan constrói a sua argumentação na seguinte perspectiva:

- 1) Pode-se reconhecer um programa político sustentado pelas disposições do título VII da Lei, que reduz a inferioridade econômica de negros e outras minorias;
- 2) O programa permitirá planos como o da Kaiser;
- 3) É errado o Governo intervir nas políticas privadas de contratação e recursos humanos apenas para assegurar equilíbrio racial, mas nada impede que esse programa seja instituído de forma voluntária, pois trata-se de uma decisão de gerenciamento, e;
- 4) Uma regra que proíba a ação afirmativa voluntária certamente constitui intervenção em decisões tradicionais de gerenciamento.

Entretanto, Dworkin reforça que esse caso precisa ser analisado detidamente, pois congrega duas possibilidades sérias de interpretação, e cabe ao Poder Judiciário definir qual a melhor resposta a ser dada para a questão.

Nessas circunstâncias, a moralidade política (justiça) deverá pautar a escolha da melhor decisão, buscando-se sempre a construção de uma sociedade mais justa racialmente, o que, na perspectiva de Dworkin, seria de fato a intenção do legislador na formulação da Lei dos Direitos Civis.

Assim sendo, as ações afirmativas na seara das relações privadas não podem ser obrigadas pelo Estado, embora também não possam ser proibidas se adotadas voluntariamente.

No Brasil, essa realidade é deveras diferente, especialmente porque o nível de intervenção do Estado nas relações privadas, para assegurar o exercício de direitos fundamentais, é bastante acentuado, tendo em conta que almeja viver em um Estado democrático de Direito que possui diversos objetivos de caráter social. Portanto, a decisão adotada nesse caso precisaria ser melhor construída se quisesse ser aplicada por aqui.

3. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA VERSUS DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA: OS CASOS SWEATT E DEFUNIS

Na obra *Levando os direitos a sério* (1977), Dworkin apresenta dois casos que dão base à sua primeira e talvez mais importante análise da temática das ações afirmativas, traçando, em seguida, diversas ideias que dariam base à sua teoria da igualdade, exposta no livro *A virtude soberana, teoria e prática da igualdade* (2000).

Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, entretanto foi recusado, pois uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a universidade. A Suprema Corte declarou que a lei violava os direitos garantidos na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, pela qual nenhum Estado pode negar aos seus cidadãos igual proteção perante suas leis.

Em 1971, um judeu chamado DeFunis candidatou-se a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, ainda que suas notas fossem superiores às de candidatos aprovados pertencentes a grupos minoritários. Ele pediu à Suprema Corte que declarasse que a prática da Universidade, menos rigorosa com candidatos pertencentes a grupos minoritários, violava a 14ª Emenda e era, portanto, inconstitucional.

O caso de Defunis dividiu os grupos que classicamente lutavam por causas liberais. Conforme assinala Dworkin:

No passado, os liberais sustentaram, como parte de um conjunto de atitudes, três proposições distintas: a) que a classificação racial é um mal em si mesma; b) que todos têm direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades; c) que a ação afirmativa estatal é o remédio adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana. Na última década [1970], contudo, ganhou corpo a opinião de que essas três proposições liberais não são compatíveis, pois os programas mais eficazes de ação estatal são aqueles que dão uma vantagem competitiva aos grupos raciais minoritários. (DWORKIN, 2002, p. 345)

Dworkin detém-se na análise específica do caso Defunis, partindo da premissa de que ninguém possui o direito a insistir que a inteligência seja adotada como único critério para a admissão em no ensino superior, não obstante reconheça que o

argumento de Defunis é muito mais profundo, pois o mesmo argúi que tem direito a que a raça não seja usada como critério, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade. A fundamentação de Defunis é embasada no direito abstrato à igualdade.

Parte da importância do caso Defunis está em definir a igualdade como política e a igualdade como direito. Para Dworkin, a abordagem deve necessariamente centrar atenções na conceituação do que seja o direito à igualdade.

Nessa perspectiva, os cidadãos teriam dois tipos de direito à igualdade: a) direito a *igual tratamento*, que representa uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo (ex: direito a voto igual em uma democracia), e; b) direito ao *tratamento como igual*, que materializa a ideia de ser tratado com o mesmo respeito e consideração de qualquer outra pessoa.

