

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS  
INSTITUTO DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E POLÍTICA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA



Dissertação:

**AÇÕES AFIRMATIVAS EM RONALD DWORKIN:  
Os limites de sua justificação e aplicabilidade**

**Thaís Cristina Alves Costa**

Pelotas,  
2015

**THAÍS CRISTINA ALVES COSTA**

**AÇÕES AFIRMATIVAS EM RONALD DWORKIN:  
Os limites de sua justificação e aplicabilidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Adriano Ferraz

Coorientador: Prof. Dr. Evandro Barbosa

Pelotas,  
2015

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Carlos Adriano Ferraz (Orientador)

---

Prof. Dr. Daniel Lena Marchiori Neto (Direito/FURG)

---

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira (Direito/UFRGS)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas pela excelência com que conduz o curso. Meus sinceros agradecimentos a todos os professores que compõem o corpo docente, em especial, ao professor Manoel Vasconcelos e à secretária Mirela que estavam sempre dispostos a ajudar em todas as dúvidas burocráticas.

À CAPES, pelo auxílio financeiro que me foi concedido integralmente para a realização desta pesquisa.

Ao professor Carlos Ferraz pela orientação, confiança, disposição e ensinamentos transmitidos. Certamente a realização deste trabalho não seria possível sem a sua dedicação e incentivo.

Agradeço enormemente ao professor Daniel Marchiori Neto, por seu incessante incentivo, pelas ponderações críticas, leituras e avaliações acerca do meu trabalho que muito contribuíram para o resultado final. Sou muito grata também à Júlia Moura, pelo apoio e valiosas dicas compartilhadas por ocasião da banca de qualificação.

À todos os meus colegas de caminhada, em especial, à Madelon, Mariana e Rossana.

Agradeço aos meus pais, Sueli e Gilmar e meu irmão Marcelo, pelo amor recebido ao longo dos anos e pelo constante incentivo aos estudos através de seus exemplos.

Agradeço, em especial, ao Evandro Barbosa, por ser meu maior incentivador na vida, por ter não só me orientado em todas as fases do mestrado, como também por estar sempre ao meu lado. Por seu amor, carinho e companheirismo, eu dedico a você este trabalho.

E tudo, por quê? Por eu ser judeu. Os judeus não têm olhos? Os judeus não têm mãos, órgãos, dimensões, sentidos, inclinações, paixões? Não ingerem os mesmos alimentos, não se ferem com as armas, não estão sujeitos às mesmas doenças, não se curam com os mesmos remédios, não se aquecem e refrescam com o mesmo verão e o mesmo inverno que aquecem e refrescam os cristãos? Se nos espetardes, não sangramos? Se nos fizerdes cócegas, não rimos? Se nos derdes veneno, não morremos? E se nos ofenderdes, não devemos vingarnos? Se em tudo o mais somos iguais a vós, teremos de ser iguais também a esse respeito.

*(O Mercador de Veneza – William Shakespeare)*

## RESUMO

COSTA, Thaís Cristina Alves. **Ações afirmativas em Ronald Dworkin: os limites de sua justificção e aplicabilidade**. 2015. 129f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

Os modelos de ações afirmativas são um tipo de política que visam, *grosso modo*, a promoção da diversidade e da distribuição de renda entre as camadas sociais para reduzir ou equilibrar questões de igualdade. Inserido nessa dinâmica social contemporânea, o objetivo central deste texto é analisar se o modelo de ação afirmativa, enquanto desdobramento da teoria liberal igualitária de Ronald Dworkin, consegue ser uma alternativa justificada para resolver o desequilíbrio social presente nestas sociedades. Ademais, discutiremos criticamente o problema das ações afirmativas de acesso à universidade a partir do pensamento deste autor, testando sua resiliência frente às críticas de Michael Sandel e Thomas Sowell. Para isso, diferentes enfoques serão oferecidos para esta questão dado seu caráter de fronteira e sua discussão ser interdisciplinar. Nossa hipótese de trabalho é de que a melhor resposta será oferecida pela consideração de seus vários elementos – filosóficos, jurídicos, sociais e econômicos – a partir de dois pontos centrais: o *âmbito justificacional* e o *âmbito prático*. Para o primeiro, discutiremos a possibilidade da teoria de Dworkin oferecer justificção teórica suficiente para o que ele chama de *policies*, na qual o modelo de ação afirmativa está incluído. Para o segundo, tentaremos compreender a aplicabilidade destes modelos em seus respectivos contextos. Em suma, buscaremos descobrir se o modelo de ação afirmativa de acesso à universidade pode ser justificado e aplicado.

**Palavras-chave:** Ação afirmativa; Diversidade; Justiça; Justificção; Aplicabilidade.

## ABSTRACT

COSTA, Thaís Cristina Alves. **Ações afirmativas em Ronald Dworkin: os limites de sua justificação e aplicabilidade.** 2015. 129f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

Models of affirmative action are a kind of policy which aimed, roughly, the promotion of diversity and distribution of income between social classes to reduce or balance equality issues. Considering this contemporary social dynamics, the central aim of this paper is to analyze whether the affirmative action model, while deployment of egalitarian liberal theory of Ronald Dworkin, can be a justified alternative to solve the social imbalance present in these societies. Moreover, critically discuss the issue of affirmative action for university entrance from the thought of this author, testing their resilience in the face of criticism from Michael Sandel and Thomas Sowell. For this, different approaches will be offered to this issue given its border character and be interdisciplinary discussion. Our working hypothesis is that the best answer will be offered by considering its various elements - philosophical, legal, social and economic - from two central points: the scope of justification and the practical level. For the first, we discuss the possibility of Dworkin's theory offers the sufficient theoretical justification for what he calls the policies, in which affirmative action model is included. For the second, we try to understand applicability of these models in their respective contexts. In short, we will seek to find out whether the affirmative action model for university admission can be justified and applied.

**Keywords:** Affirmative action; Diversity; Justice; Justification; Applicability.

## SUMÁRIO

Introdução.....	08
1. Ações afirmativas: uma análise .....	11
1.1 A problemática das ações afirmativas .....	11
1.2 Tipos de ações afirmativas .....	16
1.3 Conceito de raça .....	21
1.4 Casos da literatura jurídica norte-americana .....	23
2. Ronald Dworkin e o problema das ações afirmativas .....	30
2.1 A filosofia do direito de Dworkin .....	30
2.2 A proposta igualitária de Dworkin .....	39
2.2.1 Leilão igualitário.....	39
2.2.2 Situação pós-leilão.....	41
2.3 Entre dois casos: Sweatt <i>versus</i> DeFunis <i>versus</i> Odegaard.....	45
2.4 As contrariedades do caso Bakke .....	48
3. As <i>policies</i> e a crítica ao embasamento teórico das ações afirmativas dworkinianas .....	54
3.1 O “calcanhar de Aquiles” das ações afirmativas .....	54
3.2 A crítica de Sandel ao fundamento da argumentação de Dworkin.....	62
4. O liberalismo de Thomas Sowell .....	73
4.1 A crítica de Sowell à visão irrestrita.....	73
4.2 Sowell e as ações afirmativas ao redor do mundo.....	80
4.3 Ações afirmativas nos Estados Unidos: a interpretação de Sowell.....	90
4.4 The shape of the river: um estudo .....	97
4.5 O que podemos fazer? .....	111
Considerações Finais .....	116
Referências Bibliográficas.....	119

## INTRODUÇÃO

Desde que Platão escreveu a *República*, a questão da justiça social tornou-se um problema comum de todas as sociedades. Não é à toa que, para sua discussão, diferentes foram os modelos sugeridos para dar conta do que consideramos como sendo o justo, o bom ou o correto em termos de *função* do Estado para com seus cidadãos. Tais modelos, sejam eles utilitaristas, liberais, igualitaristas, teóricos das virtudes ou comunitaristas tentam tratar do problema de justiça sugerindo diferentes pontos de partida, e esses pontos são tão diversos quanto seus modelos teóricos. Dentro dessa dinâmica social, o problema da igualdade ergue-se como a pedra de toque de muitas teorias, muitas das quais lançaram mão de diferentes expedientes para sua resolução. Uma das tentativas de resolver o desequilíbrio social é dada pelo modelo de ações afirmativas. Entre os teóricos preocupados com tais questões, podemos destacar Ronald Dworkin, o qual vê nas ações afirmativas o potencial necessário para a resolução de alguns destes problemas. Não obstante, o *erro crasso* que muitos cometem é tratar o problema das ações afirmativas como um problema estritamente filosófico, desconsiderando que, quando falamos de justiça social, vários são os elementos envolvidos nessa equação, tais como questões filosóficas sobre justificação e definição de justiça, elementos sociológicos acerca dos grupos a serem beneficiados, determinações jurídicas sobre a competência do Estado e das universidades para seu acesso, cerceamento econômico de parcela da sociedade, etc. Isso nos ajuda a compreender porque o problema das ações afirmativas é uma questão de fronteira, haja vista que, sendo sua discussão interdisciplinar, as melhores respostas são obtidas pela consideração de todos os elementos acima citados. Portanto, se queremos discutir de modo minimamente aprofundado a viabilidade das ações afirmativas, precisamos compreendê-la em seus vários elementos e não somente em suas determinações filosóficas, muito embora o espaço de manobra deste trabalho seja o âmbito filosófico.

Um dos autores preocupados em oferecer alternativas ao problema é Ronald Dworkin, jusfilósofo norte-americano conhecido por travar o debate acerca da teoria

democrática e da moralidade pública em assuntos altamente polêmicos como as questões envolvendo aborto, eutanásia, suicídio assistido e mesmo o direito à pornografia. Se concordarmos com Beatty que Dworkin foi o “(...) mais eminente filósofo jurídico do mundo até hoje (...) praticamente ninguém, se é que há alguém, se equipara a ele na capacidade de tratar ao mesmo tempo das grandes questões teóricas e da prática do juiz”<sup>1</sup>, podemos imaginar que seu pensamento extrapola discussões circunscritas ao âmbito jurídico, atingindo discussões sobre o ideal de justiça em um Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, o filósofo analisa as principais decisões da corte norte-americana para, em seguida, propor políticas públicas (*policies*) para a resolução dos problemas de justiça, dentre elas as ações afirmativas no ensino superior, nosso objeto de discussão.

Por isso, o objetivo central deste texto será discutir criticamente o problema das ações afirmativas a partir do pensamento de Dworkin, testando sua resiliência frente às críticas de Michael Sandel e Thomas Sowell. Para tanto, dois âmbitos nos interessam sobremaneira: o *âmbito justificacional*, cuja pergunta é se o modelo igualitário liberal de Dworkin pode oferecer algum tipo de justificativa suficiente para o problema das ações afirmativas, e o *âmbito prático*, pois os diferentes modelos de ações afirmativas só poderão ser considerados justos quando aplicadas aos seus respectivos contextos. Embora distintos, esses âmbitos são indissociáveis se pretendemos oferecer uma resposta segura para o problema das ações afirmativas, posto que a legitimidade do primeiro não implica necessariamente na justificação do segundo e vice-versa.

Dividiremos o texto em quatro partes. No primeiro capítulo, iremos apresentar o conceito e a história das ações afirmativas no ensino superior em alguns países como Estados Unidos e Brasil. Seu surgimento e desenvolvimento, repleto de elementos contextuais e, por vezes, pouco claro quanto ao motivo de sua adoção, não depõe contra sua necessidade de análise, o que pode ser comprovado pela discussão dos principais casos jurídicos envolvendo a aplicação das ações afirmativas nos Estados Unidos e outros países. Nesse sentido, o enfoque central será a concepção de ação afirmativa que utilizaremos ao longo do texto, associado a uma discussão paralela sobre o conceito de raça e de etnia. Como veremos, estas definições serão fundamentais para o tipo de resultado esperado na sua aplicação.

---

<sup>1</sup> BEATTY, 2014, p.47

No segundo capítulo, estabeleceremos as bases do pensamento de Ronald Dworkin, delineando a distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*) por ele estabelecida em sua obra *Taking Rights Seriously* (1977). Do que será exposto, as *policies* serão analisadas com maior afincamento por representarem o *locus* do nosso trabalho. Com isso, será possível identificar seu modelo de liberalismo igualitário – com apelo fortemente igualitário – como a fonte teórica de onde provém sua defesa do modelo de ação afirmativa de acesso à universidade. A partir disso, exporemos os argumentos dworkinianos para a defesa das ações afirmativas a partir de uma análise jusfilosófica de três casos emblemáticos da literatura jurídica norte-americana: *Sweatt versus Painter*, *DeFunis versus Odegaard* e *University of California versus Bakke*. Se a hipótese deste trabalho estiver correta, a análise destes casos oferecerá os elementos necessários para sua crítica.

No terceiro capítulo, a preocupação recai, especificamente, sobre a crítica ao modelo de ações afirmativas de Dworkin. Para tanto, apresentaremos as críticas ao argumento dworkiniano e demonstraremos, de forma incisiva, as incoerências do argumento filosófico que embasa sua defesa. Aqui, a crítica de Sandel ao Dworkin, presente na obra *Liberalism and the limits of justice* (1982), será fundamental para enfatizar alguns pontos que Dworkin desconsidera em sua teoria, dentre eles os elementos utilitaristas que entram pela “porta dos fundos” em sua teoria, o que deporia contra o caráter deontológico que o jurista deseja reforçar.

Por fim, no último capítulo, demonstraremos os resultados desta combinação entre os elementos conceituais e históricos das ações afirmativas. Aqui, utilizaremos o pensamento de Thomas Sowell para enfatizar as insuficiências do liberalismo igualitário dworkiniano para a defesa das *policies* de ações afirmativas. No seu entender, o pensamento de Dworkin, cuja finalidade é minorar discriminações via discriminação inversa, desconsidera elementos em sua aplicabilidade que demonstram a pressuposição de que ações afirmativas trarão algum tipo de justiça ou benefício social. Esperamos, assim, oferecer as bases necessárias para demonstrar que o modelo de ação afirmativa, do qual Dworkin é grande representante, possui limites que o inviabilizam tanto no âmbito justificacional, quanto no âmbito de sua aplicabilidade.

## 1. AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE

Pretendemos, nesse primeiro capítulo, tratar de questões envolvendo as ações afirmativas. Para isso, num primeiro momento (1.1), introduziremos a problemática das ações afirmativas, apontando o seu conceito e, brevemente, o *framework* histórico de seu desenvolvimento na Índia, nos Estados Unidos e no Brasil. Como fio condutor desse subcapítulo utilizaremos as teorias de Nagel, Sowell, Magnoli, Gomes, Piovesan, bem como de alguns documentos jurídicos que endossam a sua aplicação. Em seguida (1.2), apresentaremos os tipos de ações afirmativas, traçando a devida distinção entre modelos fortes e modelo fraco. Para isso, adicionaremos à discussão o pensamento de Pojman, Mackinnon, Dworkin, Goés e Lawuyi. No terceiro momento (1.3), daremos enfoque à definição do conceito de raça (*race*), valendo-nos dos estudos dos geneticistas John Venter e Sérgio Pena. E, por fim, no último ponto (1.4), propomo-nos analisar os principais casos da literatura jurídica norte-americana sobre o tema das ações afirmativas, considerando filosoficamente sua situação desde os tempos do início da segregação até o fim do modelo de ações afirmativas em alguns estados americanos. Como supracitado ainda na Introdução, a reconstituição destes elementos são indispensáveis para que possamos lançar luz ao problema desde uma perspectiva filosófica, porém sem desconsiderar os demais elementos que compõe esta paisagem moral sobre justiça social. Além disso, o enfoque dado à realidade norte-americana decorre do fato que, neste país, há uma vasta literatura e história sobre o tema, o que pode ser observado na análise das teorias de Ronald Dworkin, passando por Michael Sandel e Thomas Sowell, autores norte-americanos que se valem de seu contexto como *background* para suas discussões.

### 1.1. A problemática das ações afirmativas

As ações afirmativas são tipos de política, pública ou privada, que tem como objetivo a promoção de direitos e bens para pessoas que se encontram em situação de desvantagem social engendrada pela exclusão social, em razão da raça, gênero, por deficiência física e/ou mental, desvantagens financeiras ou por origem nacional,

podendo assumir formas de ações voluntárias ou obrigatórias. Segundo Nagel, “affirmative action in the original sense-namely making special efforts to find women and minority candidates for positions in which they are underrepresented, and encouraging them to apply”<sup>2</sup>. Essa política é voltada para a transposição de um indivíduo que, até então, era politicamente considerado ausente de cor, raça, idade ou classe social, para alguém “especificado”, ou seja, alguém com uma raça definida, gênero e idade. Esse indivíduo especificado receberá as políticas sociais direcionadas.

A primeira política com a ideia de preferências para determinados grupos surgiu na Índia sob o nome de “política de reservas” (*reservation policies*). Apesar de haver indícios de que preferências desse tipo já haviam sido usadas ainda na Índia britânica<sup>3</sup>, seu termo só foi inserido nos textos legais quando, a partir da promulgação da constituição indiana, em 1949<sup>4</sup>, surgiu uma série de emendas constitucionais. Dentre essas emendas a reforma do artigo 15 da Constituição do país que autorizava ao Estado o uso de qualquer provisão especial para garantir o progresso de qualquer uma das classes sociais. De acordo com o texto legal: “Nothing in this article or in clause (...) shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes”<sup>5</sup>. A partir de então, vários grupos sociais passaram a ser beneficiados por essa que é a mais ampla política do gênero no mundo.

Apesar da experiência indiana, essa discussão somente tomou corpo nos Estados Unidos a partir de 1961, quando John Kennedy registrou a expressão *affirmative action* na ordem responsável pela criação do Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego, *i.e.* na ordem executiva 10925. A proposta da “Ordem Executiva de Kennedy situava-se no terreno do combate à discriminação, antecipando um dos aspectos da Lei dos Direitos Civis”<sup>6</sup>, pois o que a ordem previa era a associação da “noção de ‘ação afirmativa’ com as obrigações de contratar empresas ou empregar pessoas sem levar em conta suas

---

<sup>2</sup> NAGEL, 1973, p. vii. Para saber mais acerca da ideia de ação afirmativa sob o prisma de Nagel, confira: NAGEL, Thomas. *Equal treatment and compensatory discrimination. Philosophy and public affairs*, Princeton, v.2, n4, Summer, 1973, p.348-363. E, COHEN, Marshall. NAGEL, Thomas. SCANLON, Thomas. *Equality and preferential treatment*. Princeton: Princeton University, 1977. De acordo com White, “affirmative action is an effort to remedy the injustice of racial and sexual discrimination, particularly in employment and admission to school” (WHITE, 2000, p. 414).

<sup>3</sup> Segundo Sowell: “India has also had affirmative action policies longer than any other nation, beginning in British colonial times, and then provided for in its constitution when it became an independent country in 1947”. (SOWELL, 2004, p. 23).

<sup>4</sup> Confira a Constituição Indiana:

<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>

<sup>5</sup> INDIA, 1951, p.07.

<sup>6</sup> MAGNOLI, 2009, p.85.

raças, credo, cor ou origem nacional”<sup>7</sup>. Nesse sentido, as primeiras ações “was clearly *not* calling for group preferences or quotas”<sup>8</sup>, consistindo na não discriminação de cunho étnico-racial, bem como da inserção de programas inclusão de pessoas deficientes, programas de aleitamento gratuito para crianças carentes, descontos nos transportes públicos para idosos entre outros programas que não se valiam de beneficiar minorias étnicas raciais<sup>9</sup>. Em relação à questão racial, a ordem previa que os empregadores contratassem “*without regard to group membership*”<sup>10</sup>. Nesse sentido, as ações afirmativas eram pautadas na não discriminação dos indivíduos. Ou as situações que fossem comprovadamente racistas deveriam ser não só combatidas como remediadas, através da interferência de tribunais de direito para garantir, em conformidade com a lei, a reparação das vítimas da conduta discriminatória.

Posteriormente, por intermédio do Plano Revisado da Philadelphia, de 1969, ocorreu a associação das ações afirmativas como um “remédio” para uma situação indesejada socialmente, cabendo a atenção especial para a discriminação do sujeito. Conquanto, a evolução das ações afirmativas para percentuais numéricos deu-se a partir de 1970, quando diretrizes passaram a fazer referência à “*results-oriented procedures*”<sup>11</sup>, no qual deveria ser aumentado materialmente o número de minorias nos empregos, instaurando, assim, objetivos e cronogramas<sup>12</sup>. Nessa mesma década são implantadas as ações afirmativas nas universidades norte americanas, dando início a uma série de disputas judiciais envolvendo a legitimidade de tais políticas.

No Brasil, a primeira política de cotas adotada por uma universidade de grande porte foi em 2002 com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Não obstante, no território brasileiro, o termo ação afirmativa só foi registrada em 2010, por meio do Estatuto da Igualdade Racial que prevê o artigo 1º, inciso VI: “Para efeitos desse estatuto, considera-se: (...) VI – Ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promulgação da igualdade de oportunidades”<sup>13</sup>. Dois anos

<sup>7</sup> *Idem., Ibidem.* Para saber mais acerca da Ordem Executiva 10.925, vide: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.

<sup>8</sup> SOWELL, 2004, p. 124.

<sup>9</sup> No Brasil, podemos citar o exemplo de políticas de banco que consistem em programas de incentivos do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) que confere empréstimos a juros abaixo dos valores de mercado para certos setores de atividade econômica, com a intenção de promover maior crescimento econômico e justiça social.

<sup>10</sup> SOWELL, 2004, p. 124.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>12</sup> Cf. SOWELL, *Affirmative action in United State* (2004).

<sup>13</sup> Confira artigo 1º da Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial*

depois a lei de cotas foi sancionada. De acordo com o texto legal, as universidades públicas federais e institutos federais de ensino técnico de nível médio deveriam assegurar que 50% das vagas fossem destinadas a um grupo de candidatos definidos, a saber: estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, os oriundos de família com renda igual ou inferior 1,5 salários mínimos *per capita* e para os autodeclarados negros, pardos e indígenas<sup>14</sup>.

Dentre os argumentos das ações afirmativas, encontra-se a necessidade da correção histórica, ou seja, dadas todas as formas discriminatórias de outrora, o Estado estaria legitimado a retribuir esse mal com a adoção de políticas que visassem à correção desses males, o combate à discriminação e a promoção da diversidade étnica que ajudaria a convivência entre pessoas diferentes, bem como poderia prevenir futuras visões preconceituosas e práticas discriminatórias, e por fim, a justiça distributiva, isto é, a possibilidade de que pessoas carentes financeiramente possam ascender socialmente.

Segundo Joaquim Barbosa, no texto *A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*, a noção de igualdade é concebida com a finalidade específica de “(...) abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no ‘rang’, na rígida e imutável hierarquização social por classes ‘*classement par ordre*’”<sup>15</sup>, surgindo sob o discurso da tentativa de se garantir a igualdade que já havia sido a grande característica jurídica engendrada no final do século XVIII com as revoluções americanas e francesas. Por intermédio dessas revoluções emergiu-se a construção jurídico-política da necessidade da igualdade que garantisse o tratamento igual de todos perante a lei, sem possíveis distinções ou privilégios. Nesse sentido, logo após o constitucionalismo do século XIX e XX que preocupou-se primordialmente com a ideia de igualdade em seus textos legais, surge as exigências de tratamento igualitário a todos, em especial com a igualdade racial. De acordo com a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1969, o artigo 1º, parágrafo 4º, prevê:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para

---

da União. Brasília: DF, 2010.

<sup>14</sup> Confira: Lei n. 12.711 - *Lei de Cotas*, de agosto de 2012.

<sup>15</sup> GOMES, 2002, p. 02.

proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos<sup>16</sup>.

Essa afirmação parece legitimar a adoção das ações afirmativas, sendo largamente utilizada pelos seus defensores para legitimar a adoção de políticas de ação afirmativa. Todavia, o fato dessa ideia estar contida nos dispositivos legais não faz dela uma lei justa, válida e justificável em termos de aceitação da sociedade, pois encontramos outros textos legais, cujo conteúdo parece não sustentar a adoção de tais “medidas especiais” no ensino superior. É o caso da *Declaração dos Direitos Humanos* de 1948, da qual o Brasil<sup>17</sup> e os Estados Unidos são signatários. Seguindo a linha de argumentação presente na *Declaração* e contrapondo-a a uma forma de ação afirmativa, em que alguns grupos teriam direito de ingressar na universidade via *discriminação inversa*, não parece haver argumentos que justifiquem tal discriminação em detrimento do mérito como critério de acesso ao ensino superior, conforme reza o artigo 26:

Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito<sup>18</sup>.

As ações afirmativas foram implantadas em diversas esferas da sociedade, por exemplo, no mercado de trabalho, na educação, na política, entre outros. Dentre os beneficiários é possível encontrar negros, mulheres, fazendeiros<sup>19</sup>, indígenas, minorias

<sup>16</sup> Confira: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Ao tratar desse artigo Piovesan defende que: “a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de - ‘discriminação positiva’ (a chamada - ‘ação afirmativa’), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos”. (PIOVESAN, 2010, p. 255).

<sup>17</sup> No Brasil há ainda o artigo art. 208, inciso V, da Constituição brasileira, em que é assegurado o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, Constituição, 1988). Ou seja, mesmo na Constituição Brasileira, a Universidade não é tratada como um bem indispensável à realização plena do ser humano, não obstante isso, o seu acesso está condicionado à capacidade individual.

<sup>18</sup> ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

<sup>19</sup> Algumas políticas de cotas foram adotadas isoladamente no Brasil, como foi o caso da primeira política preferencial, chamada *Lei do Boi*, de 1968, que consistia na garantia de acesso de filhos de fazendeiros às universidades, hoje essa lei não tem mais validade. Confira: Lei nº 5.465, de 3 de Julho de 1968.

territoriais e locais. Essas classificações se diferenciam de acordo com o país e o contexto no qual está sendo adotada tal política. Além do Brasil, países como a Malásia, Sri Lanka, China, Indonésia, Inglaterra Nigéria, Índia, Austrália, Canadá, Estados Unidos, entre outros também fazem uso desse tipo de política pública<sup>20</sup>. Por questões de tempo e para manter o foco de nossa pesquisa, não abordaremos a questão das ações afirmativas nos diversos setores da sociedade, bem como em vários grupos vulneráveis. Deter-nos-emos apenas nas ações afirmativas no ensino superior e, mormente, para os negros norte-americanos.

### 1.2. Tipos de ações afirmativas

Com a instauração das políticas compensatórias que buscavam corrigir as desigualdades existentes entre os grupos étnicos<sup>21</sup>, o Estado passou a exigir ações afirmativas nas contratações, admissões de funcionários e, principalmente, para regular o acesso aos sistemas educacionais tanto públicos quanto privados. Para tal, ao invés de todos terem, igualmente, acesso às políticas públicas, independente de raça, cor ou sexo, passam a pertencer a um grupo pré-determinado que receberão ou não os privilégios.

Dentre os tipos de ações afirmativas adotadas nos Estados Unidos, podemos destacar as fortes (*strong affirmative action*) e as fracas (*weak affirmative action*)<sup>22</sup>. Segundo Pojman, as ações afirmativas fracas,

involves such measures as the elimination of segregation (namely the idea of ‘separate but equal’), widespread advertisements to group not previously represented in certain privileged positions, special scholarships for the disadvantaged classes (e.g., all the poor), using under representation or a history of past discrimination as a tie breaker when candidates are relatively equal, and the like<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Diversos países tiveram suas próprias políticas de preferências. Além da “política de reservas” da Índia, houveram a “discriminação positiva” na Inglaterra, “padronização” no Sri Lanka, “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, “Reflexos do caráter federal do país” na Nigéria, “sistema de cotas” em Israel, China, Austrália, Ilhas Fiji, Canadá, Pasquistão, Nova Zelândia, Irlanda do Norte, Finlândia, Macedônia, Japão, Romênia, Eslováquia, nos Estados sucessores da União Soviética e no Brasil. E, uma das mais populares, as “ações afirmativas” nos Estados Unidos. Todas partem da mesma justificação, possuindo algumas características próprias de acordo com as exigências sociais de cada país.

<sup>21</sup> Em vários contextos as ações afirmativas voltam-se para remediar as desigualdades de gênero, porém como esse não é o objetivo de nossa pesquisa, tal viés não será abarcado na presente dissertação.

<sup>22</sup> Segundo Nagel ação afirmativa fraca é: “Programs that attempt to ensure that previously underrepresented groups are sufficiently well qualified so as to be able to apply for those jobs in which they were not represented.” (NAGEL, *In defense of Strong affirmative action*, p. 05).

<sup>23</sup> POJMAN, 1977, p. 420.

Essas políticas fracas consistem em apoiar socialmente as minorias. Sua efetivação pode ocorrer por intermédio de um programa social que fornece tutores para estudantes negros ou bolsas de estudo específicas para as minorias, garantindo por intermédio dessas políticas, a igualdade de acesso, *i.e.*, a igualdade de partida e não a igualdade de chegada. Envolvendo medidas positivas que poderiam ser de origem estatal ou voluntária, tais políticas visavam à garantia de que os candidatos a vagas em empregos ou universidade estivessem cientes de que há posições abertas e serem incentivados a aplicar. Essa é uma forma de assegurar que “previously excluded groups were made aware of new opportunities now open to them, so as to be able to take practical steps to prepare for and apply for such opportunities”<sup>24</sup>. Para isso, o pertencente ao grupo discriminado deve saber da possibilidade e ser incentivado, sem que outros tipos de medidas posteriores pudessem ser utilizadas.

As políticas afirmativas enfraquecidas envolveriam, por exemplo, a publicização das vagas de um determinado emprego através de anúncios em revistas que possuíssem maioria negra como leitores, ou programas de televisão e rádio em que o público alvo fosse os negros. Outras modalidades seriam o envio de representantes dessa empresa para recrutar candidatos em feiras de minorias e disponibilizar fundos e cursos para ajudar os negros a se prepararem melhor para as entrevistas. Uma empresa que adotasse as ações afirmativas fracas poderia se valer de todas essas medidas, porém, seria apenas no âmbito de auxiliar, enquanto forma de criar possibilidades para que o candidato consiga competir, muito embora a vaga não seria escolhida tendo em vista a raça, pois no processo de escolha não deveria haver preferências<sup>25</sup>. Não obstante, o objetivo da ação afirmativa fraca é de garantir o conhecimento de todos da existência de determinado cargo ou vaga disponível, ou seja, “enlarging the pool of applicants, then hiring on the basis of competence”<sup>26</sup>.

Nesse âmbito, os negros somente receberiam atenção extra na fase inicial do processo, ou seja, quando a empresa estaria tentando angariar candidatos para se submeterem ao processo seletivo. Entretanto, nenhuma atenção extra seria dada na fase final do processo, quando os sujeitos seriam avaliados, exclusivamente, por sua

---

<sup>24</sup> SOWELL, 2004, p. 124.

<sup>25</sup> Segundo Barbara MacKinnon, as ações afirmativas fracas são defensáveis e aplicáveis. Ela afirma: “Thus in hiring, a company might place ads in minority newspaper. In college admissions, counselors might be sent to school with heavy student populations of underrepresented minority group, or invite the students to campus, or give them special invitations to apply. Once the pool is enlarged, then all in the pool would be judged by the same criteria, and no special preferences would be given on the basis of race or sex”. (MACKINNON, 1995, p.243).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 244.

competência técnica. Na educação esse tipo de ação afirmativa envolveria a garantia de maior divulgação do ambiente universitário para o grupo minoritário, cabendo, inclusive, o investimento em cursos gratuitos com monitores que contribuíssem para um melhor aproveitamento do negro nos testes de aptidão.

Em contrapartida, as ações afirmativas fortes “involve more positive steps to eliminate past injustice, such as reverse discrimination, hiring candidates on the basis of race and gender in order to reach equal or nearly equal results, and proportionate representation in each area of society”<sup>27</sup>. Segundo Nagel, “strong affirmative action is justifiable in limited application when it is relied upon as a means of remedying an historical injustice that has yielded a serious social evil (e.g., the on average lower socio-economic status of African-Americans)”<sup>28</sup>. Nesse sentido, tal política defende que a distribuição de vagas específicas para determinados grupos deve ser considerado com o intuito de aumentar a presença desses nas universidades e mercados de trabalho. Nessa lógica, por vezes pode ocorrer de ser escolhido um candidato menos qualificado em detrimento de um mais qualificado, sem que isso seja considerado uma injustiça.

As ações afirmativas fortes podem ser de duas naturezas: *i.* sistema de cotas ou *ii.* sistema de bônus, também chamado de políticas flexíveis sensíveis à raça ou *goals*. As cotas (*i.*) estabelecem uma exigência numérica para admissão em empregos ou promoções. Em outras palavras, é a destinação de certo percentual de vagas para determinado grupo desfavorecido<sup>29</sup>. Essa exigência numérica consiste em um percentual a ser ocupado numa instituição de ensino. Há, ainda, taxas e metas estatísticas que são responsáveis por medir e alcançar o progresso relativo à presença desses grupos nas instituições de ensino. Segundo Gomes, “as cotas são a modalidade mais extrema de ação afirmativa. São, por essência, por natureza, algo bastante heterodoxo, pois fogem ao esquema normal de observância do princípio da igualdade”<sup>30</sup>. Em geral, as cotas são mais fortes que outros tipos de ação afirmativa, pois representam um valor numérico a

<sup>27</sup> POJMAN, 1977, p. 420.

<sup>28</sup> NAGEL, *In Defence of Strong Affirmative Action*, p.08.

<sup>29</sup> A exemplo disso, “uma quota poderia ser imposta em um clube campestre se lhe fosse dito para admitir cinco membros de um grupo minoritário específico em um ano” (RACHELS, 2014, p. 319).

<sup>30</sup> GOMES *apud* PAIM, 2003 p. 73. Segundo Gomes, “iniciar programas de ações afirmativas fazendo cotas não é a melhor maneira. Devem-se buscar maneiras mais sutis, mais inteligentes, como aquelas que envolvam a utilização pelo Estado dos trunfos institucionais que ele tem. Um deles é o poder, a bolsa, o orçamento. Se o Estado utiliza os mecanismos orçamentários para incentivar instituições públicas, e até mesmo instituições privadas, a tomarem iniciativas de integrar as pessoas marginalizadas, isso não é cota. E está atendido o objetivo” (*Idem, ibidem*). A exemplo disso, no caso Bakke, a Suprema Corte considerou válidas as ações afirmativas sensíveis à raça em detrimento das cotas raciais. Na análise do caso Bakke, a corte da Califórnia considerou esse sistema válido em detrimento da política de cotas. Confira os capítulos 14 e 15 da obra *Uma questão de Princípio* de Dworkin.

ser preenchido, independente do mérito do candidato. Todavia, em algumas situações ela perde o seu sentido forte, é o que Nagel afirma:

A quota may be a method of either weak or strong affirmative action, depending on the circumstances. It amounts to weak affirmative action – a safeguard against discrimination – if, and only if, there is independent evidence that average qualifications for the positions being filled are no lower in the group to which a minimum quota is being assigned than in the applicant group as a whole. This can be presumed true of unskilled jobs that most people can do, but it becomes less likely, and harder to establish, the greater the skill and education required for the position. At these levels, a quota proportional to population, or even to representation of the group in the applicant pool, is almost certain to amount to strong affirmative action<sup>31</sup>.

Por outro lado, as políticas sensíveis racialmente (*ii.*), “apenas consideram a raça como um fator na tomada de decisão. Nenhuma quota é imposta”<sup>32</sup>. Nesse caso, não há garantia de vagas, apenas é adicionado, nos processos de seleção, uma pontuação à nota do candidato pertencente a esse grupo pré-definido, o que lhe garante uma vantagem em relação aos demais. Segundo MacKinnon,

Goals are usually thought of as ideals to be sought but which we are not absolutely required to reach. Goals can be formulated in terms of percentages or numbers. As of now, federal contractors and all institution with fifty or more employees and that receive federal funds of \$50,000 or more must adopt affirmative action plans<sup>33</sup>.

No âmbito educacional, cabe à universidade a escolha do plano de ação afirmativa que pretende seguir para alcançar seus objetivos sociais. Essas políticas sensíveis à raça geralmente englobam vários elementos no processo de admissão e mesmo sendo consideradas mais flexíveis que o sistema de cotas, podem ser mais ríspidas, quando, por exemplo, a nota de corte para o ingresso via ação afirmativa é tão alta que acaba desfavorecendo o candidato à vaga. Dentro desse sistema de “bônus” vários fatores podem ser utilizados em sua aplicação como, por exemplo, as notas no teste de aptidão; análise do currículo escolar; entrevista, condições econômico-sociais precárias; ser pertencente a um grupo étnico vulnerável<sup>34</sup>; pertencer a um gênero vulnerável; ser um

<sup>31</sup> NAGEL, *A Defense of Affirmative Action*, p. 05.

<sup>32</sup> GOMES *apud* PAIM, 2003 p. 73.

<sup>33</sup> MACKINNON, 1995, p. 244.

<sup>34</sup> Considerando que nem todas as “minorias” são numericamente inferiores ao grupo que, teoricamente, não sofre injustiça é comumente adotado o termo vulneráveis. Podemos citar como exemplo, o caso da Nigéria em que as ações afirmativas são para um grupo étnico, chamado de minoria, que não representa

ex - combatente de guerra; ter familiares que estudaram na mesma universidade pretendida, entre outros.

Nas ações afirmativas fortes escolares o teste de aptidão não é considerado isoladamente, mas como um dos fatores a serem considerados. Assim, ele tende a ser secundarizado. Dworkin, por sua vez, atribui um sentido utilitarista para os testes, afirmando que: “os padrões intelectuais [dos testes de aptidão] se justificam não porque premiam os mais inteligentes, mas porque parecem servir a uma política social útil (...) preferem os candidatos mais esforçados aos que são mais brilhantes, mas também mais preguiçosos”<sup>35</sup>. Muitas das críticas em relação às ações afirmativas fortes surgem devido a essa secundarização dos testes de aptidão, que deveriam ser a representação do mérito, mas acabam enfraquecidos em prol de grupos. Como diz Goés:

O sistema do mérito é denunciado como injusto e fundado em preconceitos. Alguém diz a tolice, imediatamente centenas de outros a repetem e poucos se perguntam que preconceito existe na exigência de um certo conteúdo de matemática, biologia, português, etc<sup>36</sup>.

Outro ponto considerado nesse processo de seleção é a entrevista que objetiva avaliar tanto as aptidões do candidato (como ter mãos ágeis para ser um bom pianista), como a relação deste com a missão da universidade. Tendo em vista que é legítimo que a universidade escolha a sua própria missão, haverá candidatos que estarão mais ou menos harmonizados com os critérios requeridos. Outro critério que também é utilizado nesse sistema de bônus é o fator econômico-social, ou seja, possuir baixa-renda *per capita*. Porém, como veremos no quarto capítulo, apenas os mais afortunados dentro do grupo étnico conseguem, em geral, entrar na universidade via ações afirmativas. Não obstante, de todos esses critérios utilizados para compor o sistema de bônus, o mais polêmico é o critério étnico-racial, o qual considera que há preconceito racial de origem fenotípica<sup>37</sup>, gerando problemas de autoestima que devem ser combatidos.

---

numericamente uma minoria no país. Haja vista que no país “there is no majority group”. (SOWELL, 2004, p. 96). Confira o texto *Ethnicity, Political Leadership and the Search for a Stable Nigerian Society* (1992) de Olatunde Bayo Lawuyi. Como optamos por sermos fieis aos termos de Sowell e Dworkin, utilizaremos, ao longo do texto, somente o termo “minorias” ao invés de “grupos vulneráveis”.

<sup>35</sup> DWORKIN, 2002, p. 347.

<sup>36</sup> GOÉS, Apresentação da versão brasileira da obra *Affirmative Action around the world*, p. XVI.

<sup>37</sup> A origem fenotípica corresponde às características físicas do indivíduo. Por sua vez, a origem genotípica é a constituição dos genes do indivíduo que aliado às influências ambientais formarão o seu fenótipo. O fato de ser geneticamente pertencente ao grupo não garante ao indivíduo ser fisicamente pertencente ao mesmo.

### 1.3. Conceito de raça

De acordo com o geneticista Jonh Craig Venter: “a raça é um conceito social, não científico; todos evoluímos nos últimos 100 mil anos a partir do mesmo grupo reduzido de tribos que emigraram da África e colonizaram o mundo”<sup>38</sup>. O termo raça, ao longo da história, foi utilizado com fins descritivos associados a “tipo”, “linhagem” e “ancestralidade”, estando seu termo amparado em características físicas e hereditárias. Entretanto, atualmente tal termo está em desuso, pois não se considera mais que haja uma raça com características físicas totalmente “puras”. Nesse sentido, adota-se o termo etnia que além de considerar as características físicas, considera elementos culturais, religiosos, bem como outros critérios de identificação de um determinado grupo. Etimologicamente, etnia designa “gentio”, que por sua vez, é oriundo da qualificação grega *ethnikos*. Esse epíteto é decorrente do substantivo *ethnos*, que quer dizer nação estrangeira ou gente, significando a construção da identidade, ou seja, parentesco, nação, religião, território comum, aparência ou linguagem. Todavia, com o objetivo de sermos o mais fiel possível ao pensamento dos autores aqui tratados, iremos nos valer da palavra raça<sup>39</sup>.

É fato que as características físicas dos indivíduos variam de acordo com a região de origem, mas não refletem as variações genômicas generalizadas dos grupos. Nesse sentido, o termo etnia, que é mais amplo, representa uma maior fidelidade da construção social, política, cultural e social e não uma identidade biológica. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas pequenas diferenças genéticas. Em geral, os antropólogos e geneticistas humanos acreditam que, do ponto de vista biológico, raças humanas não existem. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um grupo de pouquíssimos genes, por exemplo, as diferenças entre um negro africano e um branco nórdico compreendem apenas 0,005% do genoma humano, o qual é composto por aproximadamente 25 mil genes<sup>40</sup>. Segundo Magnoli, na obra *Uma gota de sangue*, a genética provou que as diferenças entre as raças humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração

---

<sup>38</sup> VENTER, *Existem as raças humanas?*, p.01.

<sup>39</sup> Outra discussão acerca do critério racial para as ações afirmativas é o fato dela ser considerada enquanto genótipo ou fenótipo. No Brasil, apenas para citar, o Estatuto da Igualdade Racial reza no artigo 1º, inciso IV, que negros são “pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto definição análoga” (BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2010. p. 1051.).

<sup>40</sup> Cf. Magnoli (2009), *Uma gota de sangue*.

insignificante de carga genética humana. A cor da pele, por exemplo, seria uma mera adaptação evolutiva a diferentes níveis de variação ultravioleta, expressa em menos de dez dos 25 mil genes do genoma humano, o que enfraquece qualquer argumentação racial que autorizasse o racismo científico<sup>41</sup>.

Numa audiência pública ocorrida em 4 de março de 2010, no Supremo Tribunal Federal, o geneticista Sérgio Pena afirmou que “do ponto de vista científico, raças humanas não existem e que não é apropriado falar de raça e, sim, de características de pigmentação da pele<sup>42</sup>”. Nesse sentido, “a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional [logo] argumentos usados pelos racistas não têm nenhuma credibilidade científica”<sup>43</sup>. Por sua vez, a raça é a reivindicação do pertencimento em um determinado grupo, um gueto, com base na ancestralidade.

O fato de o sujeito ter sempre que pertencer a uma determinada raça é uma negação da modernidade, pois “os cidadãos são iguais perante a lei e têm o direito de inventar o seu próprio futuro, à revelia de origens familiares ou relações de sangue”<sup>44</sup>. Partindo desse problema, o biólogo Mia Couto, questiona “por que razão os africanos pretos não se podem converter numa outra ‘coisa’? Se existem brancos que são africanos, se existem negros que são americanos, por que os pretos africanos não podem ser europeus?<sup>45</sup>” Por que a raça precisa ser algo estanque que não evolui com as mudanças sociais? Através dessas indagações percebe-se o quão problemático é a tentativa de garantir uma precisão racial e étnica na sociedade pluralista atual.

Segundo Magnoli, os Estados Unidos adotou diversas leis antimiscigenação, inclusive proibindo às pessoas o casamento interracial<sup>46</sup>, como ocorria no Estado da

---

<sup>41</sup> Segundo Santos, “racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização bio-genética de fenômenos puramente sociais e culturais. É também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre outro, inspirado nas diferenças fenotípicas da nossa espécie. Ignorância e interesses combinados”. (SANTOS, *apud*, CRUZ, 2003, p. 149).

<sup>42</sup> BRASIL, 2010, p. 01.

<sup>43</sup> *Idem.*, *ibidem*. Ainda nessa mesma audiência a professora de antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Yvonne Maggie, afirmou acerca das questões envolvendo raça e sistema de cotas que os cidadãos “depois de divididos poderão lutar entre si por cotas e não pelos direitos universais, mas por migalhas que sobraram do banquete que continuará sendo servido à elite (...) as leis raciais não serão temporárias. Elas virão para ficar e irão se espalhar como erva-daninha, entre todas as instituições, na mente e no coração dos brasileiros, transformando-os em cidadãos diversos e legalmente definidos pela cor de sua pele”. (BRASIL, 2010, p. 01).

<sup>44</sup> MAGNOLI, 2009, p. 15.

<sup>45</sup> COUTO, 2005, p.91.

<sup>46</sup> Um famoso caso jurídico envolvendo a proibição do casamento inter-racial foi *Loving versus Virginia* 388 U.S. 1 (1967), no qual a negra Mildred Jeter casou-se com o branco Richard Loving. Eles eram da Virginia, lugar que proibia o casamento inter-racial, e optaram por casar no Distrito de Columbia (onde esse tipo de casamento era permitido), mas logo retornaram para o estado natal. Lá foram processados e

Virginia. Outras leis já existiam antes dessa como as cotas para a entrada de europeus do sul e do leste e a proibição da entrada de asiáticos. Além disso, muitas das leis antimiscigenação se valiam de frações para estipular o quanto de mistura no sangue colocava alguém fora da raça branca. Em alguns estados o limite era de 1/16 de “sangue negro”, enquanto em outros estados era 1/32. Devido a essas dificuldades, adotou-se a regra de uma gota de sangue (*one drop rule*), ou seja, bastava uma gota de sangue negro para que o indivíduo não fosse mais considerado branco. Nos estados do sul e sudeste, as leis segregacionistas, além de abranger o casamento, abrangiam as relações sexuais, os transportes públicos, banheiros, escolas, hospitais, restaurantes, teatros, reformatórios e bibliotecas. Para esse controle, as certidões de nascimento vinham escritas: brancos ou *colored* (não brancos) de acordo com a raça do sujeito. Segundo Magnoli, na Carolina do Norte, uma lei proibia o intercâmbio de livros escolares de branco para não branco e, nas situações em que houvesse o empréstimo para uma pessoa não branca, esse livro seria de uso exclusivo desse. Tais medidas demonstram as dificuldades dos norte-americanos para lidarem com as diferenças raciais. Apesar dos estudos genéticos revelarem que as diferenças são mínimas, ainda assim, os grupos mantêm essa rivalidade.

#### **1.4. Casos da literatura jurídica norte-americana**

A evolução do direito das minorias raciais nos Estados Unidos pode ser percebida desde a segregação até a adoção das ações afirmativas, através de emblemáticos casos jurídicos. Com o objetivo de demonstrarmos a evolução dessas causas de pedir analisaremos desde o caso, *Plessy versus Ferguson*, responsável por iniciar o período segregacionista, passando por *Brown versus Board of Education*, no qual, há o uso das medidas estruturantes (*structural reform*), até a decisão do caso *Bakke*, que em parte favoreceu as ações afirmativas. Através desses casos jurídicos é possível perceber o quanto os direitos foram se modificando em curto espaço de tempo. Por se tratar de um estudo jurídico norte americano, é imprescindível ressaltar que a

---

sentenciados a um ano de prisão ou a transferência do casal para outro Estado por um mínimo de 25 anos. Segundo o juiz que deu a sentença: “Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix”. (U. S. 3, p. 388). Mais tarde, quando o caso chegou à Suprema Corte, a restrição do casamento foi declarado inconstitucional, assim como todas as medidas que restringiam os direitos dos cidadãos tendo em vista a raça dos indivíduos. Para saber mais desse caso, acesse: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>.

principal fonte do direito em questão é o *Common Law*<sup>47</sup>, ou seja, o direito parte dos precedentes para nortear as decisões jurídicas.

A primeira decisão marcante para a luta pelos direitos civis foi o caso *Plessy versus Ferguson* de 1896<sup>48</sup>, que questionava as leis segregacionistas da época. Ocorre que, na Louisiana, uma lei segregacionista estipulava que haveria vagões separados para brancos e negros (*colored*) nos trens. Homer Plessy, um jovem que tinha um oitavo de ancestralidade negra e morava em New Orleans comprou uma passagem para o vagão de brancos e ao embarcar avisou a um funcionário a sua condição. Após o aviso, ele foi convidado a se retirar do vagão e, como não aceitou mudar-se para aquele reservado para não brancos, acabou sendo preso e processado. Durante o julgamento, com a diferença de apenas um voto contrário determinou-se que a reserva de acomodações no transporte ferroviário seriam “separadas, mas iguais”, ou seja, os negros deveriam utilizar apenas, os vagões que lhe forem destinados, sob a pena de serem expulsos do mesmo pela força policial, além de multa e prisão. Da mesma forma, os brancos não poderiam utilizar os vagões destinados aos não brancos. Plessy, então, deu início a uma demanda judicial afirmando que a legislação estadual violava a décima terceira e décima quarta emenda constitucional<sup>49</sup>. Todavia, esses argumentos foram rejeitados tanto pela instância estadual, quanto pela Suprema Corte Norte-Americana, considerando que a décima terceira emenda apenas proibia a reinserção da escravidão, e a décima quarta não seria aplicável ao caso, pois a separação de raça não sugeria que uma era superior à outra. Dessa forma, a suprema corte concluiu que não havia

---

<sup>47</sup> Acerca do *common law*: “o termo designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. Da maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através do processo legislativo”. (DWORKIN, 2002, p. 37. [N.T.]).

<sup>48</sup> Confira: *Plessy versus Ferguson* (1896) em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Porém, essa não foi a primeira decisão tendo em vista a doutrina “separate, but equal”, mas a responsável pela sua consolidação. A primeira foi o caso *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. Link disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. E, depois, *Pace versus Alabama* em 1883. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>.

<sup>49</sup> De acordo com a XIII Emenda, de 1865: “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction. Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”. (Constitution of the United State. Disponível em: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html)). Segundo a XIV Emenda: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. (*Idem., Ibidem.*).

inconstitucionalidade nesse tipo de determinação desde que a companhia ferroviária disponibilizasse acomodações iguais para todos. No voto contrário à sentença, o juiz John Marshall Harlan, que era um ex-proprietário de escravos que havia se tornado contrário à escravidão tendo em vista o horror do *Ku Klux Klan*<sup>50</sup>, afirmou: “our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”<sup>51</sup>.