Nas palavras de Dworkin, “o direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da sociedade em geral” (DWORKIN, 2002, p. 351).

Por meio dessa noção de igualdade como direito a tratamento como igual, Dworkin critica a ideia *anti* ação afirmativa pela qual a raça não pode ser utilizada de maneira nenhuma como critério para a admissão em uma faculdade, pois todo e qualquer critério pode ser mal manejado, e não apenas o critério racial.

Não obstante isso, os argumentos utilitaristas que fundamentam a ação afirmativa também não devem ser sustentados. Uma ação afirmativa não deve ser promovida porque dá à sociedade maior bem-estar geral, seja esse bem-estar no sentido psicológico (maior prazer), ou no sentido preferencial (agrada a preferência da maioria dos cidadãos).

O indivíduo não pode jamais ser considerado como *meio* para garantir a melhoria de vida da sociedade. O homem é o fim da ação afirmativa, e não o meio pelo qual a sociedade poderá corrigir as injustiças cometidas no passado em desfavor dos negros. Por isso, a ação afirmativa só é válida se enfoca diminuir a discriminação presente, que é materializada no preconceito racial existente na sociedade norte-americana e que impede a igualdade de negros e brancos no acesso à educação superior.

Nessa perspectiva, os argumentos de Defunis não podem prevalecer, pois a ação afirmativa promovida pela Universidade de Washington possui um fundamento moral (de justiça) que não existia no caso da Universidade do Texas, a qual impedia o acesso dos negros em razão do preconceito existente na sociedade.

A dicotomia entre a validade das discriminações negativas e das discriminações positivas fica evidente nesse caso, no qual Dworkin defende por razões de justiça a instituição de políticas de ação afirmativa. Adiante, o autor apresenta quais fundamentos práticos e teóricos da necessidade de estímulo a esse tipo de programa.

4. FUNCIONALIDADE E JUSTIÇA DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Na obra *A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade* (2000), Dworkin expõe toda a sua teoria da igualdade, dispensando os sete primeiros capítulos da obra para tanto. Na segunda parte do livro, o autor discute questões práticas relativas às ações afirmativas, e nessa perspectiva tenta responder a duas indagações: as ações afirmativas funcionam? As ações afirmativas são justas?

Inicialmente, o autor afirma que na atualidade as políticas de ação afirmativa vêm passando por um momento de grande dificuldade, pois várias universidades dos Estados Unidos da América do Norte estão adotando medidas para cancelar os seus programas, que vinham sendo aplicados desde a década de 1970.

Em 1996, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação norte-americano declarou inconstitucional o programa de admissões diferenciadas da faculdade de Direito da Universidade do Texas, ao julgar o caso *Hopwood v. Texas*, e dois dos cinco juízes que apreciaram o caso declararam que a interpretação dada no caso *Bakke* – acima reportado – teria sido anulada. A Suprema Corte recusou-se a anular a decisão do Tribunal de Apelação, e a decisão acabou se alastrando para diversos outros Estados da federação.

O fato é que a grande maioria das críticas aos programas de ação afirmativa se concentram nas suas consequências, em especial na diminuição do padrão educacional pela admissão de estudantes sem qualificação no ensino superior.

Uma pesquisa estatística denominada de *A Forma do Rio* (*The Shape of de River*) foi desenvolvida com o intuito de avaliar os reais impactos das políticas de ação afirmativa na sociedade estadunidense, e, para constatar a validade desse estudo, é necessário que sejam distinguidos os dois aspectos fundamentais do debate sobre as ações afirmativas:

O primeiro é uma questão de princípio: a ação afirmativa para negros é injusta porque viola o direito e todo candidato ser julgado por seus méritos individuais? O segundo é uma questão de diretriz ou consequência prática: a ação afirmativa produz mais mal do que bem, porque faz com que alguns negros se matriculem em cursos além de suas capacidades, ou estigmatiza todos os negros como inferiores, ou faz com que a comunidade se torne mais, em vez de menos, prevenida com relação à raça? (DWORKIN, 2005, p. 549)

Na atualidade, a questão prática está em maior evidência, tanto pelos defensores quanto pelos críticos dos programas de ação afirmativa. Entretanto, as conclusões adotadas por esses dois grupos são superficiais, pois estão embasadas em casos isolados e não na realidade global desse tipo de política pública. Por isso, o estudo realizado em *A Forma do Rio* é tão importante para a compreensão exata dos efeitos práticos dos programas de ação afirmativa.