As leis segregacionistas continuaram sendo aplicadas até o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*<sup>52</sup>, quando a doutrina do “separados, mas iguais” foi vigorosamente mitigada. Foi no ano de 1954 que Brown deu início a uma ação coletiva de pais de alunos negros contra a segregação nas escolas de Topeka, no Kansas. Apesar de Brown ter perdido na instância estadual, na Suprema Corte seu caso foi julgado procedente. De acordo com o ministro Warren<sup>53</sup> a segregação racial ocasionava a inferioridade intelectual dos negros<sup>54</sup>. Com isso, a Corte considerou que as escolas para negros eram inferiores às escolas para brancos e dessa forma, decidiram que a segregação originada no precedente *Plessy versus Ferguson* não se aplicava às crianças da escola pública, tendo em vista que as escolas para negros e para brancos eram de qualidade totalmente distintas. A primeira era extremamente pior em relação à segunda, o que contrariava a Décima Quarta Emenda Norte-americana de proteção igual às crianças negras no ensino público. Entretanto, esse caso não foi suficiente para acabar com o *separate but equal*, antes de seu fim ocorreram ainda os casos *NAACP versus Alabama* em 1958<sup>55</sup>, *Boynton versus Virginia* em 1960<sup>56</sup> e *Loving versus Virginia*<sup>57</sup>, em 1967, esse último o responsável pelo fim desse modelo de política pública.

Quatro anos antes do caso *Brown versus Board*, citado acima, ocorreu o caso *Sweatt versus Painter*<sup>58</sup> no qual, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual texana que proibia o ingresso de negros na Universidade do Texas, que por

<sup>50</sup> Organização racista originada em 1865 que pregava a supremacia racial branca.

<sup>51</sup> HARLAN, 1896, p. 559. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>.

<sup>52</sup> Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

<sup>53</sup> É curioso o fato de que, apesar do ministro Earl Warren ter se pronunciado contrário à segregação racial, o mesmo durante a segunda guerra mundial, quando era governador da Califórnia, defendeu a exclusão dos descendentes de japoneses na região. Confira: Demétrio Magnoli, (2009). Uma gota de sangue.

<sup>54</sup> Apesar de outro ministro ter afirmado que: “leis que permitem, e até exigem a separação [das raças], em lugares onde houver possibilidade de elas entrarem em contato, não implicam necessariamente a inferioridade de uma sobre a outra e têm sido geralmente, se não universalmente, reconhecidas como na esfera da competência legislativa dos Estados, no exercício de seu poder de polícia” (BROWN *apud* MENEZES, 2001, p.76).

<sup>55</sup> Confira em: <http://naacpvalabamaat50.org/>.

<sup>56</sup> Confira em: <http://supreme-court-cases.insidegov.com/>.

<sup>57</sup> Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>.

<sup>58</sup> Para saber mais sobre o processo *Sweatt versus Painter*, confira: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>.

sua vez era mantida com verba pública. Nesse caso específico, a Suprema Corte afastou a aplicação do “separados, mas iguais”, julgando que a lei texana violava o princípio da igualdade da Décima Quarta emenda à Constituição Americana. No julgamento, concluiu-se que, Sweatt não estava obrigado a aceitar a vaga na Faculdade de Direito para negros que possuíam condições de ensino inferiores às da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. A decisão assegurou ao estudante negro Sweatt ingressar nessa Faculdade, que previamente lhe negara admissão motivada, exclusivamente, em critérios raciais<sup>59</sup>. O caso Brown, apesar de não ter marcado o fim da doutrina do “*separate, but equal*”, foi responsável por deflagrar a luta pelos direitos civis<sup>60</sup>.

Após o fim das leis segregacionistas, que mantinham a hierarquia entre indivíduos e grupos pautada nas características individuais, cria-se um dispositivo jurídico que busca afirmativamente equalizar as desigualdades entre os grupos. Assim, a discriminação deixou de ser por meio das leis segregacionistas, para tornar-se a discriminações inversas. Era o início da adoção das ações afirmativas, que visava à reparação dos efeitos da discriminação de outrora. É a partir da definição do grupo que fora vitimados no passado que se deu o conteúdo da igualdade para fins de igual proteção (*equal protection*). Segundo Magnoli, quando as ações afirmativas foram implantadas no início da década de 70, durante o governo de Nixon, não houve a preocupação na definição do que seria raça, haja vista que essa determinação já havia sido feita durante as leis segregacionistas por intermédio da regra da gota de sangue.

---

<sup>59</sup> Analisaremos com mais cuidado esse caso no próximo capítulo quando nos valeremos da análise de Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sérios*.

<sup>60</sup> A luta pelos direitos civis teve seu sentido político enfatizado no discurso do líder e pastor do Alabama, Martin Luther King. Ao tratar da segregação da época, Magnoli afirma que “a discriminação racial ‘exilava’ os negros, convertendo-os em estrangeiros. A conquista dos direitos civis significava um retorno do ‘exílio’, a volta dos negros à ‘sua própria terra’. Contra uma tradição pontuada por líderes negros que olhavam o mundo pelas lentes da raça, Luther King estava dizendo que os negros americanos eram, antes de tudo, americanos”. (MAGNOLI, 2009, p 124). Segundo Martin Luther King, “one day right there in Alabama little black boys and black girls will be able to join hands with little white boys and white girls as sisters and brothers”. (LUTHER KING JR. Martin. “I have a dream”. Disponível em: <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihaveadream.htm>>). A luta de Luther King era pela recuperação da promessa inicial sob a qual surgiu os Estados Unidos, isto é, de uma verdadeira igualdade. Para Magnoli, as ações afirmativas como foram aplicadas a partir da década de 70 nos Estados Unidos em nada se aparenta com a luta pelos direitos civis de Luther King, pelo contrário, representa “uma ruptura fundamental com o núcleo de visão de Luther King”, que era a defesa da igualdade perante o caráter do sujeito. É possível encontrar nas obras de Luther King, defesas claras da crença no caráter do sujeito, bem como uma defesa da igualdade de oportunidades, tais como encontramos na obra: *Why We Can't Wait*. Em sua penúltima obra, *Where do We go from Here* Luther King registrou que havia em números totais duas vezes mais brancos pobres que negros pobre, defendendo assim, que ao invés da excessiva assimilação entre discriminação racial e pobreza, era mais interessante abordar somente a pobreza que atinge negros e brancos.

Todavia, com as ações afirmativas, vários casos acerca do princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda foram questionados.

O caso *DeFunis versus Odegaard*<sup>61</sup> de 1974 foi um dos primeiros casos contrários às ações afirmativas e consistia na alegação de que o programa de ações afirmativas da Faculdade de Direito da Universidade de Washington violava a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana<sup>62</sup>. Posteriormente, surgiu o caso *University of California versus Bakke*<sup>63</sup> em 1978, que foi um dos casos mais famosos da literatura jurídica norte-americana. Nesse caso a Suprema Corte Americana vedou o emprego de cotas, ou números fixos de vagas a serem preenchidas por membros do grupo discriminado afirmativamente, porém consideraram válido a adoção de políticas sensíveis à raça que envolvessem outros critérios além da raça<sup>64</sup>. Após o julgamento do caso *Bakke*, outros casos similares nortearam o cenário jurídico norte americano. Como os casos *AFL-CIO versus Weber*<sup>65</sup>, também analisado por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*, o caso *Fullilove versus Klutznick*<sup>66</sup>, que declarava ser inconstitucional uma lei que destinava 10% do orçamento de obras públicas para empresas que tinham como donos pessoas pertencentes às minorias. Ocorreu ainda o caso *Wygant versus Jackson Board of Education*<sup>67</sup>, de 1986, que apelava contra uma política que determinava que, nos institutos educacionais, em caso de demissões, deveria ser demitido em primeiro lugar um professor branco. E, por fim, em 1995, tendo em vista o precedente do caso: *Adarand Constructors versus Peña*<sup>68</sup>, o veredito determinou que todas as políticas federais que tivessem como embasamento a classificação racial deveriam passar pela análise de um tribunal revisor de estrito escrutínio.

A metodologia de julgamento americana de escrutínio (*Scrutiny*) avalia se uma dada legislação fere ou não a cláusula de *equal protection*, ou seja, adota-se um controle de constitucionalidade para aferir valor à natureza do bem ferido, bem como à classificação do indivíduo ou grupo. São três os níveis de análise: *i. Rational basis teste*; *ii. Intermediate Scrutiny*; e *iii. Strict Scrutiny*. Na *Rational basis teste (i.)*, é

<sup>61</sup> Para saber mais sobre a decisão do caso *DeFunis* confira: *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

<sup>62</sup> No próximo capítulo abordaremos esse caso mais detalhadamente.

<sup>63</sup> Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>64</sup> No próximo capítulo estudaremos o caso *Bakke* a partir da análise dworkiniana.

<sup>65</sup> Confira o caso *AFL-CIO versus Weber*.

<sup>66</sup> Confira o caso *Fullilove versus Klutznick* 448 U.S. 448 (1980).

<sup>67</sup> Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>.

<sup>68</sup> Confira em: < <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>>.

analisado se os bens utilizados são ou não fundamentais bem como se a classificação é ou não suspeita. Para que a lei passe no teste de constitucionalidade basta que o judiciário perceba que o legislador pretendia um fim legítimo ao legislar o dispositivo, tendo agido de modo racional. Dessa forma, exige apenas a demonstração da racionalidade da medida discriminatória para aceitá-la como válida. A segunda análise (ii.) refere-se às situações em que tanto a finalidade como os meios devem ser relevantes, haja vista o quão fundamental deve ser o valor do bem jurídico. Em outras palavras, os bens devem ser importantes e exige-se a comprovação de que a política possui um interesse governamental significativo. E, por fim, o último nível (iii.) é a análise rigorosa, os bens precisam ser absolutamente necessários, assim, exige-se que a medida empregue métodos estritamente adequados para a aplicação do interesse governamental, requerendo que os meios sejam absolutamente necessários e a finalidade importante o suficiente<sup>69</sup>.

Há uma dificuldade enorme em equalizar os elementos que envolvem a relação ação afirmativa e o critério raça ou etnia. Basta observar que, mais recentemente, o processo contrário vem acontecendo e casos vêm gerando precedentes que excluem as ações afirmativas em alguns Estados Norte-Americanos. É o exemplo do caso *Hopwood versus University of Texas law School*<sup>70</sup>, no qual a sentença suspendeu o uso de ações afirmativas para a admissão na Universidade do Texas, interrompendo inclusive o precedente do caso *Bakke* que configurava como a exclusão das cotas, mas não das ações afirmativas com a raça sendo apenas um dos fatores dentre outros. Em 1997, o estado da Califórnia aprovou a Proposição 209, segundo a qual: “The state shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting”<sup>71</sup>, que deu fim à política de preferências no estado. Em 1998 lei similar foi adotada no Estado de Washington, a

---

<sup>69</sup> Segundo Fernanda Silva: “A Suprema Corte condiciona o tipo de scrutiny a ser exigido em função da classe considerada e do interesse público considerado. Isto significa que se um determinado grupo de pessoas (como por exemplo, gays, aposentados, crianças minorias étnicas, mulheres, idosos, economicamente hipossuficientes, consumidores, trabalhadores, religiosos, etc...) foi reconhecido pela Corte como classe suspeita (suspect class), o grau de proteção que a constituição outorgará a seus direitos em face da *equal protection* será bem mais externo e contundente”. (SILVA, 2002, p. 177).

<sup>70</sup> Confira: Cheryl J. *hopwood versus State of Texas*, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932. Disponível em: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>. Veremos esse caso através da análise de Sandel no terceiro capítulo.

<sup>71</sup> Proposição 209, artigo 31 da Constituição da Califórnia. Disponível e, <<http://vote96.sos.ca.gov/Vote96/html/BP/209text.htm>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

chamada iniciativa 200. Outro caso também polêmico foi *Parents versus Seattle*<sup>72</sup>, em 2007, quando a sentença proibiu a adoção de critérios raciais em seleções afirmando que,

Ações governamentais que dividem o povo por meio da raça são essencialmente suspeitas, pois tais classificações promovem noções de inferioridade racial e conduzem a políticas de hostilidade racial; reforçam a crença, sustentada por tantos durante tanto tempo de nossa história, de que os indivíduos avaliados pela cor de sua pele; endossam argumentações baseadas na raça e a concepção de uma nação dividida em blocos raciais, contribuindo desse modo para uma escalada de hostilidade racial e conflito<sup>73</sup>.

A utilização de critério racial para estabelecer tratamento desigual numa população miscigenada é de aplicação difícil, haja vista a falta de parâmetros cientificamente seguros na identificação dos destinatários dessa diferenciação. Por conta da dificuldade da classificação dos seres humanos em raças, na maioria dos vestibulares é solicitada a autodeclaração para inscrição nas cotas raciais e como a autodeclaração nem sempre é exata, criaram-se mecanismos de fiscalização. Diante de todo esse itinerário da política de ações afirmativas nos Estados Unidos, questionamos se elas são ou não políticas justas e legítimas. Tentaremos responder a essa pergunta nos próximos capítulos.

---

<sup>72</sup> *Parents Involved in Community Schools versus Seattle School Dist. No. 1* 551 U.S. 701 (2007).

<sup>73</sup> Supreme Court of United States, *apud*, Magnoli, 2009, p. 135.

## 2. RONALD DWORKIN E O PROBLEMA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Nesse capítulo, abordaremos o problema das ações afirmativas a partir do pensamento de Ronald Dworkin. Mas, antes de adentrarmos propriamente na sua posição, é importante que determinemos as bases de seu pensamento, em especial as implicações do tipo de liberalismo igualitário assumido e, *mumtatis mutandis*, de seu conceito de *policies*. Para isso, num primeiro momento (2.1.) introduziremos a filosofia do direito de Dworkin, estabelecendo a diferença entre regras, princípios e *policies*. Como veremos adiante, esta distinção tem consequência importante no desdobramento de sua teoria. No segundo momento (2.2), discutiremos a proposta igualitária de Dworkin, bem como o alcance e os resultados para a justiça social do ponto de vista da política. Para a compreensão de sua teoria, a proposta será apresentada em dois momentos: primeiro, através da teoria do leilão igualitário (2.2.1) e, segundo, na situação pós-leilão (2.2.2). Ao final, nos dois últimos subcapítulos (2.3) e (2.4), averiguaremos três casos jurídicos – Sweatt *versus* Painter, DeFunis *versus* Odegaard e University of California *versus* Bakke – envolvendo ações afirmativas, os quais são utilizados por Dworkin para sustentar o seu argumento favorável às ações afirmativas.

### 2.1. A filosofia do direito de Dworkin.

O pensamento de Dworkin foi fortemente influenciado pelas teses antiutilitaristas de Rawls presentes no escrito *Two Concepts of Rules* (1955) e na obra *A Theory of Justice* (1971), pela aproximação entre direito e moral da obra *The morality of Law* (1964) de Lon Fuller, além da distinção de regras e princípios de Roscoe Pound e de John Dickinson presente, respectivamente, nas obras *The Case for the Law* e *The Law Behind the Law* (1929). Entretanto, nenhum autor exerceu tanta influência sobre Dworkin quanto seu professor H. Hart. As teses jurídicas hartianas e seu positivismo mais sofisticado em relação à matriz kelseniana<sup>74</sup> foram fortemente criticados por

---

<sup>74</sup>A teoria de Hans Kelsen baseia-se no pressuposto de que o direito decorre do positivismo da ciência, de tal forma que os valores não podem ser objetivos do direito, pois estão além do método científico-racional que deve nortear a ciência jurídica. Para ele, “quando a si própria se designa como “pura” teoria do

Ronald Dworkin no chamado “ataque ao positivismo”. Esta hermenêutica jurídica pode ser encontrada nos primeiros escritos de Dworkin acerca do pensamento crítico jurídico que se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico, *grosso modo*, doutrina jurídica que busca resgatar os valores morais e éticos para dentro da racionalidade do direito, publicados na obra intitulada *Taking Rights Seriously* (em português, *Levando os Direitos a Sério*), de 1977, composto de uma série de artigos publicados entre 1967 e 1977.

Entretanto, o recuo de Dworkin é ainda maior para a análise desta questão. Das teorias jurídicas até então existentes, ele encontra no século XIX, em John Austin, o precursor da popularização do chamado “positivismo jurídico”, dado ser ele o responsável por enunciar o primeiro princípio do positivismo, isto é, que o direito é um conjunto de regras selecionadas para reger a ordem pública. Na obra *The providence of jurisprudence determined* (1832), Austin apresenta o direito da comunidade como um conjunto de regras especiais que são utilizadas com o propósito de determinar qual comportamento deve ou não ser punido ou coagido pelo Estado. Dentre esse conjunto de regras, há três classes principais: as regras jurídicas, as morais e as religiosas. Nesse sentido, as regras jurídicas são ordens passadas pelo soberano aos súditos<sup>75</sup>, sendo essa noção coercitiva “a chave para a ciência do direito”<sup>76</sup>. Contudo, para Dworkin, esse pensamento, “belo em sua simplicidade”<sup>77</sup>, revela uma teoria extremante simplista e facilmente refutável.

Por outro lado, o positivismo de Hart se mostra bem mais complexo. Hart amplia a observação para além da separação entre direito e moral, operando um tipo de arqueologia das normas pertencentes ao conjunto normativo de uma sociedade para dizer o que é e o que não é regra. Na obra *The Concept of Law* de 1961, Hart apresenta sua teoria jurídica como um conjunto de normas primárias e normas secundárias, no qual as regras primárias são aquelas que concedem direitos ou obrigações aos membros

---

Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 1997, p.01).

<sup>75</sup>Dworkin, ao analisar a teoria de Austin, afirma que: “segundo Austin, o soberano confere aos encarregados de fazer cumprir as leis (os juízes) poder discricionário para criar novas ordens, sempre que casos inéditos ou problemáticos se apresentarem. Os juízes então criam novas regras ou adaptam as antigas e o soberano anula suas criações ou, ao não fazê-lo, as confirma tacitamente”. (DWORKIN, 2002, p.28).

<sup>76</sup> HART, 2012, p.106.

<sup>77</sup> DWORKIN, 2002, p.30.

de dada comunidade assumindo, assim, um caráter prescritivo impositivo<sup>78</sup>. As regras secundárias, por sua vez, são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou mesmo abolidas. São, por exemplo, as regras de como o congresso é composto, como promulgar leis, regras sobre como deve ser a execução de testamentos e constituição de contratos<sup>79</sup>. Nesse sentido, todas as normas obrigatórias que passam pelo crivo das regras secundárias tornam-se regras válidas.

De acordo com Dworkin, no julgamento de casos comuns – aqueles que se encontram prescritos nas regras – não há ocorrência de problemas quanto à sua resolução. Entretanto, são nos casos de difícil resolução (*hard cases*), aqueles que o direito positivado não encontra soluções pautadas nas regras, que o positivismo vem a falhar. Nesse sentido, são nos casos da ausência de uma regra positivada que o juiz deverá recorrer a algo externo a regra, ou seja, ao princípio<sup>80</sup>. Segundo Macedo Junior, Dworkin, assim como Joseph Raz<sup>81</sup> compreende o direito enquanto prática social normativa. Entretanto, diferente deste, aquele identifica que nessa prática social normativa a “intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa (e não meramente *autoritativa* – *authoritative*)<sup>82</sup>”. Nesse sentido, o jusfilósofo se mostra contrário a “um dos elementos centrais e distintivos do positivismo, a saber: a tese da separabilidade entre direito e moral<sup>83</sup>” contestando que o direito pode ser separado da moral, por isso a necessidade de recorrer aos princípios.

Para Dworkin, as regras são as normas jurídicas que detém o direito positivado, são escritas e impõem direitos e obrigações específicas. Dessa forma, sua aplicabilidade é uma questão de “tudo ou nada”, quer dizer, a regra ou é válida ou não é, ou ela se

---

<sup>78</sup> Hart afirma que as regras primárias ou de tipo básico são aquelas que: “prescrevem-se que os seres humanos façam ou omitam certas ações, o queiram ou não (...) referem-se a ações que implicam movimento ou mudança física”. (HART, 2012, p. 101).

<sup>79</sup> Segunda Hart, “regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que querem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir” (*Ibid.*, p. 106).

<sup>80</sup> De acordo com Macedo Junior, o “esquecimento” dos princípios por parte dos positivistas gera uma série de problemas, pois tal exclusão “é incompatível com a prática habitual dos tribunais e dos operadores do direito que recorrem diariamente ao discurso dos princípios (...) o funcionamento dos princípios seria um caso especialmente ilustrativo da natureza argumentativa e interpretativa do direito (...) os princípios revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica” (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 162).

<sup>81</sup> Raz reconhece que o direito requer uma legitimidade moral, porém, ao contrário do que pensa Dworkin, “considera que a natureza institucional do direito exige que este seja visto como um fenômeno social essencialmente referido à autoridade (*authoritative*)”. (*Ibid.*, p. 157).

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.157.

aplica ou não se aplica (lógica do “ou ... ou”). E, assim, por não haver um meio – termo, não se consegue medir ou supor graus de cumprimento, *i.e.*, a regra exige que o seu cumprimento seja pleno. Por exemplo, para a simples regra do não matar, não existe meio-termo, haja vista que “ou” o sujeito não pode matar “ou” o sujeito pode matar (e arca com as consequências jurídicas do seu ato). Não existe matar somente um pouco. Por outro lado, os princípios possuem outra operacionalidade lógica, tendo em vista que são padrões de moralidade que ultrapassam a seara do direito positivo. O recurso a ele se dá justamente nos casos em que a regra *per si* não é o suficiente para solucioná-los. Cabe, então, o recurso aos padrões morais e políticos presentes na sociedade para as decisões jurídicas. Por isso, diz-se que os princípios constituem normas morais que não firmam uma consequência jurídica precisa, o que não retira suas qualidades de serem expressões de consideração sobre justiça, equidade ou outras dimensões de natureza moral relevante<sup>84</sup>.

Os princípios não estabelecem pré-condições para a sua aplicação como ocorrem com as regras. E, na medida em que não são questões de tudo ou nada, seu cumprimento é questão de adequação e coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos como as regras, em contrapartida, eles possuem um peso moral na decisão jurídica e são tomados como pressupostos para uma interpretação adequada dessas regras. Nesse sentido, Dworkin se vale de dois exemplos para apresentar a aplicabilidade dos princípios em casos concretos. Quais sejam, os casos *Riggs contra Palmer* e *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc*<sup>85</sup>. Em *Riggs contra Palmer*<sup>86</sup>, um neto, Elmer Palmer, tendo conhecimento de ser o beneficiário de seu avô em um testamento planeja e executa a morte dele no ano de 1989. Ao analisar esse acontecimento, o tribunal de New York discute se Palmer terá ou não o direito de receber a sua herança que era assegurada pelo documento oficial. O caso não seria complicado se não fosse o fato de que não havia nenhuma regra anterior que orientasse esse tipo de situação. Assim, partindo da interpretação literal das leis que regiam os testamentos, o assassino teria direito à herança. Todavia, a corte nova-iorquina optou

---

<sup>84</sup> Acerca disso Dworkin diz: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado não porque vai promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (...) utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras” (DWORKIN, 2002, p. 36).

<sup>85</sup> Esses dois exemplos podem ser encontrados nas paginas 37 e 38 no da obra DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>86</sup> 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889) Confira em: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm).

por anular o direito de herança de Palmer recorrendo ao princípio de que ninguém pode beneficiar-se com a própria torpeza, e declarou:

Todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seus efeitos por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com a sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime<sup>87</sup>.

A outra exemplificação de Dworkin para demonstrar a necessidade de recorrer aos princípios nos casos difíceis é o *Henningsen versus Bloomfield Motors Inc.*<sup>88</sup>. Em 1960, Henningsen intencionava adquirir um carro e para isso necessitava assinar um contrato, no qual tomava conhecimento de que a responsabilidade do fabricante do veículo limitava-se “ao ‘conserto’ das partes defeituosas – essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades”<sup>89</sup>. Nessa medida, Henningsen aduz que o fabricante deveria ser responsabilizado também pelas despesas médicas das pessoas feridas em um acidente. Entretanto, ele não conseguiu encontrar nenhuma lei que impedisse o fabricante de incluir aquela cláusula no contrato. Dessa forma, utilizando-se de princípios, o tribunal de New Jersey concorda com as reivindicações de Henningsen afirmando que:

A liberdade de contratar não é uma doutrina imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne (...) em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros.<sup>90</sup>

Como é possível perceber nesses exemplos de Dworkin, as regras e os princípios são complementares dentro da esfera jurídica. Não que os princípios devam sempre ser lançados independentes das regras, mas que os dois caminham de mãos dadas dentro do sistema jurídico. Na medida em que conferem uma posição especial que fundamenta a interpretação adequada do direito, a convicção que é proporcionada pelos princípios vai além das regras do ordenamento jurídico. Há uma distinção categorial aqui, pois os

<sup>87</sup> Juiz Robert Earl, *apud*, DWORKIN, 2002, p. 37.

<sup>88</sup> 32N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960). Confirma em: <http://www.lex.uniba.it/ta/responsabilita%20del%20produttore%20henningsen%20v%20bloomfield%20motor%20Co.pdf>.

<sup>89</sup> DWORKIN, 2002, p. 38.

<sup>90</sup> The Supreme Court of New Jersey, *apud*, DWORKIN, 2002, p. 38.

princípios possuem uma dimensão de peso e importância diferente das regras e não deixam de ter também suas dificuldades. É o caso de “choque” entre princípios. O que fazer? No entender de Dworkin, quando os princípios se entrecruzam caberá ao juiz a escolha do princípio moralmente mais importante, restando a ele o uso da ponderação (*weighing*)<sup>91</sup>. Nota-se que há um sobrepeso à capacidade de resolução de conflitos para o juiz. E como Dworkin entende que sempre haverá uma resposta correta para todos os casos, não é difícil compreender por que a denominação que ele dá ao juiz é de Hércules<sup>92</sup>. Quer dizer, aquele que tem a tarefa hercúlea de resolver todos os desacordos, movendo-se entre as regras jurídicas e os princípios morais, que são as duas formas de raciocínio (*reasoning*) jurídico que irão compor a interpretação hermenêutica necessária para as decisões jurídicas.

Feita esta distinção entre regras e princípios, operamos agora em outro âmbito, a saber, o das *policies*. *Policies* são o que chamamos de políticas públicas<sup>93</sup>, responsáveis por envolver as metas políticas tendo como consequência uma finalidade coletiva, ou seja, um bem público. Em outras palavras, as políticas públicas podem ser identificadas como os objetivos políticos do governo, tais como: as políticas econômicas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário, de ações afirmativas entre outras.

As *policies*, possuem como especificidade “um telos: elas orientam, para um fim previamente estabelecido (...) é precisamente nesse sentido que elas diferem dos princípios (*principles*), os quais não têm um telos: eles são fios de condutores da deliberação”<sup>94</sup>. Neste cenário de políticas públicas, analisaremos a justificção das ações afirmativas por parte de Dworkin para, posteriormente, apontarmos para uma crítica a este modelo, reconhecendo a sua concepção, como algo injusto. Podemos dizer que a abordagem deste problema a partir de uma interpretação crítica de Dworkin não ganhou fôlego na academia brasileira. Nesse sentido, a vasta bibliografia sobre Dworkin

---

<sup>91</sup> Dworkin se vale de uma situação hipotética para explicar uma situação em que há necessidade de ponderação de princípios, “Suponhamos que um deputado ou senador vote contra o aborto com base na crença de que a vida humana é sagrada em todas as suas formas, mas que em seguida vote favoravelmente em uma lei que permite que os pais de bebês com malformação interrompam o tratamento médico que poderiam mantê-los vivos. O congressista em questão poderia alegar que percebe uma diferença entre os dois casos, mas o princípio de responsabilidade estritamente aplicado não lhe permitirá esses dois votos, a menos que ele possa incorporar essa diferença em alguma teoria política geral que ele professe com sinceridade”. (DWORKIN, 2002, p.137).

<sup>92</sup> Mais tarde, na obra *Law's Empire*, Dworkin expõe como o juiz Hércules irá lidar com o problema das ações afirmativas no caso Bakke. Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, capítulo: *The Constitution*.

<sup>93</sup> Ao tratar da política, Dworkin afirma que é “(...) a política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (*Ibidem.*, 2002, p. 36).

<sup>94</sup> FERRAZ, 2011, p. 150.

no Brasil tange apenas às distinções iniciais entre *rules* e *principles*, bem como o confronto Hart *versus* Dworkin. É justamente para evitar as simples reconstituições de seu pensamento que nos propomos oferecer um enfoque crítico ao seu modelo de ações afirmativas.

Mesmo sendo um conceito recorrente no pensamento dworkiniano, as *policies* só irão “tomar corpo” na década de 80 com a publicação de quatro ensaios denominados *What’s equality?* e, posteriormente, publicado no livro *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality* (em português, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*), de 2000. Nesta obra, o autor abordará as questões das ações afirmativas mediante a discussão de casos específicos que envolvem essa temática, aplicando a sua teoria da igualdade na elaboração de suas conclusões. Além disso, nela são fundamentados os principais pilares de sua filosofia política igualitária e ela mesma será o fio condutor da nossa crítica acerca das ações afirmativas tal como defendidas por Dworkin. Focarei nesse momento no modelo de justiça igualitária de Dworkin, com o intuito de apresentar a conexão dessa ideia com a prática da justiça social distributiva.

A ideia de justiça em Dworkin é pautada na esfera igualitária liberal, de tal forma que compreende a perspectiva de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, a questão em voga é “saber qual é a forma justa de responder à injustiça”<sup>95</sup>, ou seja, como evitar que a desigualdade extermine os valores sociais de “liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto respeito”<sup>96</sup> que devem sob a ótica da justiça igualitária ser distribuído a todos<sup>97</sup>. O modelo igualitário de Dworkin – ao contrário de Rawls que propõe a igualdade baseada na satisfação de necessidades básicas e bens primários<sup>98</sup> e

---

<sup>95</sup> RAWLS, 2000, p.245.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>97</sup> Álvaro de Vita na obra *A justiça igualitária e seus críticos*, explana acerca das injustiças de ordem social afirmando que, “para determinar que espécie de eventos se qualificam como “injustiças”, somos inevitavelmente levados a nos engajar em comparações contrafactuais entre o *status quo* e estruturas institucionais que são alternativas possíveis” (VITA, 2007, p. 220). Nesse sentido, Vita entende por injustiça as privações oriundas da desigualdade e pobreza que dispensamos aos outros.

<sup>98</sup> Responsável pela teoria política que mais influenciou o pensamento político de Dworkin, John Rawls é o precursor do modelo igualitário que oportuniza o acesso aos bens primários (*primary goods*), tais como liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento, entre outros, aliando direitos individuais à ideia de justiça social. Como um deontologista, Rawls não considera justo o modelo utilitarista embasado na concepção de Estado de bem-estar (*welfare state*). Sua teoria da justiça, denominada justiça como equidade (*justice as fairness*), busca desenvolver as bases para as instituições sociais e políticas através de princípios de justiça por todos acordados na chamada posição original (*original position*). Segundo Paul Smith, “a principal ideia da justiça como equidade é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são aqueles com os quais pessoas racionais devem concordar, visando a promover seus interesses, em uma posição inicial de igualdade.” (SMITH, 2009, p.209). A justiça como equidade tem como ponto inicial a parte ideal de sua teoria, no qual a sociedade seria um sistema de cooperação entre cidadãos

do modelo de Amartya Sen que requer igualdade de capacidades<sup>99</sup> – possui como alternativa a igualdade de recursos.

A justiça igualitária, para Dworkin, será garantida apenas na medida em que os recursos forem distribuídos de forma igual, sem que haja dependência de critérios subjetivos de bem-estar. Isso porque, para ele, essas teorias se referem às particularidades individuais que impossibilitam o seu êxito, tornando impossível imaginar quais critérios poderíamos adotar em relação ao que seria o ideal de bem-estar. Seguindo a mesma linha de argumentação de Dworkin, Guest questiona:

Se as pessoas devem ser tratadas como iguais, em que elas devem ser igualadas? Felicidade? Riqueza? Prazer? Sucesso em um campo escolhido? Beleza? Saúde? Sorte? O que elas querem? Lotes de terra? Cada uma dessas coisas suscita os seus próprios problemas (...). Um governo não pode dotar as pessoas de sucesso ou felicidade, mas pode fornecer, à guisa de distribuição de recursos, na forma de bens e serviços, os meios para essas coisas<sup>100</sup>.

---

livres e iguais. Nesse sentido, a justiça como equidade surge como uma concepção política que possui três aspectos: primeiro, justificar uma estrutura para as instituições básicas da sociedade a partir da qual os princípios de justiça serão aplicados; segundo, Rawls não pressupõe nenhuma doutrina filosófica, moral ou religiosa capaz de ferir a imparcialidade e independência da justiça; terceiro, as ideias fundamentais devem estar inseridas em uma sociedade democrática. Partindo desses três aspectos, Rawls propõe os princípios de justiça como equidade. De acordo com Rawls: “Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça”. (RAWLS, 2002, p. 14).

<sup>99</sup> A justiça distributiva de Amartya Sen pauta-se nas capacidades de funcionamento (*functionings*) do indivíduo, ou seja, mais do que propiciar bens básicos (riqueza e renda), o sujeito deve ter a capacidade (*capability*) necessária para alcançar o que é desejado. Segundo Sen, “A person’s capability to achieve functionings that he or she has reason to value provides a general approach to the evaluation of social arrangements, and this yields a particular way of viewing the assessment of equality and inequality.” (SEN, 1992, p.4.). Nesse sentido, a funcionalidade é a capacidade de “funcionamento”, isto é, estar adequadamente vestido, nutrido, conseguir ler e compreender um texto, estar livre de epidemias, sendo capaz de participar da vida em comunidade, bem como ter desenvolvido o sentimento de autoestima e reconhecimento. Por sua vez, a capacidade refere-se à habilidade do indivíduo de realizar atos que são importantes e valiosos para ele próprio, ou seja, ações que proporcionam o seu florescimento humano. Dessa maneira, as capacidades são combinações de estados físicos e mentais que uma pessoa é capaz de ser ou fazer, sendo “um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro”. (SEN, 2008, p. 80). Em outras palavras, as capacidades não são apenas oportunidades ou “funcionalidades valiosas, elas são as liberdades de usufruir as funcionalidades valiosas” (PUTNAM, 2008, p.85.) para o alcance de determinado projeto de vida. Sen critica a teoria de Dworkin afirmando ser ela insuficiente para lidar com o problema do igualitarismo no que concerne à igualdade de capacidades. Acerca disso, Sen afirma: “(...) a abordagem da capacidade difere claramente e de modo crucial das abordagens mais tradicionais da avaliação individual e social, baseada em variáveis tais como bens primários (como nos sistemas de avaliação rawlsianos), recursos (como na análise social de Dworkin), ou renda real (como nas análises que focalizam o PIB, PNB, vetores de bens nomeados)”(SEN, 2008, p. 81). Para Gargarella, a teoria de Sen “é algo posterior à igualdade de bens primários e de recursos, mas é anterior à utilização de bens”. (GARGARELLA, 2008, p. 72).

<sup>100</sup> GUEST, 2010, p.246.

Ademais, para que a igualdade de bem-estar prospere, seria necessário que toda a população informasse ao governo a sua condição, e este teria que considerar como importante o que cada pessoa traça para si como ideário de vida<sup>101</sup>. Por conseguinte, isso seria impossível, pois não haveria como o Estado chegar a um consenso acerca das políticas sociais adequadas para assegurar a igualdade de bem-estar a todos os indivíduos. Segundo Dworkin:

Suponhamos, por exemplo, que um homem razoavelmente abastado tenha alguns filhos, um dos quais é cego, outro é um *playboy* com preferências dispendiosas, um terceiro tem pretensões políticas com aspirações dispendiosas, outro é um poeta com necessidades humildes, outro é um escultor que trabalha com material caro etc. Como ele deve elaborar seu testamento?<sup>102</sup>

De acordo com a teoria igualitária de justiça de Dworkin, no contexto de um Estado democrático de Direito, a igualdade deve sempre prevalecer em relação à liberdade, uma vez que é a virtude cardinal presente na comunidade política. Dada sua importância, a igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros. Dworkin partirá, assim, do pressuposto de que deve existir a igualdade de qualquer recurso. Caberá ao Estado a função da igualdade no tratamento de seus cidadãos, sendo que há duas formas de entender o direito à igualdade. A saber, (i.) o direito a um tratamento igual ou (ii.) o direito ao tratamento como igual<sup>103</sup>. O tratamento igual (i.) consiste no direito a uma distribuição igualitária de oportunidade, recursos e encargo (*e.g.*, o direito ao voto ou à educação básica), ao passo que o segundo (ii.) se configura pelo direito de todos os cidadãos serem tratados com igual consideração e atenção, sendo este um direito inalienável e fundamental<sup>104</sup>. A igualdade

---

<sup>101</sup> Vita também criticará a teoria política da igualdade de bem-estar, segundo ele: “Nas comparações interpessoais de bem-estar, qualquer que seja a concepção da igualdade que adotemos, somos inevitavelmente levados a avaliar até que ponto são “razoáveis” as exigências que a satisfação de determinada preferência faz à sociedade. Essa razoabilidade, entretanto, não é um atributo das próprias preferências ou de suas intensidades – trata-se de um padrão *externo* as preferências. (VITA, 2007, p. 153).

<sup>102</sup> DWORKIN, 2012, p.5.

<sup>103</sup> Dworkin afirma que a igual consideração e respeito devem ser exigidos da comunidade política, sendo a igualdade de fato a verdadeira virtude soberana da comunidade. De acordo com o filósofo: “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania. (*Ibid.*, p. IX).

<sup>104</sup> Cf. Dworkin, R. *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*. London: Harvard University Press, 2002. Parte 1 – The theory.

de recursos proposta por Dworkin ocorrerá na prática através da justiça distributiva. Para ilustrar tal relação, Dworkin se vale da ideia de leilão igualitário.

## 2.2. A proposta igualitária dworkiniana

### 2.2.1. Leilão igualitário

Na obra *Sovereign Virtue*, Dworkin expõem o chamado leilão igualitário<sup>105</sup>, propondo que imaginemos um leilão que seja “sensível a dotação”, mas não “sensível à ambição”. Para isso, Dworkin nos propõe a análise de uma situação hipotética. Imaginemos que naufragos cheguem em uma ilha nunca anteriormente habitada e que resolvam fazer a divisão dos recursos disponíveis no local, ou seja, a distribuição de todos os recursos disponíveis na sociedade. Essa divisão ocorre por meio de um leilão, no qual todos os participantes recebem um número igual de conchas (100 conchas) para dar os lances pelos recursos que melhor se ajustam a seus planos de vida.

O leilão será exitoso se cada indivíduo ficar feliz com o seu pacote adquirido e, assim, não desejar o pacote do outro. Entra em cena o “teste de cobiça” para verificar se alguém cobiçará os recursos do outro<sup>106</sup>. O teste de cobiça revela o aspecto igualitário da teoria de Dworkin, no qual todos partem do mesmo quinhão para realizar as suas escolhas ao longo da vida<sup>107</sup>. O que importa na teoria dworkiniana é que todos tenham igualdade de ponto de partida, ou seja, que todos tenham os mesmos recursos para competir e realizar as suas escolhas futuras. O Estado assume, por sua vez, uma posição neutra em relação às escolhas individuais após a divisão igualitária dos recursos<sup>108</sup>. Tal

<sup>105</sup> Por questão de tempo, não analisaremos pormenorizadamente as nuances do leilão igualitário hipotético de Dworkin. Para saber mais confira a primeira parte da obra *Sovereign Virtue* de Dworkin.

<sup>106</sup> Segundo Dworkin, a distribuição dos recursos, somente passará pelo teste de cobiça quando: “Ninguém cobiçará as compras de ninguém porque, hipoteticamente, poderia ter comprado tal porção com suas conchas, em vez da porção que comprou (...) o verdadeiro conjunto de porções tem o mérito de fazer com que cada pessoa desempenhe, por intermédio de suas compras com um estoque inicial igualitário de fichas, um papel igualitário que determina o conjunto de porções realmente escolhido”. (DWORKIN, 2012, p.84).

<sup>107</sup> Kymlicka, ao criticar o leilão igualitário dworkiniano, afirma que: “Como o teste de inveja não diz nada sobre o bem-estar das pessoas, é possível que, de duas pessoas igualmente talentosas, uma seja infeliz e a outra, muito feliz. Tudo o que o teste de inveja nos diz é que a pessoa infeliz seria ainda mais infeliz se tivesse o pacote de recursos que a pessoa muito feliz possui. Imaginemos alguém que é congenitamente melancólico e taciturno, independentemente do tipo de recurso que tem e do tipo de sucesso que tem os seus projetos. Nesse caso, satisfazer o teste de inveja não produzirá benefícios iguais para cada pessoa. Cada pessoa infeliz não pode controlar seu mau humor congênito, poderíamos pensar que por isso tem certo direito extraordinário a recursos. (Por outro lado, como a infelicidade da pessoa não é *ex hypothesis* devida ao pacote de recursos que tem, não está claro como qualquer redistribuição irá mudar sua infelicidade)”. (KYMICKA, 2006, p. 100).

<sup>108</sup> Nesse sentido, Vita afirma que: “ou bem se considera que, se a justiça requer igualdade de recursos no ponto inicial, ela também exigirá essa igualdade em momentos subsequentes, ou bem se acredita que, se o *laissez-faire* é justificado para momentos posteriores, ele também o será para o ponto inicial (...). A teoria

proposta igualitária é vista por alguns estudiosos como um esquema igualitário mais justo das teorias igualitárias atuais. De acordo com Cohen, “Dworkin na realidade prestou um serviço considerável ao igualitarismo ao incorporar a ideia mais poderosa do arsenal da direita anti-igualitária: a ideia da escolha e da responsabilidade”<sup>109</sup>. Isso porque, após o sujeito realizar a escolha de seu quinhão, tendo em vista seu projeto de vida, ele arcará com a responsabilidade de suas escolhas naquele momento, bem como posteriormente. Para Kymlicka, a visão igualitária de Dworkin assume a sua forma mais defensável na medida em que adota o “teste de cobiça”, segundo ele:

Tal esquema distributivo seria justo, embora permitisse certa desigualdade de renda. O horticultor e o tenista têm rendas desiguais, mas não há nenhuma desigualdade quanto ao respeito e interesse, já que cada um deles pode viver a vida que escolher, cada um tem igual capacidade de fazer lances por este pacote de bens sociais que servem melhor suas crenças a respeito do que dá valor à vida<sup>110</sup>.

É para resolver possíveis conflitos em relação ao processo de divisão dos recursos que o teste de inveja é utilizado para aferir o leilão, ou seja, a divisão é feita a partir do que cada pessoa considera ser o melhor quinhão para si. Entretanto, esse teste só será satisfatório se partirmos do princípio de que ninguém possui desvantagens em termos de bens naturais, ou seja, não envolve a distribuição de talentos, genes ou qualquer atributo natural. Assim, ao mesmo tempo em que o leilão é falho ao distribuir os recursos da sociedade ao não considerar as desvantagens naturais, ele, *de per se*, não será suficiente para evitar o sentimento de inveja e injustiça, haja vista que aqueles com tais desvantagens cobiçarão aquilo que é conquistado pelos outros que não possuem essa desvantagem. Assim, para solucionar esse problema e garantir a igualdade no ponto de partida e durante o desenvolvimento do mercado que o filósofo lança mão da ideia do seguro, que se desdobrará na ideia de compensação e tributação que visam a combater as diferenças naturais, bem como os possíveis problemas de economia de mercado<sup>111</sup>.

---

de Dworkin fica com a primeira das duas alternativas acima: se há razões de justiça que requerem a neutralização de contingências moralmente arbitrárias na situação inicial, essas razões continuam tendo peso em momentos posteriores, quando os participantes do leilão hipotético fazem uso dos recursos que obtiveram”. (VITA, 2007, p. 65).

<sup>109</sup>COHEN, G. “On decurrency of equalitarian justice”. *Ethics*, p. 933, *Apud*, Ferraz, “Justiça distributiva para cigarras e formigas”. *Novos Estudos*, p. 245.

<sup>110</sup> KYMLICKA, 2006, p.100.

<sup>111</sup> A igualdade de recurso esta inserida na ideia de mercado econômico como núcleo dessa distribuição. Nesse sentido, Dworkin afirma que: “Deveríamos, portanto, buscar um sistema de responsabilidade

### 2.2.2. Situação pós-leilão

Antes de adentrarmos nas questões referentes ao seguro proposto por Dworkin, faz-se necessário traçar uma distinção entre as formas de sorte. Para Dworkin, há duas formas de sorte: a sorte bruta e a sorte por opção<sup>112</sup>. A sorte bruta é próxima à loteria natural rawlsiana<sup>113</sup>. As desigualdades naturais a que todos estão submetidos não pertencem à seara de nossas escolhas como, por exemplo, o fato de nascer numa família bem estruturada financeiramente ou não, ter habilidade para os esportes, para as artes ou ser um imbecil. Por outro lado, a sorte por opção é aquela relacionada às nossas escolhas sendo deliberações, nas quais, podemos ou não ter sucesso.

Para solucionar os problemas tanto da sorte bruta, quanto de sorte por opção, há o recurso ao seguro hipotético. Tal dispositivo é uma forma de minimizar os resultados das escolhas e apostas realizadas na execução do plano de vida individual<sup>114</sup>. “A proposta de Dworkin é similar à ideia de Rawls de posição original. Devemos imaginar pessoas por trás de um véu de ignorância modificado”<sup>115</sup>, quer dizer, as pessoas, antes da realização do leilão, não sabem seu lugar na distribuição dos talentos naturais e devem supor que são suscetíveis a diversas desvantagens naturais. A partir de então, é dada um quinhão para cada pessoa e, posteriormente, é solicitada quanto que cada um estaria disposto a contribuir caso ele venha a ter algum tipo de desvantagem natural ou algum desfavorecimento posterior à distribuição. Cada valor do pacote cobre certo nível

---

diferente, que também recomende o comportamento de simulação de mercado quando os direitos abstratos entrarem em conflito, mas que não pressuponha nenhum dever pessoal de agir sempre de algum modo que torne a comunidade mais feliz como um todo. Até aqui admitimos que, como o comportamento de simulação de mercado minimiza os prejuízos financeiros entre as pessoas afetadas por alguma conduta, aumentando assim a riqueza da comunidade como um todo, é preciso exigir que seja posto em prática em tais circunstâncias”. (DWORKIN, 1999, p.355).

<sup>112</sup> Acerca da sorte, Vita afirma que: “Poderíamos pensar que o fator “sorte” (...) também tem um peso não- negligenciável na produção das desigualdades. Mas, do ponto de vista normativo, parece mais relevante considerar adversidades repentinas (quando a sorte é madrasta) varia segundo quinhões distributivos de cada um. Ao passo que um golpe de azar (uma doença, a morte de um provador, a perda do emprego) pode obrigar uma família privilegiada a fazer ajustes em seu padrão de vida, uma adversidade similar pode fazer uma família pobre ser reduzida à penúria extrema”. (VITA, 2008).

<sup>113</sup> Gargarella afirma que a ideia da loteria natural de Rawls é criticada por Dworkin, no sentido de não levar em conta as “circunstâncias que devem ser consideradas irrelevantes de um ponto de vista moral daquelas escolhas pelas quais os indivíduos devem ser responsabilizados” (GARGARELLA, 2008, p. XXI).

<sup>114</sup> De acordo com Dworkin: “Já resolvemos que as pessoas devem pagar o preço da vida que decidiram levar, avaliado naquilo de que as outras pessoas abrem mão para que possam viver como escolheram. Essa era a finalidade do leilão como dispositivo para estabelecer a igualdade inicial de recursos” (DWORKIN, 2012, p.92).

<sup>115</sup> KYMLICKA, 2006, p. 103.

de desvantagens. Assim, a aquisição do seguro neste mercado hipotético faz com que sejam diminuídas as desigualdades surgidas posteriormente ao leilão<sup>116</sup>.

Dworkin propõe que, após as redistribuições do leilão e a prática do seguro acordado anteriormente, pensássemos na perpetuação do seguro por meio de um “sistema tributário para duplicar os resultados”<sup>117</sup>, ou seja, um imposto capaz de recolher “prêmios” que as pessoas pagariam com o intuito de garantir bem estar social, assistência à saúde e contra o desemprego<sup>118</sup>. Esses prêmios obtidos através do imposto de renda são necessários, pois, após o leilão inicial, dá-se o início da economia de mercado, juntamente com as produções, ocupações e atuações do comércio<sup>119</sup>.

Para tanto, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos impessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a

---

<sup>116</sup> Segundo Clayton: “Dworkin’s conception of distributive justice, equality of resources, requires equality in the distribution of impersonal resources and compensation for personal resource deficits, or their consequences, to be determined by a fair hypothetical insurance scheme. Among other things, that conception offers a recognizably liberal account of interpersonal comparison for the purposes of justice. Consider the envy test, for example. Dworkin cites the envy test as a test for equality in the distribution of impersonal resources, such as wealth, land, occupation, and material goods. The test is satisfied if no one prefers anyone else’s bundle of impersonal resources to her own. The attractions of the envy test within a liberal conception of equality are evident. First, it conforms to a widely held egalitarian view that an individual is disadvantaged if she enjoys less wealth than others because of the circumstances in which she lives (e.g., living in an area with less fertile land than others enjoy), rather than because of her ambitions. If Alice and Biff both hold the same goals but Alice faces a more propitious material environment in which to pursue hers, then both would prefer to be in her position. The envy test highlights those kinds of inequality as unjust. Second, the envy test’s reliance on preferences in establishing whether inequality exists satisfies the liberal concern that justice must be sensitive to the diverse lifestyles pursued by different individuals. Some individuals may want to pursue a life of service to others and abandon a concern for personal monetary advantage, while others might choose to pursue wealth. Such heterogeneity of ambition is accommodated by the envy test. A distribution in which an individual who pursues a service-oriented occupation, which in the competitive market yields low income, is not, according to the envy test, disadvantaged compared to someone who pursues an alternative occupation for high income, if the former does not prefer the latter’s bundle of wealth and occupation”. (CLAYTON, 2002, p.8)

<sup>117</sup> KYMLICKA, 2006, p. 103.