O estudo afirma que as faculdades que instituíram programas de ação afirmativa formaram, de fato, muitos estudantes negros com potencial para ocupar

cargos de liderança na sociedade estadunidense. Se em 1951 o percentual de negros que ingressavam nas universidades que foram alvo de pesquisa era de 0,8% por escola, em 1989 esse percentual subiu para 6,7%.

Outra conclusão admitida pelo estudo refuta a premissa obrigatória de que os estudantes negros eram menos qualificados que os estudantes brancos, e as estatísticas confirmam que em algumas disciplinas o desempenho dos negros era superior ao desempenho dos alunos brancos.

Por outra, o índice de evasão de negros aprovados em programas de ação afirmativa é muito pequeno se comparado à média nacional, não obstante se reconheça que o índice de evasão dos negros é maior do que o índice de evasão dos brancos, fato justificável por conta da procedência familiar desses negros, que geralmente advêm de famílias de baixo poder aquisitivo e às vezes são obrigados a abandonar os estudos por questões financeiras – embora essa justificativa não possa ser considerada universal.

Os negros formados nas universidades que aderiram a programas de ingresso diferenciado também conseguiram melhor inserção no mercado, embora a remuneração recebida por eles seja inferior à remuneração auferida pelos brancos formados nas mesmas condições, o que evidencia a existência de preconceito na economia norte-americana.

O estudo também comprovou que o aumento do número de negros nas universidades, ao invés de estigmatizá-los, proporcionou-lhes uma melhor aceitação entre os estudantes não-negros, e que, mesmo a maioria dos estudantes não-negros que não foram admitidos nas universidades em razão da implementação de programas que destinavam vagas específicas para negros não se ressentem da aplicação da política de ação afirmativa.

Nos Estados Unidos da América, ficou constatado que a maioria dos estudantes advindos de famílias de baixa renda é branca, o que desorienta a adoção de uma política de ação afirmativa para pobres, e não para negros. No Brasil, essa realidade é substancialmente diferente, pois a grande parcela da sociedade inserida nas classes economicamente desprivilegiadas se autodeclara negra.

Com base nesses e em outros dados, Dworkin comprova que é evidente a funcionalidade dos programas de ação afirmativa, de modo que a sua contraposição só poderá ser realizada se forem encontrados argumentos de princípio que indiquem a sua possível injustiça. Na prática, percebeu-se que esse tipo de política traz muito mais benefícios do que prejuízos para a sociedade como um todo.

“Por que, então, tanta gente considera injusta a ação afirmativa?” (DWORKIN, 2005, p. 573). Para Dworkin, essa posição denota uma visualização equivocada que a sociedade norte-americana possui a respeito do fundamento das ações afirmativas. Nesse passo, começa a discorrer sobre as razões que levam a crer que a ação afirmativa é justa.

Para tanto, parte da análise da cláusula de igual proteção, inserida na Constituição estadunidense a partir da Emenda décima quarta. Essa cláusula proíbe que o Governo institua qualquer tipo de discriminação que seja desvantajosa ao indivíduo.

“A cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas; ela lhes garante somente o tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões” (DWORKIN, 2005, p. 584).

Dworkin afirma que a análise da justiça das ações afirmativas não pode ser feita de maneira classificatória, mas sim caso a caso, o que possibilitaria um maior acerto no julgamento dos programas instituídos pelas universidades, embora demandasse um trabalho mais acurado por parte do Judiciário, além de acarretar menor previsibilidade às decisões judiciais das cortes locais.

Também é verdade que a cláusula de igual proteção oferece um juízo moral forte para o julgamento das políticas de ação afirmativa, e os juízes deverão buscar sempre esse critério de justiça para analisar os casos concretos. Para Dworkin, as classificações raciais não são moralmente mais equivocadas do que qualquer outro tipo de classificação, que dê prevalência às aptidões físicas ou genéticas, por exemplo.