<sup>118</sup> Van Parijs levanta a objeção de que, mesmo depois do pagamento do prêmio, o sujeito ainda poderá não passar no “teste da cobiça”. De acordo com ele: “He himself mentions as its main defect the fact that envy will persist. After receiving due compensation in accordance with the scheme, an unemployed person is still most likely to envy the circumstances of a film star whose skills are in high demand and therefore command a far higher income, even after the payment of the premium.” (PARIJS, 2004, p. 52).

<sup>119</sup> Ao trabalhar na problemática da tributação posterior à redistribuição dos recursos, Dworkin afirma que, “nossa análise do problema que os talentos diferenciais apresentam à igualdade de recursos requer um imposto de renda, e não um imposto sobre a riqueza ou o consumo. Se as pessoas começam com recursos iguais, queremos então tributar para haver ajuste entre as habilidades diversas, na medida em que estas produzam rendas diferentes, pois é só assim que ameaçam a igualdade de recursos. A decisão de alguém de gastar em vez de poupar o que ganhou é precisamente o tipo de decisão cujas consequências devem ser definidas pelo mercado não corrigido para o imposto nesta análise”. (DWORKIN, 2012, p.115).

igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns<sup>120</sup>. Para Dworkin, o tratamento igual fundamentará a adoção das políticas (*policies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que visam a diminuir os problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas. Será através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária na educação que surgirá a ideia de uma política de ação afirmativa calcada no aspecto racial do pensamento de Dworkin. Em outras palavras, ao tentar garantir que a igualdade de recursos seja promovida para aqueles pertencentes às minorias raciais que a ação afirmativa no ensino superior, mais especificamente a política de cotas raciais, torna-se necessária para a concretização da justiça distributiva no pensamento do autor.

Por meio da teoria da igualdade de recursos, Ronald Dworkin defende a prática de um modelo igualitário, com vistas à promoção de condições iguais para todos os cidadãos. Dentre as formas de práticas igualitárias engendradas por ele, encontram-se as ações afirmativas no ensino superior como uma forma justa de fomentar a justiça distributiva. A ação afirmativa, tal como proposta pelo jusfilósofo, tem por finalidade subtrair a discriminação por meio de um tratamento diferencial dada a um grupo minoritário, mediante um sistema de igualdade fática pautado no contexto social no qual o indivíduo está inserido. Essa ideia é o que pode ser denominado como modelo de ação afirmativa em sentido forte. Pretendo, nesse momento, fazer uma reconstrução crítica dos argumentos dworkinianos que compõem a defesa das ações afirmativas, a fim de, posteriormente, encontrar as características que tornam o seu modelo de *policies* mais forte que outros modelos de ação afirmativa.

Por tudo o que vimos na seção anterior, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos impessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns. Para Dworkin, o tratamento igual fundamentará a adoção das

---

<sup>120</sup> Em relação à compensação das desigualdades, Vita questiona: “Quais as formas de desigualdade que deveríamos ver como circunstâncias que, do ponto de vista de cada pessoa, não resultam de suas próprias escolhas? Os fatores que respondem por quinhões distributivos desiguais podem ser classificados da seguinte forma: as desigualdades raciais e de gênero (vamos denominar esse fator ‘Discriminação’), de origem familiar e posição social (‘Classe’), de talentos naturais (‘Talentos’) e de esforço, dedicação e empenho individuais (‘Empenho’). Esses fatores de desigualdade estão dispostos em um contínuo que vai do que é mais externo a escolhas individuais (‘Discriminação’) ao que é mais determinado por essas escolhas (‘Empenho’)”. (VITA, 2008, p. 37).

políticas (*policies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a consequência da justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que buscam diminuir os problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas<sup>121</sup>.

É através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária no ensino superior que surge em Dworkin a ideia de uma política de ação afirmativa calcada, exclusivamente, no aspecto racial do indivíduo. Em outras palavras, é ao tentar garantir que a igualdade de recursos seja promovida para aqueles pertencentes às minorias raciais que a ação afirmativa, mais especificamente, a política de cotas raciais, tornar-se condição para a concretização da justiça distributiva na sua teoria.

Nenhum filósofo da teoria liberal faz uma defesa tão radical das ações afirmativas como Dworkin<sup>122</sup>. Para compreendermos com clareza essa defesa faz-se necessário recorrer ao estudo de casos analisados por Dworkin nas obras *Taking rights seriously (Levando os direitos a sério)* e *A matter of principles (Uma questão de*

---

<sup>121</sup> Pensadores como Finnis, apenas para citar, consideram que a justiça igualitária defendida por Dworkin como uma teoria rala do bem humano. Segundo ele, a ideia de “direito igual de todos a consideração respeitosa na distribuição” (DWORKIN, 1977a, pp. 180, 227, *Apud*, FINNIS, 2007, p. 191), é de conclusão questionável, haja vista que, “o princípio formal de justiça, a injunção ‘trate casos iguais igualmente’ deve ser considerada em um sentido mais do que meramente formal; ela deve por exemplo, tratar implicitamente todos os seres humanos como iguais em sua humanidade e em seu direito básico a serem tratados de modo diferente que os animais e a serem tratados pelo agente, a quem a injunção é dirigida, como ‘iguais’ a ele em sua capacidade fundamental de serem sujeitos de florescimento humano” (FINNIS, 2007, p.191). Esse é o ponto fundamental do pensamento finnisiano, o florescimento humano, o objetivo de sua justiça não é a igualdade liberal proposta por Dworkin em que todos devem ser tratados iguais diante da distribuição de papéis, oportunidades e recursos, mas que seja de todos o bem comum, o florescimento de todos os membros da comunidade. Nesse sentido, a reivindicação de certos direitos e igualdades individuais não trariam benefício à comunidade, no sentido de trazer o bem comum. Sendo apenas uma reivindicação individual e egoísta. Ao contrário de Dworkin, Finnis defende a ideia de “*limited government*”, segundo o qual o governo deve garantir apenas que os bens humanos básicos sejam fomentados. Para saber mais, confira o artigo: *Is Natural law theory compatible with limited government?* (1996) de John Finnis.

<sup>122</sup> Rawls, por exemplo, é um filósofo erroneamente interpretado como defensor das ações afirmativas. Segundo Samuel Freeman, “so-called ‘affirmative action’, or giving preferential treatment for socially disadvantaged minorities, is not part of FEO [Fair Equality of Opportunity] for Rawls, and is perhaps incompatible with it (...) Rawls did not regard preferential treatment as compatible with fair equality of opportunity. It does not fit with the emphasis on individuals and individual rights, rather than groups or group rights, that is central to liberalism”. (FREEMAN, 2007, p. 90). A tentativa de justificar as ações afirmativas a partir de Rawls seria “um esforço de aplicação da *teoria não ideal* da justiça a circunstâncias nas quais o fator racial pesa significativamente na distribuição de bens primários sociais”. (VITA, 2008, p.40). Entretanto, esta posição não é defendida pontualmente pelo autor. Segundo Vita, apesar de atualmente muitos pensadores considerarem que Rawls pregava a adoção das ações afirmativas, ele nunca desenvolveu tal questão de modo aberto. O problema é a confusão que alguns teóricos fazem entre o “princípio da diferença” e a “política da diferença”. Este representa as políticas de minorias, ao passo que o primeiro é um princípio rawlsiano de que as que as desigualdades sociais são moralmente legítimas somente se elevar os benefícios dos que se encontram em posições desprivilegiadas, que deve existir somente em uma sociedade bem-ordenada (teoria ideal). Dessa forma, as desigualdades raciais, assim como as desigualdades de gênero, posição familiar e talentos, são características que estão alheias à escolha humana, sendo externas. Logo, como afirma Vita, “(...) não é tão claro que os dois princípios de justiça justifiquem, de forma direta, a adoção de políticas de ações afirmativas” (*Ibid.*, p. 38).

*princípios*). Naquela, o jusfilósofo analisa de maneira simplória os casos em questão e, na segunda, desenvolve uma argumentação mais sofisticada e solidificada no que tange ao problema fulcral das ações afirmativas. Vejamos a seguir.

### 2.3. Entre dois casos: Sweatt *versus* Painter e DeFunis *versus* Odegaard

Ao falar sobre discriminação compensatória em *Taking rights seriously*, Dworkin analisa dois casos: Sweatt *versus* Painter<sup>123</sup> e DeFunis *versus* Odegaard<sup>124</sup>. Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, entretanto sua solicitação foi recusada, pois uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar aquela Universidade, tendo por base o entendimento doutrinário do *separate but equal* (separados, mas iguais). Diante disso, o Estado ofereceu ao candidato uma vaga numa Faculdade de Direito exclusiva para negros, a qual foi recusada por Sweatt, uma vez que esta não tinha a mesma qualidade de ensino e estrutura que a Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Assim sendo, Sweatt processa o Estado tendo como base a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana (*equal protection clause*). A Suprema Corte afirmou que tal situação de separação não seria mais permitida, tendo em vista o direito à igualdade. Com base nesta Emenda, Sweatt foi admitido na Faculdade de Direito da Universidade do Texas<sup>125</sup>.

Ainda no mesmo capítulo, Dworkin nos apresenta o caso DeFunis *versus* Odegaard, ocorrido em 1971. O judeu Marco Defunis candidatou-se a uma vaga no curso de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, embora a sua nota fosse suficiente para o ingresso caso a referida Universidade não adotasse políticas de favorecimentos a grupos minoritários. DeFunis, então, dá início a um processo jurídico no qual alegava fundamentalmente dois problemas: *i.* a inconstitucionalidade do programa de ações afirmativas da Universidade, em face da violação do seu direito

<sup>123</sup> Para saber mais sobre o processo Sweatt *versus* Painter, confira: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

<sup>124</sup> Para saber mais sobre a decisão do caso DeFunis confira: *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

<sup>125</sup> Como uma parte do sustento da Universidade do Texas decorria de verba do Governo Federal, Sweatt defendeu o seu direito de não ser recusado com base em sua raça considerando a *Spending Clause* (cláusula de dispêndio de recursos públicos) da Constituição que foi mais delimitada e aplicada após a edição do *Civil Rights Act* de 2 de julho de 1964 e da *Executive Order* 11.246 de 1965, os quais contribuíram para a disseminação das ações afirmativas nos Estados Unidos. Assim, toda Universidade que recebesse verba pública (*the purse power*) não poderiam “discriminar contra qualquer raça, e porque a lei da tributação recusa isenção de impostos a qualquer universidade que pratique a discriminação. Qualquer Suprema Corte que declare que a ação afirmativa viola a constituição provavelmente estaria dizendo que discrimina dentro do significado dessa lei”. (DWORKIN, 2012, p.544).

individual de ser tratado com igual consideração perante as leis, ou seja, o programa transgredia a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; e *ii.* o seu direito de que a raça não seja usada como critério de seleção, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade, devendo assim, ser avaliado apenas no que tange à sua inteligência.

Independente do resultado do processo a Universidade de Washington decidiu por admitir DeFunis, que viu seu processo chegar à corte somente quando já estava próximo de se formar. Considerando que o autor da ação já tinha conseguido a vaga, cinco Ministros optaram por não julgar mais o mérito da ação e apenas um, o juiz Douglas redigiu voto argumentando que a Décima Quarta Emenda Constitucional exigia “a reflexão de cada caso de maneira racialmente neutra”<sup>126</sup>, alegando assim, que DeFunis deveria ter direito ao ingresso na Universidade de Washington.

Segundo Dworkin, na avaliação deste que foi o primeiro caso de processo contra o modelo de ação afirmativa no ensino superior dos Estados Unidos, os defensores das causas liberais se dividiram em posições contrárias. Por um lado, a classificação é um mal em si, pois todos possuem direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades e, por outro, a ação afirmativa estatal é o “remédio” adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana<sup>127</sup>.

Ao analisar a reivindicação de DeFunis para a preservação de seu direito individual em detrimento das *policies* empregadas pela Universidade, Dworkin mostra-se contrário aos argumentos levantados pelo judeu, afirmando que: *i.* O programa da Universidade de Washington não pode ser considerado inconstitucional uma vez que a *equal protection clause* confere aos cidadãos o tratamento como igual, todavia não tornando ilegais as classificações raciais. Nesse sentido,

DeFunis não tem o direito a igual tratamento na alocação das vagas na faculdade de direito; não tem direito a uma vaga simplesmente porque elas são oferecidas a outros (...). Em outras palavras, tem direito de que seus interesses sejam examinados com a mesma simpatia e tão plenamente quanto os interesses de quaisquer outras pessoas, quando a faculdade de direito decidir se a raça dos candidatos será um critério pertinente de admissão<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> DOUGLAS, *apud* GUNTHER, 1991, p. 759.

<sup>127</sup> Cf. DWORKIN, 2002, p.345.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 350.

Ademais, *ii.* DeFunis não possui o direito de ser avaliado apenas pelo seu mérito, pois a Universidade tem a opção de escolher qual missão acreditar ser a mais apropriada, seja ela qual for. Por isso, Dworkin cita o exemplo da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, que considera como fator preferencial os “veteranos que haviam frequentado a escola antes de servirem nas forças armadas” ou mesmo Harvard, que opta pela preferência aos filhos de ex-estudantes de sua Universidade. Assim, a adoção da faculdade de um critério que beneficie minorias tem como objetivo proporcionar o acesso ao ensino superior, este que muitas vezes foi negado às minorias ou oferecido em instituições segregadas. Nesse sentido, o programa de ações afirmativas teria como substrato a adoção de uma igualdade que garantiria a distribuição de renda e, conseqüentemente, maior ganho para a sociedade.

Para Dworkin, o que ocorreu no caso DeFunis foi a violação do seu “direito individual à igualdade em nome de uma política de maior igualdade geral”<sup>129</sup>. Dessa forma, Dworkin se vale de um argumento de natureza utilitarista para a defesa da política de ação afirmativa quando afirma que:

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho (...) 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 (...) qualquer política de admissão necessariamente coloca em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferência aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade com um todo<sup>130</sup>.

Dworkin associa a esse argumento de maior benefício para a sociedade como um todo o motivo pelo qual os casos DeFunis e Sweatt não devem ser aceitos ou recusados em conjunto. *Pari passu*, os casos não podem ser igualmente tomados como discriminatórios e nem serem diferenciados pelo pano de fundo da segregação e escravidão. Não obstante, esses dois casos devem ser diferenciados tendo em vista o objetivo social, qual seja, a ideia de que, em determinadas circunstâncias uma política

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, p.349.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p.350.

que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode ser justificada pelo resultado positivo em relação à comunidade. Por um lado, os argumentos utilizados para segregar Sweatt são baseados em preferências externas (*separate but equal*), o que viola o seu direito constitucional de ser tratado com igual consideração e respeito. Por outro lado, o argumento a favor da discriminação de DeFunis é pautada em uma política adequada que respeita o direito de todos os membros serem tratados como iguais, por essa razão a Universidade de Washington, ao levar em consideração os negros, não falhou no teste da equidade (*fairness*) e da constitucionalidade. A exclusão racial segregacionista do caso Sweatt pautava-se na “despicable idea that one race may be inherently more worthy than another”<sup>131</sup>, enquanto para o filósofo, na situação de Defunis não estava expressa o mesmo preconceito. Ela apenas afirma que a promoção da diversidade é mais importante, sendo assim, ser negro “may be a socially useful trait in particular circumstances”<sup>132</sup>.

Diante dessa diferenciação, Dworkin ressalta a importância de estabelecer as distinções necessárias para o entendimento das injustiças decorrentes das classificações raciais, bem como a interpretação cautelosa da *equal protection clause* para que, inadvertidamente, não seja utilizada para fraudar a igualdade. Em razão disso, Dworkin afirma que um programa de admissão preferencial poderá até não criar uma sociedade mais igualitária, entretanto não pode ser considerado injusto.

#### 2.4. As contrariedades do caso Bakke

Posteriormente, em *A matter of principles*, o filósofo analisa o caso de política de cotas mais emblemático da literatura jurídica norte americana: *University of California versus Bakke*<sup>133</sup>. Este será abordado com maior afinco, haja vista que permite o estudo mais aprofundado do desenvolvimento do modelo de ação afirmativa dworkiniana. Vejamos o caso.

Em 12 de outubro de 1977, a escola de medicina da Califórnia adotou um programa de ação afirmativa que objetivava a maior admissão de estudantes negros entre os seus discentes. O chamado *Task Force Program* consistia em reservar aos estudantes negros 16% das vagas totais do processo de admissão. Essa destinação permitia que os contemplados nesse programa fossem admitidos com a nota média

<sup>131</sup> DWORKIN, 1977b, p. 07.

<sup>132</sup> *Idem.*, *Ibidem.*

<sup>133</sup> Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <http://supreme.nolo.com/us/438/265/>.

menor que os demais candidatos. Allan Bakke era um estudante branco que concorria a uma cadeira no curso de medicina e fora reprovado no acesso à universidade, embora o seu desempenho fosse suficiente para que ingressasse caso não houvesse o sistema de cotas. Insatisfeito com a sua reprovação, Allan Bakke entrou com um processo junto ao Poder Judiciário local, e, posteriormente, o caso chegou à instância da Suprema Corte Norte Americana. Após discutirem a constitucionalidade do programa da Universidade da Califórnia, que utilizava a raça como o critério fundamental para a destinação das vagas, a Corte decidiu o caso em favor do proponente, ou seja, Bakke pôde ingressar no curso.

É possível resumir em três os argumentos levantados em defesa de Bakke, a saber: *i.* a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa, por ferirem o direito à igualdade daqueles que obtiveram a vaga<sup>134</sup>; *ii.* o direito do indivíduo de ser avaliado pelo critério da meritocracia e não como membro de um grupo racial definido; e *iii.* a discriminação racial inversa provocada por critérios que estariam alheios ao seu próprio controle individual. Os argumentos utilizados por Colvin, advogado de Bakke convenceram a Suprema Corte de que era efetivamente justo que seu cliente obtivesse a vaga na Escola de Medicina, porém tal convencimento não foi alcançado facilmente.

Segundo Dworkin, a Corte de nove juízes encontrava-se tão dividida que emitiu três posições diversas. Do total de magistrados, quatro votaram pela invalidação da política de ingresso da referida universidade considerando que o seu sistema de cotas violava o Título VI do *Civil Right Act* de 1964<sup>135</sup>, uma vez que a Universidade recebia recurso do governo federal, devendo o autor da ação ser reintegrado ao curso. Quatro outros juízes acreditavam na política de ingresso aplicada pela universidade sobre a base de que estava justificada em virtude da necessidade de corrigir os efeitos da discriminação racial vivenciada no passado. Sendo assim, Bakke não teria direito à vaga. Por fim, a posição do nono juiz, Lewis Powell, prevaleceu, o qual defendeu a inconstitucionalidade de programas de cotas fixas, recusando, assim, a noção de que uma política baseada em cotas raciais ou justificada no interesse de aumentar o número de médicos entre as minorias fosse constitucional. Todavia, Powell não declarara

---

<sup>134</sup> Para alguns juristas como Richard Posner, as ações afirmativas devem sempre ser vistas como inconstitucionais, pois ferem a Cláusula de Igual Proteção Norte Americana. A respeito disso, Posner afirma: “Affirmative action is unconstitutional; it violates the equal protection clause; it violates the highly prized value of a color blind society”. (POSNER. R., 1998, p. 250)

<sup>135</sup> Segundo o título VI do *Civil Right Act* de 1964: “It prohibits discrimination on the basis of race, color, and national origin in programs and activities receiving federal financial assistance”. (42 U.S.C. 2000d - 2000d-7). Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>.

expressamente que a raça não poderia ser utilizada como critério de admissão nas universidades norte-americanas, pois o problema encontrava-se, segundo o magistrado, no fato dela ser utilizada como o critério único para a destinação das vagas.

Não obstante, Powell reconhece a constitucionalidade de programas de cotas flexíveis tendo em vista exclusivamente garantir a diversidade do corpo estudantil. Em outras palavras, foi considerado legal o sistema de admissão nas quais a raça representava apenas um dos critérios para admissão do candidato como ocorria em universidades prestigiadas como é o caso de Harvard. Nesse sentido, outros critérios, dentre eles a raça, poderiam ser utilizados para compor a nota final do estudante (*benchmark score*). Esses outros critérios podem ser o histórico escolar, provas de aptidão, entrevistas e a probabilidade de atuar com maior eficiência na profissão<sup>136</sup>.

Em seguida, o juiz salientou ainda a necessidade de serem consideradas as especificidades de cada indivíduo, com o intuito de garantir a justiça nos sistemas de avaliação que partem de um processo democrático. Deve-se, nesse sentido, utilizar-se de uma investigação rigorosa (*strict scrutiny*) das condições dos candidatos para que se possa garantir que os critérios de admissão sejam justos. Em outras palavras, para que a classificação seja justa faz-se necessário a adoção de um padrão rigorosíssimo, o que não ocorre com a reserva de vagas. Para o juiz Powell, a reserva de vagas tal como utilizada pela Universidade da Califórnia, não assegurava a efetiva diversidade estudantil porque apenas uma faceta isolada do candidato estava sendo considerada durante o processo de admissão. Segundo ele:

The diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element. [The Medical School's] special admissions program, focused solely on ethnic diversity, would hinder rather than further attainment of genuine diversity<sup>137</sup>.

Como já aventado, Powell rejeita a política de cotas empreendida pela Universidade da Califórnia e defende um tipo de ação afirmativa mais flexibilizada, na qual a raça seja apenas um dos critérios a ser considerados<sup>138</sup>. Diante das insuficiências

<sup>136</sup> Por exemplo, possuir dedos longos para aqueles que almejam ser pianista, aptidão para aprender línguas estrangeiras para quem espera ser relações internacionais, mãos ágeis para quem pretende ser médico, entre outros.

<sup>137</sup> Grutter v. Bollinger, *apud*, FULLINWIDER; LICHTENBERG, 2004, p.154.

<sup>138</sup> Em outra obra, *O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a preocupação da Corte na decisão Bakke não foi com vistas a garantir a “superção das consequências estruturais de gerações de injustiças [mas] com os efeitos de programas como esses sobre

encontradas, o parecer final a favor de Bakke garantiu o seu direito de cursar medicina na Universidade da Califórnia, em Davis<sup>139</sup>.

Dworkin é contrário à decisão de Powell, afirmando que o *Task Force Program* possuía duas finalidades bem definidas, a saber: promover um bem social específico e garantir um cálculo estratégico capaz de engendrar tal bem social. O primeiro referia-se à necessidade de impedir que as carreiras mais importantes e lucrativas da sociedade fossem prerrogativas apenas para a raça branca, ao passo que a segunda visava a aumentar os números de negros nas profissões de prestígio para, no futuro, “(...) reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial da comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa”<sup>140</sup>, ampliando a autoestima do negro e a diversidade racial. Pautado nesse ideário, a decisão da Universidade da Califórnia seria justa<sup>141</sup> para Dworkin.

Para ele, todos os três elementos levantados pela defesa de Bakke não eram plausíveis. Primeiramente, por não reconhecer que essas políticas violam o princípio fundamental de moralidade do direito, não sendo assim inconstitucional, haja vista que “não há nenhum texto na constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”<sup>142</sup>. Vale lembrar que o objetivo social esperado deverá prevalecer sobre o direito individual de Bakke. O segundo argumento rechaçado pelo filósofo é quanto à meritocracia, dado que o candidato não pode ser avaliado exclusivamente pelo critério meritocrático, porquanto o mérito individual ultrapassa critérios numéricos das provas de admissão não devendo, pela ótica dworkiniana, a universidade considerar apenas os testes de inteligência. E, por fim, Dworkin rechaça o último apontamento de Colvin alegando que “as exclusões baseada na raça foram baseadas historicamente não por algum calculo instrumental (...) mas por causa do desprezo pela raça ou religião

---

os candidatos ou trabalhadores de raça branca que ficariam em desvantagem, e procurou encontrar restrições adequadas (...) embora uma Universidade Estadual possa levar em conta a raça como fator entre outros, não pode usar quotas rígidas para a admissão de minorias a fim de promover a diversidade racial dos estudantes”. (DWORKIN, 2006, p. 249.)

<sup>139</sup> Peter Singer na obra *Ética prática*, analisa a decisão do caso Bakke, afirmando que a ética não restringe a adoção do critério racial, contanto que, seja dada algum tipo de preferências igualitárias quanto às oportunidades. (SINGER, 2002, p. 61).

<sup>140</sup> DWORKIN, 2005, p. 439.

<sup>141</sup> Todavia, é sabido que os problemas de autoestima possuem especificidades que variam de acordo com cada indivíduo, ou seja, não há garantias de que todos os negros que ingressarem em cursos universitários renomados se sentirão menos frustrados e constrangidos. Ainda assim, esse é um dos argumentos fortemente considerados por Dworkin para defender as cotas raciais assim como as que eram adotadas pela Universidade da Califórnia.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 445.

excluída. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo”<sup>143</sup>. Ademais, Bakke era parte da maioria e muitos dos brancos como ele foram aceitos no processo seletivo. Dessa forma, sua reivindicação de que fora excluído por causa de sua raça era ilegítimo. Dworkin, assim, aduz que Bakke teria sido aceito caso fosse negro, mas também poderia ter sido aceito se fosse dotado de outros critérios alheios ao seu controle, por exemplo, se fosse mais inteligente ou se tivesse causado uma melhor impressão na entrevista<sup>144</sup>.