Essa classificação é justa não para compensar a discriminação realizada no passado, mas para garantir benefícios a toda a sociedade no futuro:

As justificativas compensatórias presumem que a ação afirmativa é necessária, (...) para compensar as minorias pelos danos a sua raça ou classe no passado, e [eu] estava certo ao assinalar o erro de se supor que uma raça “deve” compensação a outra. Mas as universidades não aplicam os critérios de admissão sensíveis à raça para compensar indivíduos nem grupos: a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, e os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça no passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre nós. (DWORKIN, 2005, p. 606).

Embasado nessa premissa, Dworkin afirma que o programa de ação afirmativa que tenha por objetivo essa promoção da igualdade no presente e no futuro não pode ser considerado injusto e inconstitucional.

5. CONCLUSÃO: A HISTÓRIA NÃO PODE SER COMPENSADA

Após a apresentação dos casos trabalhados por Dworkin, e das razões que lhe levam a compreender a justiça das políticas de ação afirmativa, parece mais tranquilo apresentar um fundamento válido para a aplicação desse tipo de política pública no Brasil.

Não é segredo nenhum o fato histórico de que o Brasil, desde a chegada dos europeus, sempre foi um país racialmente consciente, e sempre teve uma sociedade negra marginalizada. A forte cultura de exploração da mão-de-obra escrava – o Brasil foi um dos últimos países independentes a abolir (oficialmente) a escravidão – fez com

que os negros sempre tivessem papel de menor importância econômica na sociedade pátria.

Por essa razão, muitas pessoas entendem que a promoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros seria uma forma justa de compensar as discriminações históricas às quais esse grupo foi submetido.

Entretanto, com base nas lições de Dworkin, percebe-se que a fundamentação das políticas públicas de ação afirmativa na ideia de compensação histórica deixa de tratar o homem como um fim em si mesmo, tratando-o como meio para o alcance de um objetivo específico. Isso não é salutar, pois os próprios negros seriam considerados instrumentos para a formação de uma sociedade racialmente mais justa, e a ideia de compensação (ou favor histórico) permaneceria no ideário da sociedade por bastante tempo. A utilidade da medida não justificaria jamais a utilização do homem como um instrumento.

Embora a raça tenha sido fator predominante para o desprestígio dos negros no Brasil, essa mesma raça não pode dar sustentação a políticas compensatórias, que mais reforçam do que rechaçam as diferenças entre os grupos raciais nesse país.

Assim sendo, outro fundamento, mais sólido e justo, deve ser encontrado para dar base à promoção das necessárias políticas de ação afirmativa. Esse fundamento, na realidade brasileira, é a discriminação que ainda hoje sofrem os negros no contexto pátrio.

A desigualdade entre negros e brancos atravessou a história, e permanece vigente até hoje no Brasil e em boa parte do mundo, e a ação afirmativa se justifica por sua existência na atualidade, e não pelas desigualdades do passado. Afirmar que hoje existe no Brasil em uma sociedade racialmente justa, neutra, e que a ação afirmativa só serviria como meio de compensação histórica, é fechar os olhos para a realidade, que é marcada pela discriminação velada, que deixou de ser biológica e passou a ser econômica e social, entretanto possuindo o mesmo alvo: os negros.

Aliás, o próprio conceito de raça ganhou novos contornos. Hoje em dia é cada vez mais aceita a noção de raça como um conceito de origem sociocultural. Conforme afirma Arthur Kaufman, “as raças não existem em nossa mente porque são reais, mas são reais porque existem em nossa mente” (KAUFMAN, *apud* PENA, 2008, p. 05). Os negros, outrora biologicamente rejeitados, passaram a ser social, cultural e economicamente rejeitados na contemporaneidade, e a ação afirmativa que objetive a promoção de seus direitos é justa porque tende a diminuir a discriminação presente e futura, e não a compensar um erro do passado.

Essa formulação do conceito de raça na atualidade possui um importante efeito prático, porque não se pode definir com certa clareza, conforme se assentou na introdução, quem de fato são os negros e os brancos no Brasil. Por essa nova conceituação, o critério de autodeclaração ganha força, embora se reconheça a possibilidade de casos isolados de fraude. Contudo, a fraude parece ser um risco inevitável na promoção desse tipo de política, e a possibilidade da sua existência – que é ainda mais patente no contexto da sociedade materialista e patrimonialista do Brasil – não pode desvirtuar a nobreza e a justiça desse tipo de política pública.