Na obra *O Direito da Liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a Lei dos Direitos Civis tomou força na década de 1970 e início de 1980, de tal forma que se voltou contra as discriminações subjetivas e estruturais<sup>145</sup>. Nesse sentido, as formas de erradicar essa discriminação se dão por meio de dois princípios básicos, sendo o primeiro a proibição de qualquer política que possa gerar a discriminação, ou seja, a imposição de que todas as formas de discriminação estrutural são ilegais. Essa discriminação é caracterizada pelo oferecimento desproporcionalmente pequeno de vagas em empregos para aquelas pessoas que não são negras. Tal discriminação, segundo Dworkin, deve ser evitada a menos que esse procedimento seja requisito indispensável para a prática negocial. Como consequência desse primeiro princípio, os tribunais de direito passam a ter o cuidado para que as condições de emprego e salário não sejam promotoras de discriminação por sexo ou raça<sup>146</sup>. Por sua vez, o segundo princípio analisado por Dworkin é o da permissão de que tanto as instituições públicas quanto as privadas pudessem dar algum tipo de favorecimento a grupos minoritários nos processos de admissão de pessoal, a fim de que

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>144</sup> Cf. DWORKIN, 2005, p.445.

<sup>145</sup> As discriminações estruturais eram reconhecidas pela constituição norte-americana e a sua erradicação se dava por meio de um objetivo público de primeira importância. Para Dworkin, esse tipo de discriminação nasce no seio das contratações de brancos e negros, nas quais, é possível perceber extrema dissiparidade. Acerca disso, o filósofo exemplifica com o caso *Wards Cove Packing Co. v. Alioto*, no qual as contratações de uma fábrica de enlatados no Alasca foi observada. Constatou-se que, os trabalhos subalternos, desagradáveis e difíceis eram realizados por negros, por outro lado, os trabalhos mais bem pagos e que dispunham de alojamentos e refeições de qualidade eram realizados por brancos. Tendo em vista essa disparidade, o tribunal de apelação estabeleceu que a empresa deveria provar a necessidade de tal situação para a efetivação dos negócios. (Cf. DWORKIN, 2006, p. 250).

<sup>146</sup> Warren Burger ao julgar o caso *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971 e expor o princípio da não discriminação pela primeira vez da história da Constituição norte-americana, afirma que: “o objetivo do Congresso ao promulgar o título VII [da Lei de Direitos Civis] é claro... Práticas, procedimentos ou provas neutros na aparência, e até mesmo neutros...quanto à intenção, não podem ser conservadores se colaboram para ‘congelar’ o *status quo* criado por práticas discriminatórias anteriores”. (BURGER, *apud* DWORKIN, 2006, p. 248).

possam elas contribuir para a erradicação “das consequências estruturais de gerações de injustiça”<sup>147</sup> que esses grupos veem sofrendo ao longo dos anos.

Dessa forma, Dworkin por considerar a necessidade da diversidade racial na sociedade norte-americana, lança mão do argumento teleológico de que a ação afirmativa é o recurso para a promoção da justiça distributiva igualitária que reconhece as diferenças de caráter social que marcam os negros nos Estados Unidos. Veremos nos próximos capítulos as críticas de Sandel e Sowell acerca do modelo dworkiniano.

---

<sup>147</sup> DWORKIN, 2006, p. 249.

### **3. AS *POLICIES* E A CRÍTICA AO SEU EMBASAMENTO TEÓRICO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DWORKINIANAS.**

Nesse capítulo, nossa preocupação recairá, especificamente, sobre a crítica ao modelo de ações afirmativas de Dworkin. Para isso, o capítulo será dividido em duas partes. Na primeira parte (3.1), apresentaremos tanto a proposta de Dworkin, cujas insuficiências de seus argumentos são testadas através das críticas ao tipo de raciocínio proposto para as questões feitas por Pojman, Fraser, e Newton. Na segunda parte (3.2), apresentaremos incisivamente a crítica de Sandel à base do argumento de Dworkin, provando as incoerências de sua teoria igualitária a partir dos fortes traços utilitaristas encontrados na defesa de seu modelo de ações afirmativas.

#### **3.1. O “calcanhar de Aquiles” das ações afirmativas**

Dworkin almeja que a diversidade racial engendrada pelas ações afirmativas possa diminuir o preconceito enraizado na sociedade norte-americana. E, assim, utilizando como artifício as reservas de vagas no ensino superior como um dispositivo de distribuição social, a política de ação afirmativa seria um recurso de promoção de justiça distributiva igualitária que reconhece as diferenças de caráter social que marcam os negros nos Estados Unidos. Esse argumento, porém, revela-se problemático tão logo exposto o que pode ser considerado seu “calcanhar de Aquiles”.

Em um primeiro momento, pode até parecer que o filósofo norte-americano defende um posicionamento de discriminação inversa baseado em problemas históricos, ou seja, ele legitimaria a discriminação a favor de grupos sub-representados que foram tratados de forma injusta no passado<sup>148</sup>. Ora, reconhecemos a história de discriminação ocorrida no passado, na qual alguns grupos foram tratados de forma cruel e injustificável. Entretanto, uma discriminação não justificaria outra. Em outras palavras, um erro cometido no passado, somado a uma discriminação inversa cometida através

---

<sup>148</sup> A lógica seria a seguinte: “Blacks have been wronged and severely harmed by whites. Therefore white society should compensate blacks for the injury caused them. Reverse discrimination in terms of preferential hiring, contracts, and scholarships is a fitting way to compensate for the past wrongs.” (POJMAN, 1977, p. 428).

das ações afirmativas baseadas na raça não pode gerar uma tese correta e justificável (*two wrongs do not make a right thesis*)<sup>149</sup>. De acordo com Pojman, no texto *The case against Affirmative Action*, a ideia de ação afirmativa como uma “correção” histórica parte de uma noção distorcida da ideia de compensação<sup>150</sup>:

Sometimes compensation is extended to groups of people who have been unjustly harmed by the greater society. For example, the United States government has compensated the Japanese-Americans who were interred during the Second World War, and the West German government has paid reparations to the survivors of Nazi concentration camps. But here a specific people have been identified who were wronged in an identifiable way by the government of the nation in question. On the face of it, demands by blacks for compensation does not fit the usual pattern. Perhaps Southern States with Jim Crow laws could be accused of unjustly harming blacks, but it is hard to see that the United States government was involved in doing so. Much of the harm done to blacks was the result of private discrimination, not state action. So the Germany/US analogy doesn't hold. Furthermore, it is not clear that all blacks were harmed in the same way or whether some were unjustly harmed or harmed more than poor whites and others (e.g. short people)<sup>151</sup>.

Nesse sentido, não parece ser justo pedir a alguém para compensar uma injustiça que foi comprovadamente cometida no passado e da qual ele não teve participação. Ou seja, é injusto responsabilizar coletivamente e por várias épocas aqueles que não discriminaram outrora. Dessa forma, a defesa de uma discriminação às avessas através desse tipo de ações afirmativas seria promotora de injustiça ao tentar dar privilégios a grupos baseando numa discriminação vivenciada em outros tempos. Mostra-se, assim, injusto que as diferenças raciais sejam combatidas através da “manipulação artificial dos resultados” gerada pelo sistema de cotas via discriminação inversa.

Todavia, o argumento de Dworkin é mais elaborado do que simplesmente fazer uma defesa da compensação histórica<sup>152</sup>, pois: “(...) a developing conviction that racial

<sup>149</sup> No livro de Paul Baepler, *White Slaves, African Masters*(1999) é desconstruída a ideia de dívida histórica através de um minucioso estudo acerca das relações históricas de escravidão. Dentre elas, Baepler afirma que houve por longo período a escravidão de brancos por negros no norte da África.

<sup>150</sup> Segundo Pojman: “Normally, we think of compensation as owed by a specific person A to another person B whom A has wronged in a specific way C. For example, if I have stolen your car and used it for a period of time to make business profits that would have gone to you, it is not enough that I return your car. I must pay you an amount reflecting your loss and my ability to pay. If I have only made \$5,000 and only have \$10,000 in assets, it would not be possible for you to collect \$20,000 in damages - even though that is the amount of loss you have incurred”. (POJMAN, 1977, p.428).

<sup>151</sup> *Ibid.*, 1977, p. 428.

<sup>152</sup> Em relação à discriminação sofrida outrora, Dworkin afirma que: “quando um branco se candidata a um emprego ou a um contrato de construção, a violação de seu direito não é mais justa pelo fato de outros

diversity in colleges and professional schools is necessary not as compensation to minorities for past discrimination against them, but as a crucial practical contribution to the entire community's future"<sup>153</sup>. Quer dizer, tais ações não devem ser vistas como mecanismo de compensação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a participação de todos nos mais diversos setores da sociedade<sup>154</sup>.

Ao fazer a análise da realidade das ações afirmativas, como no caso *Bakke*, Dworkin argumenta que tais ações não devem ser vistas como mecanismo de compensação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a participação de todos nos mais diversos setores da sociedade. Em outras palavras, o filósofo norte-americano defende um posicionamento de discriminação inversa a favor de grupos sub-representados. O propósito da ação afirmativa seria, segundo Dworkin, o enriquecimento da educação, garantindo um ambiente de ensino pluralista que fosse capaz de preparar os estudantes para viverem em uma sociedade de diversidade. Nesse contexto, parte-se da suposição de que negros podem ter preferências no exame de admissão no ensino superior como forma de garantir um equilíbrio racial em posições de prestígio que possam beneficiar a sociedade como um todo. Por conseguinte, “tais programas almejam a diversidade no corpo estudantil, reconhecem que a diversidade racial é tão importante quanto a diversidade geográfica ou a diversidade de talentos extracurriculares e ambições de carreira”<sup>155</sup>. Nesse caso, ser negro é um fator preferencial para o estudante.

Segundo Dworkin, a sociedade norte-americana é uma sociedade racialmente consciente, ou seja, racista, uma consequência inevitável de sua história de escravidão, repressão e preconceito. Por isso, o objetivo das ações afirmativas seria exatamente o de desconstruir essa consciência racial da sociedade. De acordo com ele:

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, em

---

brancos terem tratado mal os membros daquela minoria no passado. Por isso, considerada em si mesma (...) os programas de ação afirmativa se justificam quando surgem para “remediar” de maneira adequada a discriminação passada – ofende profundamente o princípio que ele cita como suposto fundamento da revolução na legislação racial”. (DWORKIN, 2006, p 256).

<sup>153</sup> DWORKIN, 2003, p.3.

<sup>154</sup> Assim, Dworkin afirma que: “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, 2012, p. 606).

<sup>155</sup> DWORKIN, 2005, p 458.

longo prazo, reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente (...) seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana<sup>156</sup>.

Dworkin afirma que não há como modificar a consciência social de raça fazendo o uso de meios neutros racialmente. Dessa forma, a utilização do critério racial para a escolha dos negros no ensino superior torna-se um fator que não pode ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte<sup>157</sup>, fato contestado por Bakke somente no que tange ao direito formal à igualdade. Nessa medida, fazer uso do programa de ação afirmativa seria uma estratégia para atacar um problema existente em âmbito nacional, e a sua utilização seria justa e necessária porque ainda hoje a consciência racial da sociedade norte-americana se revela muito presente. A finalidade desses programas seria, então, o de “reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente”<sup>158</sup>. Em outras palavras, Dworkin almeja que a diversidade racial engendrada pelas ações afirmativas possa diminuir o preconceito enraizado na sociedade norte-americana.

Entretanto, esse argumento se revela problemático logo que exposto, haja vista que uma sociedade plural possui uma diversidade muito maior do que a mera distinção entre brancos e negros. Essa é uma distinção extremamente simplista, afinal a sociedade norte-americana é rica em miscigenação. Nesse sentido, é quase impossível dividir a população exclusivamente em brancos e negros, pois o pluralismo no qual essas sociedades se inserem é dotada de uma complexidade muito maior que essa simples distinção. Há indivíduos que não se encaixam em nenhum desses grupos, basta observarmos aqueles que são descendentes de várias etnias e de suas consequentes miscigenações. Partindo dessa dificuldade em enquadrar os indivíduos em raças, dar privilégios a um desses grupos é agir contra o pluralismo, uma vez que não há como privilegiar somente determinados grupos de minorias sem, necessariamente, ser injusto com outros grupos também representado por minorias. E, mesmo se dividirmos a população em negros e brancos e considerarmos que os dois possuem a mesma base educacional, social e familiar, ainda assim, através do argumento da diversidade racial e

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>157</sup> 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 juizes que julgaram o caso declararam que a sentença dada no caso Bakke teria sido desconsiderada. A Suprema Corte recusou-se a anular a decisão do tribunal de apelação. Veremos o caso Hopwood v. Texas em breve.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 439.

étnica, poderia haver a reivindicação por cadeiras especiais na Universidade. Isso não nos parece ser justo, pois nessa situação, brancos e negros partem da mesma condição para competir por vagas no curso superior.

Além disso, o fato de aumentar a diversidade do corpo estudantil não implica, obrigatoriamente, uma ampliação da diversidade no mercado de trabalho, pois não se sabe se um corpo estudantil racial e etnicamente diverso pode gerar, necessariamente, maior benefício social. Pelo contrário, o uso dessa espécie de favorecimento pode, ao invés de gerar uma sociedade mais diversificada, na qual os preconceitos e as desigualdades são reduzidos, aumentar a conscientização racial e provocar indignação entre os grupos, contrariando em lugar de promover a diversidade étnica e racial. Nancy Fraser, no texto *Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista*, afirma que a prática de cotas podem estimular práticas perversas de discriminação racial, bem como salientar as diferenças entre os brancos e os negros, estigmatizando esse último<sup>159</sup>. É possível perceber que a suspeita de Fraser se confirma ao analisarmos as pesquisas realizadas pelo economista norte americano Thomas Sowell e publicadas posteriormente na obra *Affirmative Action Around The World*, que será nosso objeto de análise no próximo capítulo.

Ademais, Dworkin salienta que a diversidade racial no ensino superior e, conseqüentemente, na vida social é necessária para que os negros possam encontrar profissionais negros em todas as áreas profissionais. Essa diversidade torna-se necessária, não com o intuito de que profissionais brancos trabalhem apenas com brancos e negros apenas com negros, mas para que a associação inter-racial diminua “a atitude de considerar os negros como raças e não como indivíduos”<sup>160</sup>, oferecendo uma espécie de exemplos raciais que permitiria o reconhecimento individual na sociedade, bem como de tomar os indivíduos como ser em si. Parte-se da abstração de que se as crianças negras visualizarem médicos e advogados negros, elas crescerão mais motivadas a também seguirem essas profissões de prestígio. Dworkin afirma que não é que meninos e meninas não possam se espelhar no sucesso de brancos, mas que, dado o atual grau de preconceito racial, tal sucesso significa pouco ou quase nada para as

---

<sup>159</sup> Segundo Fraser, “A redistribuição afirmativa pode estigmatizar os desprivilegiados, acrescentando o insulto do menosprezo à injúria da privação”. (FRASER, 2006, p. 239). Esses dois campos considerados por Fraser, a saber: *Insult* e *injury*, consiste em combater a desigualdade econômica, buscando alocar de forma justa os recursos, oportunidades e bens. Nesse sentido, as ações afirmativas são o desrespeito institucional que não se reduz ao paradigma da redistribuição.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 440.

crianças negras<sup>161</sup>. O que importa é que essas crianças mudem seus antigos paradigmas na medida em que se reconhecem enquanto pertencentes a uma raça, que detém profissões de prestígio social como direito e medicina.

É possível identificar claramente que essa defesa de Dworkin é pautada no argumento da autoestima, isto é, as ações afirmativas deveriam existir não somente com intuito de que os beneficiados sejam reconhecidos na sociedade, como também, para que melhorem sua autoestima. Porém, o filósofo parece não considerar que a autoestima não é sentida igualmente por todos os indivíduos, ou seja, não significa que todos aqueles que conviverem com exemplos profissionais prestigiosos de mesma raça serão motivados a adotar a mesma profissão nem que com essa atitude a ideia de indivíduos serem considerados apenas como pertencentes a uma raça definida seja excluído. Ademais, quando um estudante ingresso via ação afirmativa se forma não indica, necessariamente, que ele terá uma melhora na autoestima, pois o sujeito pode sentir-se inferiorizado independente de renda e da posição social que ocupa. Dworkin também não considera que em sociedades não intervencionistas, garantir os bens humanos básicos é garantir a autoestima de seu povo. Tais situações nos revelam o quão problemático é esse cunho da proposta dworkiniana.

De acordo com Lisa Newton, no texto *Reverse Discrimination as Unjustified*, os argumentos que embasam a defesa das ações afirmativas parte de uma concepção de justiça contraditória e promotora de um círculo vicioso perigoso. Para ela, “to that extent, they are full citizens, fully protected by the law of the land”<sup>162</sup>, em outras palavras, a justiça deve preocupar-se em garantir a igualdade de todos perante o Estado de Direito, ou seja, a lei deve regular a todos igualmente. Partindo dessa ideia, se a justiça é a garantia de tratamento igual perante a lei para todos os cidadãos, por lógica, a injustiça é o tratamento diferenciado para alguns, seja favorável ou contrário. Newton exemplifica: “When the southern employer refuses to hire blacks in white collar jobs, when Wall Street will only hire women as secretaries with new titles, when Mississippi high schools routinely flunk all black boys above ninth grade”<sup>163</sup>. Nesses casos há o desfavorecimento de alguns, mas o favorecimento também é uma injustiça, pois viola a igualdade pública que define cidadania, acabando por destruir o Estado de Direito nos

---

<sup>161</sup> Cf. DWORKIN, 2005, p. 440.

<sup>162</sup> NEWTON, 1973, p. 309.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 310. Para Newton, a injustiça é “the violation of that equality, discriminating for or against a group of citizens, favoring them with special immunities and privileges or depriving them of those guaranteed to the others”. (*Idem.*, *ibidem*).

ambientes em que essas injustiças são aceitas. Quando essa situação ocorre, caímos no que Newton chama de *petitioners for favor*, isto é, deixamos de ser sujeitos de direito para sermos peticionários de favores. Nessa lógica, toda discriminação é *de per se* errada, bem como nenhuma violação de justiça pode ser justificada. Além da desqualificação da discriminação inversa, Newton lança algumas questões intrigantes, tais como: considerando que eu tenho uma escola e sempre realizo testes para o ingresso de meus alunos, será tido como discriminação se eu não admitir nenhum negro, caso nenhum deles tenham passado no teste que sempre aplico a todos? Até que ponto eu devo alterar esse teste de aptidão para que não seja considerada discriminação com as diferentes culturas? E, mais, o que podemos considerar por minoria? Qual é a quantidade de discriminação inversa que elimina a discriminação inicial? As discriminações de outrora são melhores combatidas via discriminação inversa? Por que outros grupos reconhecidamente discriminados, tais como os judeus, orientais e cajuns não recebem esse tipo de “restituição”? Nesse contexto não deveriam todos reivindicar as suas vagas? E se todos forem reivindicar preferências não deveria a universidade ceder cadeiras especiais para os WASPs<sup>164</sup>, haja vista que também são uma minoria. Segundo Newton, até quando esse tipo de preferência deve ser adotado? Quando essa culpa e esse saldo serão restaurados? E, se ao final percebermos que a balança foi muito para o outro lado, devemos, agora pendê-la, para esse outro lado, em um processo interminável de preferências?

Por fim, Newton conclui que, não deve existir um direito, apenas, porque um sujeito pertence a um determinado grupo, pelo contrário, a área de preservação dos direitos deve buscar tratar a todos igualmente, bem como não violar o direito dos outros. Para Newton, “the practice of reverse discrimination undermines the foundation of the very ideal in whose name it is advocated; it destroys justice, law, equality, and citizenship itself, and replaces them with power struggles and popularity contests”<sup>165</sup>. Dessa forma, as desvantagens legais devem ser combatidas por meio de remédios legais, e não por preferências arbitrárias.

Todavia, além de todos esses pontos, o que parece ainda mais problemático é que Dworkin adota um modelo extremamente polêmico e, no mais das vezes, muito criticado nos Estados Unidos. É o que ocorre quando o filósofo passa a defender um

---

<sup>164</sup> São o grupo formado por brancos, britânicos e protestantes (whites, anglo-saxon, protestant) que detêm grande poder econômico, frequentando boas universidades.

<sup>165</sup> *Ibid.*, 1973, p. 312.

sistema de cotas fixas nos processos de admissão em detrimento de ações afirmativas gerais. O problema parece estar na tendência de engessamento provocado pelo sistema de cotas o que, *pari passu*, reduz o processo a uma questão de números, uma vez que parte da reserva prévia de uma quantidade fixa de vagas a ser preenchida por um determinado grupo pré-definido.

Na obra *O Direito da Liberdade*, por exemplo, Dworkin afirma que considerar a raça como um critério tal como outros, diferentemente do sistema de cotas, é uma medida complexa, demasiada rígida de abuso político e burocrático, sendo incapazes de proteger adequadamente as minorias<sup>166</sup>. E, mais, ao analisar uma decisão judicial que derrubava o plano de reserva de vagas de Richmond, Virginia, o qual instituía que cerca de 30 por cento de todos os contratos das construtoras com a prefeitura da cidade deveriam ser para empresas que possuíam proprietários negros, considerou tal sentença “perversa” e de “exagero deliberado” e insustentável<sup>167</sup>.

Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin afirma que as outras formas de ações afirmativas não são diferentes das cotas fixas no que tange aos direitos individuais, haja vista que os dois sistemas visam a promover o ingresso das minorias desprivilegiadas. Não obstante, o segundo sistema é mais claro para os envolvidos, haja vista que o seu processo é mais objetivo que o primeiro. Ainda em relação ao sistema de cotas rígidas, Dworkin afirma, em seu artigo *The Court and the University*, que os outros sistemas são mais caros, complicados de serem feitos e não levam em consideração as especificidades de cada candidato, pois:

Adding a fixed number of points for race does not pay enough attention to the individual characteristics and situation of each candidate (...) universities that use point systems could switch to more flexible plans like the law school's even though these might be more unwieldy and expensive when used in admitting large undergraduate classes<sup>168</sup>.

O filósofo reconhece que cabe à universidade escolher quais modelos de ação afirmativa adotar, todavia, considera que somente o sistema de cotas poderá trazer um número maior de negros para a Universidade. Ademais, é um sistema bem mais simples de ser realizado. Embora um dos problemas do modelo de ação afirmativa de Dworkin seja a rigidez com que é proposta a sua adoção. Quando Archibald Cox, da Escola de

<sup>166</sup> Confira: *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana* (1996), capítulo: A lei da mordaza e a ação afirmativa.

<sup>167</sup> Confira *City of Richmond versus Croson*, 1989 (156.448 U.S.469).

<sup>168</sup> DWORKIN, 2003, p. 01.

direito de Harvard, afirma que as ações afirmativas são excelentes meios para o aumento de negros nas universidades americanas, mas que esses critérios devem ser utilizados sem que o critério racial seja explicitamente levado em conta, *i.e.*, a utilização dos bônus em detrimento das cotas, segundo Dworkin, é uma recomendação hipócrita. Para ele, critérios que não são tão explícitos como as cotas certamente não surtirão efeito, por isso o filósofo defende que o uso de medidas fortes são necessárias, pois “they use measures weaker ones will fail<sup>169</sup>”, ou seja, as outras fracassarão. Porém, o fato é que as outras ainda não foram testadas. Dworkin defende as cotas unicamente por acreditar na necessidade de critérios raciais extremamente explícitos, sem se importar se tais medidas serão ou não consideradas justas de um modo mais abrangente, e nem se as mais brandas poderão ou não surtir efeito. E, mesmo se valendo da defesa de medidas tão extremadas, o filósofo acredita que, por meio delas, haverá a diminuição da importância da raça na vida social e profissional norte - americana.

### 3.2. A crítica de Sandel ao fundamento da argumentação de Dworkin

Apresentaremos, agora, as críticas elaboradas por Sandel em relação à teoria de Dworkin. Para isso, Sandel parte de duas premissas básicas, a primeira é que Dworkin é um deontologista e a segunda é que seu modelo de ação afirmativa possui elementos utilitaristas. Logo, existiria uma incoerência entre a base teórica de Dworkin e a sua proposta de política pública, como veremos a seguir.

Michael Sandel, grande expoente comunitarista<sup>170</sup>, é responsável por realizar inúmeras críticas acerca da teoria rawlsiana. Em sua obra *Liberalism and the limits of justice*, Sandel argumenta que a concepção de justiça da teoria liberal de Rawls é pautada em um falso procedimentalismo e que, apesar de se autodeclarar deontologista, se vale de argumentos utilitaristas para o seu embasamento, ou seja, os princípios da justiça rawlsianos<sup>171</sup> são utilitaristas em sua essência. Com a finalidade de ilustrar as

---

<sup>169</sup>DWORKIN, 1985, p. 294.

<sup>170</sup> Os filósofos ligados a essa tendência têm tido papel importante na contestação do liberalismo igualitário por acreditarem que os valores que fazem parte da cultura de um grupo social não podem simplesmente ser desprezados, e considerados meramente construções individuais, na hora de se estabelecer seu ordenamento jurídico e estrutura estatal. Representando o comunitarismo encontramos, além de Sandel, Robert Bellah, Charles Taylor, Michael Walzer, Alasdair MacIntyre.

<sup>171</sup> Como condição para a concepção da justiça como equidade, Rawls elabora uma proposta de justiça igualitária, pautada em dois princípios fundamentais compostos de um subprincípio. São eles: os princípios da igual liberdade (*equal liberty principle*) e o princípio da diferença (*difference principles*). Cito os princípios: “a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema que deve ser compatível com um sistema similar a todos; b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições. Primeiro, devem estar associadas a cargos e a

incoerências do modelo de justiça rawlsiano, Sandel se vale da crítica ao modelo de ação afirmativa de Dworkin, haja vista que, como o filósofo bem argumenta, embora as teorias de Dworkin e Rawls não sejam iguais, ainda assim ambas possuem vários pontos em comuns como, por exemplo, a mesma concepção de mérito, a natureza moral subjetiva e, mormente, os pressupostos deontológicos<sup>172</sup>. Nesse sentido, a crítica de

---

posições abertos a todos, em condições de uma equitativa igualdade de oportunidades; e, segundo, devem proporcionar o maior benefício aos membros menos favorecidos da sociedade”. (RAWLS, 2011, p.06). O primeiro princípio consiste na ideia de que “cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema que deve ser compatível com um sistema similar a todos” (*Idem., Ibidem*). Em outras palavras, é o princípio das igualdades básicas, tais como participação política, direito ao voto, liberdade de consciência e pensamento, de não sofrer agressão física e psicológica, entre outras. Essas liberdades possuem regras de prioridades, ou seja, uma pode sobrepor a outra se a motivação for o fortalecimento da ampla liberdade para todos. O primeiro princípio parte do pressuposto de que as pessoas escolheram os princípios de justiça que seguem a partir do dispositivo procedimental da posição original. Nesta condição idealizada, as partes, que representam os cidadãos na sociedade real, são livres, iguais e racionais para fazerem as escolhas dos princípios que serão aplicados à estrutura básica da sociedade. Ainda, na posição original todos se encontram em uma condição simétrica e imparcial, por isso todos têm liberdades que não são passíveis de negociação e podem ser restringidas apenas em casos fortuitos no qual é, necessariamente, diminuída para todos. Por exemplo, na ocorrência de catástrofes, ou em casos de restrições de liberdades desiguais, quando uma pessoa fica absolutamente ou relativamente incapaz. Por sua vez, o segundo princípio consiste na diferença permitida dentro de um sistema, ou seja, as diferenças de cargos, escolhas e oportunidades que são aceitáveis na sociedade. Este princípio diz respeito às condições de desigualdades sociais. Neste caso, o desafio é responder à seguinte questão: como determinar qual é a diferença aceitável? A resposta de Rawls é que, “em primeiro lugar, devem estar vinculadas as posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 2002, p.06). Em outras palavras, todos devem ter o igual acesso a oportunidade, o que não significa que, necessariamente, todos desejarão o mesmo cargo. Sendo assim, o que importa é que todos tenham a mesma condição de acesso. Esses princípios compõem a estrutura da justiça distributiva rawlsiana, a qual deve conter como requisitos básicos universalidade, publicidade, finalidade, entre outros. A ideia basal desse segundo princípio é lidar com os bens primários, quais sejam, a distribuição de riquezas e o acesso a cargos de autoridade e responsabilidade para todos os cidadãos da sociedade bem-ordenada (*well-ordered society*). Esse segundo princípio é dividido em duas partes. Na primeira parte, Rawls utiliza o princípio da eficiência, no qual a distribuição de bens precisa ser eficiente, não podendo melhorar a situação de um sujeito em prejuízo de outro. Por isso, este princípio não visa à igualdade de acesso irrestrita, pois essa capacidade está vinculada à capacidade de cada pessoa de alcançar suas concepções racionais de vida. Nesse sentido, todas as pessoas devem ter a igualdade de oportunidade não apenas de acesso às posições, mas também à oportunidade justa de atingi-las, ou seja, a igualdade deve ser “acessível a todos” (*Ibid.*, 2002, p.79). A segunda parte é o princípio da diferença, responsável por eliminar indeterminações deixadas pelo princípio da eficiência, representando a igualdade que pode ser vista como a distribuição de bens e oportunidades. Nessa parte do princípio, são permitidas apenas as desigualdades que trazem benefícios para os menos privilegiados (*least advantaged*). Partindo do princípio da diferença, as pessoas só podem ter direito a uma parcela maior dos recursos se puderem demonstrar que isso beneficia os que têm parcelas menores. Em outras palavras, esse princípio visa ao maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Nesse sentido, todos devem ter acesso às oportunidades, especialmente os que estão em condição mais desfavorável dentro da sociedade, contribuindo para a promoção da distribuição igualitária da riqueza na sociedade. Rawls engendra o ideal da igualdade de oportunidades, no qual “se as posições não forem abertas a todos, os excluídos serão tratados injustamente” (SMITH, 2009, p.214).

<sup>172</sup> Segundo Sandel, “Rawls’ and Dworkin’s positions are similar in a more general sense as well . Both are rights-based theories, defined in explicit opposition to utilitarian conceptions, and seek to defend certain individual claims against the calculus of social interests. But not with standing their individual aspirations, both rely on a theory of the subject that has the paradoxical effect of confirming the ultimate frailty, perhaps even incoherence, of the individual whose rights they seek above all to secure”. (SANDEL, 1998, p. 138). Ferraz, ao escrever sobre as diferenças e semelhanças entre o pensamento de Rawls e Dworkin, afirma: “De qualquer forma, cabe ressaltar que há mais semelhanças entre Rawls e

Sandel ao Dworkin seria “a concrete illustration of what goes wrong with the liberal position when it tries to do without one”<sup>173</sup>. Com esse intuito Sandel irá criticar o modelo de ação afirmativa defendido por Dworkin.

No capítulo *The case of affirmative action* da obra citada, Sandel analisa se é justo ou não que uma universidade tenha a meta de aumentar a diversidade de seus *campi* e que, para isso, se utilize do critério de raça na seleção de seus alunos. Ora, e porque esse critério vale hoje e não valia em algum tempo atrás? Aliás, e se uma universidade decidir escolher apenas brancos<sup>174</sup>? Qual o problema moral? E se, por representarem uma minoria, uma universidade optar por reservar vagas para candidatos ruivos? Há algum impedimento? Como ele mesmo questiona: “as faculdades e universidades podem definir suas missões como bem lhes aprouver?”<sup>175</sup> Caso uma instituição escolhesse como critério de seleção de seus alunos a raça, isso não poderia criar problemas futuros, por exemplo, um estado extremamente paternalista? Sandel aponta que lançar mão desse tipo de argumento para defender ações afirmativas pode gerar uma volta ao passado nada agradável, na medida em que podemos retroceder, de modo inverso, às mesmas práticas discriminatórias de outrora. Isso engendraria o problema da ladeira escorregadia (*slippery slope*): se aceitarmos práticas discriminatórias de certo aspecto, talvez não tenhamos argumentos racionais para

---

Dworkin do que diferenças. O ponto central da, digamos, desavença, é a ideia de ‘posição original’, a qual Dworkin realmente não aceita. Seu modelo reluta em ser contratualista, muito embora pareça vermos nele um certo contratualismo mitigado. Em verdade, o texto de Dworkin acentua também a proximidade entre seu modelo e o modelo de Rawls. Assim, ele refuta, por exemplo, a leitura que Hare faz de Rawls. Segundo Dworkin, Hare coloca Rawls dentro de um modelo que ele denomina de ‘modelo natural’ (*Natural model*), o qual pressupõe uma ontologia moral. Assim, no quadro de tal ‘modelo natural’ os princípios não são criados, mas *descobertos* (assim como são descobertas, por exemplo, as leis da física). Com efeito, tal descoberta serviria para produzir intuições de moralidade política em situações particulares. Esta seria uma das perspectivas a partir das quais uma teoria da justiça poderia ser desenvolvida. A outra é o ‘modelo construtivista’ (*Constructive model*). Este modelo vê as intuições de um ponto de vista público: aqui se propõe uma concepção de justiça para uma comunidade na qual os indivíduos têm convicções distintas. Conforme Dworkin, o modelo de Rawls (tal como o seu) se enquadraria exatamente dentro deste último (*Constructive*), o que é evidenciado pela ideia de ‘equilíbrio reflexivo’ (*reflexive equilibrium*). Ora, um ‘equilíbrio reflexivo’ só faz sentido no quadro de um ‘modelo construtivista’. Como nos diz Dworkin, tal modelo é de ‘vai e volta’: ajustes na teoria e ajustes nas convicções de cada um”. (FERRAZ, 2008, p.116).

<sup>173</sup> SANDEL, 1998, P. 135.

<sup>174</sup> Michael Sandel na obra *Justiça*: o que é fazer a coisa certa expõe um caso ocorrido no Brooklyn, no qual, adotou-se o sistema de cotas para brancos com o intuito de trazer diversidade para o condomínio que era subsidiado pelo governo de New York. Entretanto, alguns negros consideraram esse sistema injusto e deram início a processos judiciais alegando discriminação. O exemplo das cotas no projeto habitacional é bem diferente das cotas nas Universidades, entretanto, segundo Sandel, “do ponto de vista da equidade, ou dois casos são igualmente válidos ou inválidos”. (SANDEL, 2011, p. 220)

<sup>175</sup> SANDEL, 2011, p. 224. Para Sandel, “na concepção de Dworkin, a justiça nas admissões não é uma questão de premiar o mérito ao a virtude; só poderemos saber qual a maneira justa de distribuir as vagas das turmas de calouros uma vez que a universidade defina a sua missão. A missão estabelece os méritos relevantes e não o contrário”. (*Ibid.* p.216).

rejeitar práticas discriminatórias indesejáveis no futuro. E parece que Dworkin, sem dimensionar o perigo de sua argumentação, estaria na ladeira pronto a desandar.

Como vimos, Dworkin defende que as medidas favoráveis ao ingresso de negros em universidades pautam-se na ideia de que devemos aceitá-la por força de um objetivo socialmente valioso, qual seja, o de reduzir o grau de consciência das pessoas quanto à sua própria raça. Em outras palavras, ele afirma que podemos aceitar o sacrifício de um indivíduo (no caso um estudante branco) em prol da humanidade com base no argumento de utilidade social<sup>176</sup>. Entretanto, para Sandel<sup>177</sup>, o argumento é totalmente utilitarista na medida em que se vale do princípio da máxima felicidade em ação<sup>178</sup>. É o que vemos quando Dworkin, ao analisar o caso *DeFunis* na obra *Levando os Direitos a Sério*, afirma:

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho (...) 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<sup>179</sup>.

Essa afirmação nos parece um argumento de natureza utilitarista, embora tal posição seja rechaçada por Dworkin. É possível perceber que o fato de Dworkin considerar que certos indivíduos fossem tratados como meios para a satisfação de um fim alheio é uma máxima utilitarista. Porém, Dworkin ao se intitular um deontologista, o faz sobre uma base kantiana para defender as ações afirmativas. Nesse sentido, parece

---

<sup>176</sup> O que Dworkin afirma é que não há nada de paradoxal “na ideia de que um direito individual à igual proteção possa às vezes entrar em conflito com uma política social desejável, incluindo a política que visa tornar a comunidade mais igualitária como um todo” (DWORKIN, 1977a, p. 226).

<sup>177</sup> Apenas para citar, para o jurista Barzotto, há uma incompatibilidade da Constituição Brasileira com a reserva de vagas para negros nas Universidades. Para essa defesa, ele cita Sandel, “políticas de ação afirmativa (...) são inconstitucionais do ponto de vista da justiça social, na medida em que, a pretexto de estabelecer a igualdade, violam a dignidade dos envolvidos, (...) por reduzi-los à condição (...) de meio”. (SANDEL, 1998, p. 142, *apud* BARZOTTO, 2003, p.54).

<sup>178</sup> Ao analisar o caso Bakke, na obra *Uma Questão de Princípios*, Dworkin faz uma afirmação que acabaria nos remetendo a um posicionamento utilitarista, segundo ele: “O que importa para um candidato branco, é a chance que estes lhe dão durante a competição, e, em princípio, não faz nenhuma diferença para eles se sua raça representa uma pequena desvantagem constante na competição por todas as vagas ou nenhuma desvantagem para um número ligeiramente menor de vagas”. (DWORKIN, 2005, p. 462).

<sup>179</sup> DWORKIN, 2002, p. 350.

ser contraditório que ele se valha de uma argumentação utilitarista e antiliberal para endossar a sua posição em prol de um modelo de ação afirmativa forte.

Ademais, não há qualquer demonstração de que o princípio da máxima felicidade em ação garanta o que Dworkin pretende. Garantir cadeira cativa em uma faculdade de medicina para alguém em virtude de sua cor não garantirá, necessariamente, um benefício à comunidade estudantil, assim como não garante a preparação adequada deste indivíduo para viver em um mundo plural ou mesmo oferecer o retorno desejado à sociedade. Em outras palavras, as chances de um cidadão ascender a determinado posto variam de acordo com o talento de cada um, e nenhuma medida é capaz de abolir os efeitos da “distribuição” natural de talentos. Por isso, a ação afirmativa forte, não parece ser plausível a menos que também sejamos utilitaristas o que não é o caso de Dworkin. Pelo contrário, a ação afirmativa é injusta, pois é apenas um meio para garantir maior bem-estar geral, seja esse bem-estar no sentido psicológico de proporcionar maior prazer, seja no sentido preferencial de agradar a um maior número de cidadãos. Logo, são feridos os direitos individuais do estudante (que não é negro) que decidiu participar de um processo seletivo para a universidade, na medida em que a admissão é negada em nome do “bem comum” e da missão social da universidade. E por que um indivíduo, no caso um branco, não pode ser analisado, exclusivamente, por seus esforços e realizações, ao invés de um meio de promoção do “bem comum”? A lógica do indivíduo como meio não parece ser benéfica para a promoção de justiça em uma sociedade não utilitarista.

Outro ponto problemático identificado por Sandel na teoria de Dworkin diz respeito ao mérito. Para explicar tal situação, Sandel se vale do caso Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas<sup>180</sup>. Cheryl Hopwood era uma garota branca, criada apenas por sua mãe e enfrentou grandes dificuldades financeiras para conseguir concluir o ensino médio. Hopwood conseguiu entrar para a Universidade da Califórnia, em Sacramento e, após algum tempo, tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, que era considerada uma das melhores do país. Embora tenha alcançado uma nota consideravelmente alta para entrar no curso, Hopwood teve o seu ingresso negado, tendo em vista que a universidade utilizava-se de um programa de ação afirmativa que privilegiava minorias negras e descendentes de mexicanos nascidos nos Estados Unidos. Assim sendo, pertencentes desses grupos conseguiram ingressar no curso com médias

---

<sup>180</sup> Confira: Cheryl J. Hopwood v. State of Texas, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932.

escolares mais baixas e alcançaram um menor aproveitamento nos exames de admissão. Hopwood levou seu caso à justiça federal alegando ter sido discriminada. Semelhante aos casos Defunis e Bakke, o que está em questão nesse caso é se “é injusto considerar raça e etnia fatores prioritários no mercado de trabalho e na admissão à universidade?”<sup>181</sup>.

Ao analisar essa situação, Sandel apresenta dois argumentos comumente utilizados pelos defensores das ações afirmativas: o argumento da compensação histórica e o argumento da diversidade racial. Partindo desses dois argumentos, o filósofo afirma que se a questão é ajudar aqueles que estão em desvantagens, essa política deveria ter como fator diferencial a classe social e não a raça como vem acontecendo. Além disso, “se o critério racial tiver como objetivo compensar a injustiça histórica da escravidão e da segregação, qual seria o motivo para que se imputasse o ônus a pessoas como Hopwood, que enfrentou luta muito mais árdua para superar dificuldades econômicas?”<sup>182</sup> Em outras palavras, até quando devemos responsabilizar coletivamente? “Temos a obrigação moral de corrigir erros cometidos por uma geração anterior à nossa?”<sup>183</sup> As obrigações são apenas *qua* indivíduos ou enquanto membros de um determinado grupo? Responder a essas questões é de suma importância para compreendermos até quando devemos retroceder nessa lógica de compensação histórica.

No tocante ao argumento da diversidade, Sandel afirma que excluir Hopwood da vaga é ferir seus direitos. Além disso, os motivos pelos quais ela não foi aceita estão fora de seu controle. Logo,

o uso do favorecimento racial não tornará uma sociedade mais diversificada ou reduzirá os preconceitos e as desigualdades, mas afetará a autoestima dos estudantes de grupos minoritários, aumentará a conscientização racial em todos os lados, intensificará as tensões raciais e provocará a indignação entre os grupos étnicos brancos que acham que também eles deveriam merecer oportunidades. A objeção prática não diz que ela é injusta, mas que é provável que ela não atinja seus objetivos e resulte em mais problemas do que benefícios<sup>184</sup>.

Verificamos na crítica de Sandel, que o direito de Hopwood não pode ser violado tendo em vista um bem maior para a sociedade. Como já foi dito, essa é a

---

<sup>181</sup> SANDEL, 2011, p. 210.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>183</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 214.

defesa da teoria de Dworkin, que afirma que outros fatores também são alheios ao controle individual e nem por isso são injustos, como é o caso de ser mais ou menos inteligente, melhor ou pior jogador de basquete<sup>185</sup>. Nesse sentido, a universidade poderia escolher, de antemão qual critério considera mais justo para o sistema de admissão da universidade, seja aptidão atlética, capacidade acadêmica ou a diversidade do corpo estudantil.

Isso enquadra a teoria de Dworkin no chamado por Sandel de noção de “mérito moral”. De acordo com Sandel, na concepção de Dworkin o mérito moral é determinado a partir da escolha de determinado princípio, o que nesse caso seria a escolha da missão da universidade. Em outras palavras, o mérito do candidato não pode ser mensurado apenas por seu esforço, desconsiderando as capacidades naturais que são frutos da sorte e não da virtude. Nesse sentido, Sandel inicialmente concorda com Dworkin de que a entrada na Universidade não pode ser tomada como uma espécie de coroação de uma hipotética virtude ou competência, mas discorda da total dissociação da justiça em relação ao mérito. Primeiramente, porque a justiça muitas vezes é um aspecto desenvolvido para conceber honra, ou seja, não é apenas “de quem merece o quê, mas também de que qualidades são merecedoras de honrarias e prêmios”<sup>186</sup>. Além disso, as universidades não podem escolher suas missões livremente como bem decidirem, haja vista que nem toda ação parece ser válida. Nesse contexto, a ideia seria de que, contando que não venha a ferir os direitos humanos<sup>187</sup>, a universidade poderia escolher quais critérios são considerados válidos para a sua admissão, podendo ser inclusive o

---

<sup>185</sup> De acordo com Dworkin no texto *Why Bakke has no case*: “Color bars and Jewish quotas were not unfair just because they made race or religion relevant or because they fixed on qualities beyond individual control. It is true that blacks or Jews do not choose to be blacks or Jews. But it is also true that those who score low in aptitude or admissions tests do not choose their levels of intelligence. Nor do those denied admission because they are too old, or because they do not come from a part of the country underrepresented in the school, or because they cannot play basketball well, choose not to have the qualities that made the difference”. (DWORKIN, 1977b, p.09).

<sup>186</sup> SANDEL, 2011, p. 221.

<sup>187</sup> Como os previstos na Carta das Nações Unidas: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”. (Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948). Em outras palavras, deve-se garantir que “ninguém seja rejeitado por preconceito ou descaso e que os candidatos sejam julgados por critérios coerentes com a missão que a universidade adotou” (SANDEL, 2011, p. 224), e que foi de antemão definido.

critério de preferências hereditárias (preferências aos filhos de ex-alunos)<sup>188</sup> ou o critério de ser um ex – combatentes de guerra.

Para exemplificar essa relação entre o mérito moral e quem deverá ser admitido, Sandel propõe uma carta<sup>189</sup> que deverá ser enviada para Hopwood, como recusa de sua solicitação de ingresso na Universidade:

Dear Ms. Hopwood,

We regret to inform you that your application for admission has been rejected. Please understand that we intend no offense by our decision. We do not hold you in contempt. In fact, we don't even regard you as less deserving than those who were admitted. It is not your fault that when you came along society happened not to need the qualities you had to offer. Those admitted instead of you are not deserving of a place, nor worthy of praise for the factors that led to their admission. We are only using them - and you - as instruments of a wider social purpose. We realize you will find this news disappointing. But your disappointment should not be exaggerated by the thought that this rejection reflects in any way on your intrinsic moral worth. You have our sympathy in the sense that it is too bad you did not happen to have the traits society happened to want when you applied.

Better luck next time.  
Sincerely yours . . .<sup>190</sup>

Sandel também, ironicamente, indica como deveria ser enviada a carta para aqueles que conseguiram ter a sua solicitação aceita, mas que não possuíam mérito para tal, ou seja, tiveram pouco aproveitamento no teste de aptidão. Esta segunda carta deveria ser assim:

Dear successful applicant,

We are pleased to inform you that your application for admission has been accepted. It turns out that you happen to have the traits that society needs at the moment, so we propose to exploit your assets for society's advantage by admitting you to the study of law. You are to be congratulated, not in the sense that you deserve credit for having the qualities that led to your admission - you do not - but only in the sense that the winner of a lottery is to be congratulated. You are lucky to have come along with the right traits at the right moment. If you choose to accept our offer, you will ultimately be entitled to the benefits that attach to being used in this way. For this, you may properly celebrate. You, or more likely your parents, may be tempted to

<sup>188</sup> O objetivo de tais preferências é o de consolidar o “espírito comunitário e escolar ao longo do tempo” (SANDEL, 2011, p. 224), bem como “a esperança de que os pais de alunos, por gratidão, deem generoso apoio financeiro à sua *alma mater*” (*Idem, Ibidem*).

<sup>189</sup> Nos Estados Unidos é comum o envio de cartas para informar se o candidato foi ou não aprovado na aplicação para admissão na universidade.

<sup>190</sup> SANDEL, 2009, p. 94.

celebrate in the further sense that you take this admission to reflect favorably, if not on your native endowments, then at least on the conscientious effort you have made to cultivate your abilities. But the notion that you deserve even the superior character necessary to your effort is equally problematic, for your character depends on fortunate circumstances of various kinds for which you can claim no credit. The notion of desert does not apply here.

We look forward nonetheless to seeing you in the fall.

Sincerely yours . . .<sup>191</sup>

Outro ponto problemático apontado por Sandel é o fato de Dworkin, partindo da ideia de que o candidato não pode ser avaliado somente em abstrato, ou seja, por meio de testes de inteligência, deve apresentar algum talento que trouxesse uma proposta social relevante para a comunidade<sup>192</sup>. E, dentro dessa lógica, a questão racial é encarada por Dworkin como um fator relevante, ou seja, digno de tornar-se uma missão da universidade. Sendo assim, da mesma forma que um cirurgião que tem as mãos ágeis será capaz de servir melhor sua comunidade do que um que não as tenham, ser negro seria uma característica relevante para que o indivíduo seja um bom médico, dependendo da missão escolhida pela universidade. Além disso, não há garantias de que aquele sujeito beneficiado terá maiores ganhos do que aquele que foi impedido de entrar na universidade, pois a missão por ela aplacada era diferente de apenas testes de inteligência. Dworkin ao considerar essa argumentação válida, recai em uma série de erros, segundo Sandel<sup>193</sup>. Um deles é saber quais são os requisitos relevantes para a sociedade, seria a raça, ou algum outro critério relevante? Esses limites não podem ser claramente decididos uma vez que não consideram o indivíduo como possuidor de valor intrínseco e tal afirmação acaba engendrando, novamente, uma propositiva utilitarista. Como nos afirma Sandel:

Once admission or exclusion cannot plausibly be seen to depend on a notion of “merit” in the abstract or on an antecedent individual claim, the alternative is to assume that the collective ends of the society as a whole should automatically prevail. But the bounds of the relevant society are never established, its status as the appropriate subject of possession never confirmed. Once the self, qua individual self, is

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>192</sup> Cf. DWORKIN, *Taking rights seriously*. p. 12 a 15.

<sup>193</sup> Dworkin assume o perigo de considerar a raça como mérito, mas “only because they confuse its conclusion - that black skin may be a socially useful trait in particular circumstances - with the very different and despicable idea that one race may be inherently more worthy than another”. (*Ibid.*, p. 07).

dispossessed, the claims of the individual fade to betray an underlying utilitarianism which is never justified<sup>194</sup>.

O erro de Dworkin, pela ótica de Sandel, seria não considerar os indivíduos como tais, tomando-os apenas como produtos das preferências da comunidade, “occurs whenever an individual’s preferences must give way to society’s preferences, and should not be exaggerated by the thought that your rejection reflects in any way on your intrinsic moral Worth<sup>195</sup>”. Para Sandel, esse entendimento de ser preterido em detrimento do outro em prol da coletividade enfraquece a concepção de “self” da teoria de Dworkin, na medida em que fortalece a ideia de comunidade, não passando de uma fórmula sobre como usar alguns como meios para que os fins dos outros fossem alcançados. Isso é exatamente o que os liberais deontológicos estariam empenhados em rejeitar<sup>196</sup>. Dessa forma, ao defender a sua teoria, Dworkin se distanciaria do liberalismo por ele proposto e se aproximaria do comunitarismo ontológico<sup>197</sup>.

Nesse sentido, devo compartilhar os meus benefícios com a sociedade, não por que ela me fez ser quem eu sou e, por isso, é responsável por mim, mas por uma suposição duvidosa de que a “sociedade” tem o poder de me instrumentalizar em prol de um bem socialmente útil, ficando o sujeito impedido de servir seus próprios fins. Além disso, quando Dworkin afirma que a sociedade norte-americana é racialmente consciente e que a intenção das ações afirmativas é exatamente o de desconstruir esse preconceito<sup>198</sup>, Sandel afirma que Dworkin não explica o porque de ter de ser assim, para lidar com o problema da discriminação. De acordo com Sandel, Dworkin não dá provas de que essa é a melhor maneira de lidar com esse problema nem simplesmente explica o porquê da necessidade dessa responsabilidade coletiva.