A teoria de Ronald Dworkin, embora receba críticas de diversas ordens, especialmente por ser considerada por muitos como amplamente utilitarista e contraditória[3], parece dar fundamento a essa ideia, e por isso foi e é tão importante para a justificação teórica das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América. No Brasil, embora mereça diversos ajustes de ordem prática e mesmo teórica, a noção fundamental da teoria pode ser extraída, no sentido de pregar a necessidade da ação afirmativa mediante um critério de justiça que visa corrigir um erro do presente, com base na moralidade política da sociedade.

Por fim, deve-se deixar claro que, para que seja considerada justa e virtuosa, qualquer política de ação afirmativa deve ser criteriosamente estudada antes de ser aplicada. Além disso, trata-se de uma política de longo prazo, mas que deve realmente possuir um prazo de aplicação bem definido, assim como devem ser devidamente definidos os objetivos desse tipo de política, para que a sociedade fique ciente dos benefícios que poderá trazer.

O fundamento na discriminação presente deve ser explícito, pois o racismo é um fato no Brasil. A poesia cantada de Gabriel O Pensador, na música *Racismo é Burrice* (2002), evidencia a realidade da brasilidade, que encara de forma jocosa esse mal que nos assola:

E de pai pra filho o racismo passa

Em forma de piadas que teriam bem mais graça

Se não fossem o retrato da nossa ignorância

Transmitindo a discriminação desde a infância

E o que as crianças aprendem brincando

É nada mais nada menos do que a estupidez se propagando.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito.** Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS. Vol. 28, Ano XXV, 2003.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização.** Belém: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nº 98, Vol. 50, 2006.

DAMATTA, Roberto. **O que faz do brasil, Brasil?.** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Derechos em sério.** Barcelona: Aliel, 1984.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em Direito Constitucional e Internacional.** Disponível em: <http://www.Lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0095.pdf>. Acesso em 30 out. 2008.

PENA, Sérgio D.J. **Humanidade sem raças?** São Paulo: Publi Folha, 2008.

PENSADOR, Gabriel O. **Racismo é Burrice.** Gabriel O Pensador: MTV ao Vivo. Rio de Janeiro: 2002. Disponível em: http://www.gabrielopensador.com.br/index1_flash.htm. Acesso em 16 jul. 2009.

SANTOS, Élvio Gusmão. **Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2041, 1 fev. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12281>. Acesso em: 14 jun. 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, 131: 283-295, jul./set. 1996.

[1] “Atribui-se ao naturalista sueco Carl Linnaeus (1707-1778) a criação do sistema de classificação da espécie humana em raças, em 1767. No seu *Systema Naturae*, Linnaeus dividiu a espécie humana em quatro raças (além de uma quinta, mitológica e sem importância para este trabalho) (...). De acordo com Linnaeus, as raças humanas eram: *Homo sapiens europaeus*, branco, sério e forte; *Homo sapiens asiaticus*, amarelo, melancólico e avaro; *Homo sapiens afer*, negro impassível e preguiçoso; *Homo sapiens americanus*: vermelho, mal-humorado, violento.” (GUSMÃO, 2009)

[2] Quando se apresenta a noção de que os negros são um grupo, ou uma classe racial, não se objetiva, de maneira alguma, encará-los assim. Esses termos, em verdade, são necessários nesse primeiro momento da abordagem, apenas para reforçar as ideias que foram historicamente desenvolvidas no Brasil, e que até hoje ainda persistem por aqui. Não obstante, ainda se verá qual o conceito de raça mais apropriado para discutir as ações afirmativas.

[3] Para uma excelente síntese das críticas que a teoria de Ronald Dworkin recebeu na Europa, ver o prefácio da obra *Derechos en Sério* (Levando os Direitos a Sério), escrito por Albert Calsamiglia. A obra foi publicada em 1984 na Espanha. Além disso, ver o trabalho de Luis Fernando Barzotto, que a partir da formulação do conceito de justiça social, critica a teoria de justiça distributiva de Dworkin, no sentido de que não pode ser aplicada para a promoção de ações afirmativas referentes ao acesso ao ensino superior no Brasil (BARZOTTO, 2003).