---

<sup>194</sup> SANDEL, 1998, p. 140.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>196</sup> Segundo Sandel: “Finally, unless it is possible to identify the relevant community across which ‘my’ assets are properly shared and to establish its credentials, Dworkin’s argument for affirmative action and Rawls’ notion of common assets have the effect either of contradicting the central Kantian and Rawlsian injunction against using some as means to others’ ends, or evading this contradiction by relaxing altogether the bounds between the self and the other, thus lapsing into a radically situated subject”. (*Ibid.*, p. 147)

<sup>197</sup> Nesse sentido, Sandel afirma: “I acknowledge that I am indebted in a complex variety of ways for the constitution of my identity - to parents, family, city, tribe, class, nation, culture, historical epoch, possibly God, Nature, and maybe chance - and I can therefore claim little or no credit (or for that matter, blame) for having turned out the way I have (...). From this it seems reasonable to suppose that what at first glance appear as ‘my’ assets are more properly described as common assets in some sense; since others made me, and in various ways continue to make me, the person I am, it seems appropriate to regard them, in so far as I can identify them, as participants in ‘my’ achievements and common beneficiaries of the rewards they bring”. (*Ibid.*, p. 142).

<sup>198</sup> Confirma a citação 158.

Além disso, quando Dworkin se vale de expressões como “sociedade como um todo” ou “sociedade em geral”, o que pressupõe uma noção de sociedade “completa” que não é explicada. Cada sujeito se move em um número indefinido de sociedades, umas que abrangem um maior número de pessoas, e outras que abrangem outros grupos, cada qual com disposições e atribuições particulares. Segundo, se não existe essa sociedade tomada em abstrato, então, parece improvável que qualquer sociedade particular possa fazer qualquer tipo de reivindicação especial a partir de um conjunto de indivíduos que lá residem, de um ponto de vista moral<sup>199</sup>.

Dessa forma, podemos concluir que o problema da ação afirmativa dworkiniana encontra-se na sua argumentação quanto à diversidade e promoção social e, principalmente, na incoerência da base teórica de seu argumento, uma vez que, sendo um deontologista, Dworkin não poderia fazer uma defesa utilitarista de políticas públicas, nesse sentido, sua defesa de ações afirmativas não se sustenta em sua teoria normativa. O que demonstrou que sua proposta possui falhas que desqualifica completamente a sua defesa.

---

<sup>199</sup> Outro comunitarista que, apesar de não criticar a fundamentação teórica de Dworkin, critica a própria ideia de ações afirmativas é Walzer, que defende que as ações afirmativas implicam na violação do direito do não beneficiado, bem como a deformação do significado social do trabalho para aqueles que se candidatam, afirmando que existe remédios menos radicais e mais eficazes contra a situação que se encontram os negros norte-americanos. Dessa forma, a adoção dessas medidas provoca estereótipos e estigmas, logo, as ações afirmativas não tem um caráter profundamente igualitário, somente paliativo. Cf. WALZER. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. (2003).

#### 4. O LIBERALISMO DE THOMAS SOWELL

Através dos capítulos anteriores, reconstruímos os diversos elementos que cercam o problema das ações afirmativas em seus diferentes vieses: sócio-histórico, filosófico e jurídico. Nesse sentido, foram apontadas algumas incoerências no argumento de Dworkin através da crítica de Sandel, o que abre espaço para inserirmos outros elementos crítico à posição dworkiniana, tais como a insustentabilidade prática das ações afirmativas através das pesquisas e da teoria de Thomas Sowell. Como já aventado, este problema multifacetado precisa ser decomposto e as peças deste quebra-cabeça recompostas de um modelo filosoficamente sustentável. Para tanto, neste primeiro momento (4.1), apresentaremos a teoria de Sowell a partir de sua conhecida distinção entre o que chama de *visão restrita* e *visão irrestrita*. Juntas, elas fundamentarão os conflitos de visões. No segundo momento (4.2) seguiremos apresentando a conexão deficitária entre teoria e prática para o problema das ações afirmativas, demonstrando como as mesmas fracassaram em seus objetivos pretendidos. No terceiro subcapítulo (4.3), nosso enfoque será exclusivamente na interpretação de Sowell acerca das ações afirmativas nos Estados Unidos. No quarto momento (4.4), confrontaremos as pesquisas realizadas pelos reitores de Yale e Harvard (*The shape of the river*) com os dados da pesquisa de Stephan Thernstrom e Abigail Thernstrom, procurando através dessa tensão fundamentar a teoria de Sowell. Para isso, utilizaremos também dos economistas Walter Williams e Glenn Loury. E, por fim, no último momento (4.5), tentaremos ser propositivos sobre o que fazer diante deste cenário de inconsistência teórico-prática, ou seja, oferecemos uma alternativa para lidar com os problemas de desigualdade social e racial da sociedade.

##### 4.1. A crítica de Sowell à visão irrestrita

Chegamos ao ponto crucial do debate acerca do modelo de ações afirmativas de Dworkin. Para isso, faremos uso das críticas e teorias do economista norte-americano Thomas Sowell, o qual apresenta grandes contribuições para o pensamento político e econômico liberal contemporâneo. Analisaremos sua teoria e dados empíricos para

tentar responder se as ações afirmativas são ou não aplicáveis no contexto social estadunidense.

Para isso, valermo-nos da análise de dois tipos distintos de modelos políticos que Sowell irá chamar de: *i.* visão irrestrita e *ii.* visão restrita, que indicarão sob qual pressuposto teórico o indivíduo baliza seus juízos que conduzirão a uma determinada posição política. Por um lado, temos a visão irrestrita (*i.*) que visa a maior intervenção do Estado que, por meio de ações diretas aos indivíduos, busca solucionar os problemas sociais e políticos, causando conseqüentemente, um sobrepeso das instituições públicas na medida em que o Estado torna-se responsável por solucionar todas as mazelas sociais, afastando o compromisso da própria pessoa com seu progresso de vida. Nesse sentido, os problemas sociais deixam de ser dos indivíduos para tornarem-se, exclusivamente, culpa das instituições públicas que, por sua vez, se incumbem de adotar medidas neutralizadoras de desigualdades. Segundo Sowell, “dentro da visão irrestrita, temos a convicção de que as políticas sociais (...) são a solução”<sup>200</sup>. A nota característica dessa teoria consequencialista é a crença na “igualdade de resultados”, no qual é almejado que todos cheguem aos mesmos fins. Em outras palavras, a visão irrestrita defende que os problemas sociais podem ser solucionados, exclusivamente, por meio de teorias ideais. Todavia, a visão irrestrita possui inúmeras insuficiências quanto à sua aplicação que a tornam extremamente frágil. Mormente, por não considerar os limites da ação humana dentro dos processos sociais, como, por exemplo, as influências e limites da ação humana na educação e na economia, a visão irrestrita ignora as limitações humanas e vê a ideia de justiça como um resultado que sugere uma utopia. Para Sowell, dentre os exímios representantes da visão irrestrita, vale destacar Ronald Dworkin<sup>201</sup>.

Por outro lado, a visão restrita (*ii.*), defende que a sociedade é dotada de diversos defeitos endógenos e que as soluções definitivas não estão ao alcance do homem. Nesse sentido, as políticas públicas não só não surtem os efeitos esperados, mas criam novos problemas que até então não existiam<sup>202</sup>, ou seja, os efeitos da tentativa estatal de sanar

---

<sup>200</sup> SOWELL, 2011, p. 46.

<sup>201</sup> Dworkin, em especial, será muito criticado por Sowell, não só no que relaciona ao seu modelo liberal igualitário, mas também em sua teoria jurídica. Sowell considera que o ativismo judicial de Dworkin na sua tentativa de fundir a lei constitucional e a teoria moral, defendendo o ato de legislar não com base na democracia, mas com base no processo intelectual e moral dos processos decisórios, é a representação da visão irrestrita na seara jurídica. Além de Dworkin, Sowell citará William Godwin, Voltaire, Rousseau, entre outros, como grandes representantes da visão irrestrita.

<sup>202</sup>Um caso paradigmático é o do setor imobiliário no Brasil, que indubitavelmente foi o setor que mais cresceu nos últimos dez anos no país, tornando-se o símbolo do crescimento econômico do Brasil nos

um determinado problema acabam sendo contraproducentes. Isso decorre do fato da ação estatal, tal como a humana, ser restrita, dessa forma, o governo não consegue prever com exatidão o resultado de suas políticas, haja vista que não há como premeditar a ação humana, muito menos controlar tudo o que acontece na sociedade. Sowell entende que o Estado pode até fomentar alguns comportamentos humanos que podem ser considerados desejáveis e desestimular os indesejáveis, mas não há como, de fato, garanti-los ou evitá-los, pois, para a visão restrita, não há soluções certas e exatas, reconhecendo que o indivíduo não possui o conhecimento requerido para praticar qualquer ato governamental centralmente planejado. Sowell é adepto dessa visão realista e descrente do homem, segundo o qual os males do homem são resultado de suas próprias escolhas restritas e disponíveis em função das limitações morais e intelectuais do indivíduo. Segundo ele:

Para melhorar esses males e promover o progresso, os indivíduos confiam em características sistêmicas de certos processos sociais, tais como tradições morais, mercado ou famílias. Consideram esses processos mais como evoluídos do que concebidos – e confiam mais nesses padrões gerais de interação humana do que em políticas específicas concebidas para produzir diretamente certos resultados para determinados indivíduos ou grupos<sup>203</sup>.

Na visão restrita, há o predomínio da ideia de que o homem é restrito em relação ao que ele pode ser biologicamente, dessa forma, é um animal falível. Nesse sentido, as mudanças sociais devem ocorrer partindo de evoluções contínuas e da avaliação dos resultados destas mudanças. Por conseguinte, a ideia de justiça surge na visão restrita como a garantia de um processo e não como meramente um resultado<sup>204</sup>.

Sowell possui uma visão totalmente restrita da ideia de igualdade, que deve assegurar, exclusivamente, o tratamento igual entre os indivíduos enquanto um processo (*process regarding equality*) e não a partir de seus resultados. Essa igualdade não

---

últimos tempos. O crescimento deste setor incrementado pelo programa “Minha Casa, minha vida” foi desencadeado principalmente por uma política de injeção de crédito por parte dos bancos públicos. Analisando os dados dos últimos dez anos percebe-se que os preços dos imóveis cresceram cinco vezes, exatamente o mesmo crescimento do crédito imobiliário neste período. O que se obteve, com isso, foi uma euforia temporária, através da injeção artificial de dinheiro no mercado imobiliário, tornando a maioria dos compradores totalmente dependente do crédito monopolizado pelo Estado. Hoje este crédito já está flagrantemente escasso, demonstrando a insustentabilidade dessa política. Assim, atualmente esta mais difícil adquirir uma casa própria, além de muitas pessoas não ter conseguido findar seus débitos.

<sup>203</sup> SOWELL, 2011, p. 46.

<sup>204</sup> Podemos identificar como pensadores da visão restrita, além de Sowell, Adam Smith, Hobbes, Burke, Friedman, Hayek, entre outros. Cf. SOWELL, *Conflito de visões*, Cap. 5, *Variedade e dinâmicas das visões*.

considera se “uma dada situação pode levar a resultados que são mais favoráveis para um grupo do que para os outros”<sup>205</sup>, pois a igualdade encontra-se na garantia do acesso, e não se ao final do processo todos encontram-se em situações iguais. É por isso que, para a visão restrita, a igualdade não pode ser vista como garantia de resultados iguais que inevitavelmente irá impor tratamentos diferenciados, pois, os resultados dependem de outros fatores alheios ao processo, tais como competência moral e intelectual. Ademais, como já foi dito, tentar eliminar desigualdades utilizando manipulação artificial de processos acaba engendrando outras desigualdades, numa espécie de “paradoxo da igualdade”, na qual a tentativa de solucionar um problema oriundo das desigualdades acaba se sobrepondo ao propósito global e acaba por gerar outras desigualdades<sup>206</sup>.

Podemos perceber que a diferença entre as duas correntes de pensamento, que distanciarão a maneira de lidar com os problemas políticos não consiste na igualdade *de per se*, mas naquilo que deve ser igualado. Por um lado, temos a tentativa de igualar os resultados e, para isso, lançamos mão do poder e intervenção do Estado, não medindo esforços para alcançar tais resultados. Em outras palavras, a igualdade das condições materiais de vida que são almejadas sob a influência ou poder daqueles que possuem condições intelectuais necessárias para fazer com que o bem-estar de outros se torne sua preocupação específica. Por outro, temos a equalização do processo e a igualdade de oportunidades enquanto uma necessidade perante a lei, dessa forma, tratando “todos da mesma forma – julgá-los por meio dos mesmos critérios”<sup>207</sup>. Esta é a exigência de uma igualdade no julgamento individual, sob a influência das tradições e dos valores provenientes da experiência de muitos, amplamente compartilhada, mais do que da articulação especial de poucos.

Na obra *A conflict of visions*, Sowell demonstra as dificuldades da aplicação de políticas públicas defendidas pelos teóricos da visão irrestrita, citando o já abordado *Regents of the University of California versus Allan Bakke*<sup>208</sup>. Nesse caso jurídico, ocorreu por um lado, a vitória da visão restrita sob a visão irrestrita, em decorrência da

---

<sup>205</sup> HAYEK, 1973, p. 141.

<sup>206</sup> Friedman, apenas para citar, é um pensador que defende essa ideia, ele afirma que: “Uma sociedade que coloca a igualdade – no sentido de resultado – diante da liberdade não terá nem igualdade nem liberdade. O uso da força para alcançar a igualdade destruirá a liberdade, e a força, introduzida para gerar bons propósitos, acabará nas mãos de pessoas que a usam para promover seus próprios interesses”. (FRIEDMAN; FRIEDMAN, 1980, p. 148).

<sup>207</sup> SOWELL, 2011, p. 145.

<sup>208</sup> Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

decisão da Suprema Corte Norte Americana de rejeitar que o critério racial pudesse ser considerado o único critério para a entrada de grupos étnicos pré-definidos na universidade. E, por outro lado, a vitória da visão irrestrita sob a visão restrita quando a Suprema Corte escolheu que a raça poderia ser um dos critérios a serem considerados no processo de admissão na Universidade. Nesse aspecto, podemos considerar que a visão irrestrita sobressaiu-se à visão restrita. Citando a própria decisão:

A medida que essas prioridades começaram a ter seu efeito desejado, e as consequências da discriminação passada eram desfeitas, novas classificações judiciais seriam necessárias. O tipo de análise sociológica e política variável e necessária para produzir essas classificações simplesmente não é de competência judicial<sup>209</sup>.

A interpretação de Sowell é de que ao tentar privilegiar determinados grupos com medidas compensatórias, seja individual ou coletivamente, além de não surtir o efeito desejado, abre brechas para que outras políticas compensatórias cada vez mais limitadoras se estabeleçam, essas decisões “cujas ramificações vão além das intenções ou do controle daqueles que iniciam um processo desse tipo”<sup>210</sup>.

Por sua vez, durante o julgamento de Bakke, um outro juiz, esse adepto da visão irrestrita, utilizou-se de uma extensa lista de injustiças e desvantagens históricas que o grupo privilegiado pelas ações afirmativas na Universidade da Califórnia sofrera no passado como forma de embasar sua argumentação a favor das prioridades compensatórias, o que Sowell identificou como uma “cartada inútil”. Para o economista, o problema desse tipo de visão é o fato de considerarem que a causa-efeito de alguns terem pouco é “*porque* outros têm muito”<sup>211</sup>. A partir desse raciocínio, a culpa do pobre ser pobre é exclusivamente do rico. Sowell reconhece que não se trata de aceitar a desigualdade, pois muitos liberais não só repudiavam as desigualdades como propõem alguns projetos de ajuda aos pobres<sup>212</sup>. A questão é que, de acordo com a visão restrita, o livre mercado acarreta em mais benefícios que malefícios, haja vista que, quando a liberdade de mercado funciona, todos os sujeitos passam a ter condições de ascensão nos mais diversos níveis de vida. Por isso, o livre mercado se revela mais

---

<sup>209</sup> Regents of the University of California *versus* Allan Bakke, 438 U.S. 265, 297, *Apud* SOWELL, 2011, 147.

<sup>210</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>212</sup> É o caso de Adam Smith na obra *An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of nations* e Friedman na obra *Capitalism and Freedom*, capítulo XII.

interessante para aqueles que têm a chance de crescimento econômico do que para aquele que já são ricos.

A visão irrestrita, tal como a de Dworkin, que defende que a igualdade e a liberdade devem ser aplicadas como princípios semelhantes comete um grande equívoco, pois, para Sowell, esses dois princípios sempre irão sobrepor-se um sobre o outro. Para Sowell, o foco no processo da visão restrita vê na junção igualdade e liberdade um conflito, pois a liberdade individual e a igualdade de resultados diminui o poder da outra, ou seja, quanto mais liberdade menos igualdade, e vice-versa. Segundo ele, é ilusório “acreditar que a prescrição de resultados econômicos possa ser alcançada quando se mantém a liberdade em áreas não econômicas”<sup>213</sup>.

A concepção irrestrita de justiça parece se agravar quando Dworkin apresenta a sua justiça como “trunfos” que, invariavelmente, prevalecem sobre outras considerações sociais. Segundo Dworkin,

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano<sup>214</sup>.

Tal lógica fere a justiça do direito, na medida em que se pode interpretar a reivindicação de direitos como mero capricho. Sowell afirma que as questões de justiça são vistas por Dworkin como “contexto de resultados (...) mais do que em um contexto de processo”<sup>215</sup>. Logo, a justiça acaba se interessando “mais por esses resultados sociais como a distribuição de propriedade existente”<sup>216</sup>. A justiça dworkiniana, tal como interpretada por Sowell, é somente para servir aos indivíduos e a sua moralidade, o que enfraquece as leis escritas de justiça que devem ser observadas para manter a ordem.

Em termos de justiça social, o problema das visões irrestritas é o fato de considerarem a redistribuição de renda não como questão de humanidade, mas como questão de justiça. Assim, nessa visão, tanto a distribuição de renda como a mobilidade

---

<sup>213</sup> SOWELL, 2011, p.156.

<sup>214</sup> DWORKIN, 2002, p. XV.

<sup>215</sup> SOWELL, 2011, p.217.

<sup>216</sup> *Idem, Ibidem*. Segundo Laurence Tribe, “a proteção de uma reorganização majoritária de distribuições existentes de riqueza e de poder econômico, praticamente como se esses padrões e distribuições de capital refletissem algo decretado e de fato santificado pela natureza mais do que algo escolhido por uma forma de governo”. (TRIBE, *Constitutional Choices*, p. 05 *Apud* SOWELL, 2011, p. 217). Em outras palavras, refere-se à distribuição de capital existente, considerando as visões em prol da propriedade como contrárias à redistribuição.

social são tidas como questões de justiça concebida em resultados estatísticos<sup>217</sup>. Essa ideia vai ao encontro à proposta de Dworkin que subtrai processos sociais em prol dos objetivos sociais<sup>218</sup>. A visão dworkiniana, segundo Sowell, tende “a criar condições econômicas e sociais mais igualitárias na sociedade, mesmo quando os meios escolhidos implicam uma grande desigualdade em relação ao direito de decidir sobre essas questões e esses meios”<sup>219</sup>. Ou seja, as pessoas que se veem envolvidas nesse sistema não tem a oportunidade de escolher o que consideram melhor para si. Para Sowell, somente uma situação intelectual e moral extremamente desigual poderia justificar uma “igualdade imposta”<sup>220</sup> tal como é proposto por Dworkin e “somente um poder desigual poderia tornar isso possível”<sup>221</sup>. O problema dessa é que ela consiste na promoção de igualdade por meios extremamente desiguais que muitas vezes servem apenas para mascarar a vontade governamental de ampliar o seu poder para propor determinações arbitrárias em área antes isentas de seu poder.

Sowell resume que a tentativa irrestrita de igualar os resultados econômicos dos indivíduos é impossível de ser prevista. Em termos de justiça social, dever-se-ia deixar de lado os termos de objetivos a serem alcançados em troca de termos como incentivos criados pelos processos que são modificados. Nesse sentido, “cada ação deveria ser julgada como um meio de produzir efeitos conhecidos”<sup>222</sup>, ou seja, é nas formas como os benefícios são livremente repartidos pelo mercado que encontra-se a liberdade e a prosperidade. Sowell parte desse embasamento teórico para realizar um minucioso estudo dos efeitos das ações afirmativas no mundo. Através dos problemas encontrados na aplicabilidade desse modelo irrestrito de política pública, Sowell consegue demonstrar claramente a inviabilidade das ações afirmativas.

Para Dworkin, as ações afirmativas representam a aplicabilidade de sua igualdade de recursos, enquanto para Sowell tal política compensatória, que visa à

---

<sup>217</sup> Hayek já havia endossado essa tese ainda em 1973, na obra *Law, legislation and liberty*, ao afirmar que essa tentativa de criar um resultado de renda implicaria em criar processos que “podem destruir uma civilização” (HAYEK, 1973, p. 75.), haja vista o perigo desses processos para a liberdade e o bem-estar.

<sup>218</sup> Para consolidar sua crítica a Dworkin, Sowell se vale de referência à Hayek: “Opunha-se [Hayek] à própria noção de ‘ações’ da sociedade, ou de ‘tratamento’ de indivíduos e grupos pela sociedade como ‘antropomorfismo ou personificação’ incompatíveis com o conceito de processos sistêmicos’. ‘Pedir justiça desses processos é claramente absurdo’ (...), ‘os detalhes de uma ordem espontânea não pode ser justos ou injustos’ já os resultados não são planejados ou previstos e dependem de uma grande gama de circunstâncias desconhecidas por todos em sua totalidade”’. HAYEK, *Law, legislation and liberty*. Chicago, University of Chicago Press, 1972, pp.62-33-70, *apud* SOWELL, 2011, p. 225.

<sup>219</sup> SOWELL, 2011, p. 68.

<sup>220</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>221</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>222</sup> HAYEK, 1973, p. 39.

igualdade de resultados<sup>223</sup>, superestima a capacidade humana de prever resultados sociais, bem como sobrepõe esse tratamento compensatório sob a igualdade de todos os sujeitos. Essa é a lógica do direito como “trunfo”, *i.e.*, a utilização dos interesses pessoais para se sobrepor ao direito e ao bem comum, sob o princípio de que os membros desse grupo especial têm o direito de estar onde estariam caso não tivesse havido a discriminação de outrora. Observemos, a seguir, a pesquisa de Sowell e os problemas de tentar controlar os resultados sociais artificialmente.

#### 4.2. Sowell e as ações afirmativas ao redor do mundo

Segundo Sowell, o sistema econômico do *laissez-faire* é mais eficiente contra a discriminação do que as políticas públicas dos modelos igualitários. Ao tratar especificamente das ações afirmativas, Sowell defende que o Estado deveria permitir que os grupos sociais se arranjassem livremente, devendo intervir somente para evitar a adoção de políticas de conteúdo racistas. Sua crítica abarca três premissas essenciais, a saber: *i.* A discriminação sempre esteve presente na sociedade norte-americana, o que não impediu que as minorias alcançassem um grande crescimento econômico nos últimos tempos; *ii.* Em uma economia liberal, o preço a ser pago numa situação de discriminação é maior para quem discrimina do que para quem é discriminado, haja vista que a perda econômica em um livre mercado será maior para quem oprime. E, por fim, *iii.* as políticas de ação afirmativa prejudicam exatamente aquele grupo que ela deveria beneficiar<sup>224</sup>, além de prejudicar a sociedade como um todo, pois verificou-se o aumento da violência,<sup>225</sup> dentre outras mazelas, nos países em que as ações afirmativas foram implementadas.

Na obra *Affirmative Action Around The World*, Sowell analisa a aplicação dessas políticas governamentais e suas consequências empíricas em países como Estados

---

<sup>223</sup> Fullinwider, apenas para citar, também defenderá a igualdade de oportunidades em detrimento da igualdade de resultados. Para ele, a igualdade de oportunidades representa a cultura tipicamente americana, qual seja, a sociedade marcada pelos direitos individuais e o sucesso alcançado através do esforço e mérito, como uma recompensa pelo que você mesmo faz e não por quem você é. Ao contrário da igualdade de resultados que defende o direito de grupos a benefícios sociais por raça, que são para Fullinwider, preferências inaceitáveis para acabar com a discriminação, uma vez que basta apenas a não discriminação. A partir dessa ideia, ele questiona: “Why is there ever a need for more? Why is there ever a need actually to impose racial or gender quotas?” (FULLINWIDER, 1991, p. 268.)

<sup>224</sup> SOWELL, 1981, p. 18.

<sup>225</sup> Um dos exemplos citados por Sowell é o conflito ocorrido na Índia quando 42 pessoas foram mortas numa tensão motivada por uma diferença de 6 pontos oriundos de sistema de cotas numa Universidade local de Medicina no estado de Gujarat, revelando uma crescente violência entre grupos da Índia. Para saber mais, confira: Barbara R. Joshi, “Whose Law, Whose Order: ‘Untouchables’ Social Violence and the State in India,” *Asian Survey*, July, 1982 e John R. Wood, *Reservations in Doubt: The Backlash against Affirmative Action in Gujarat, India*, 1987, p. 408.

Unidos, Índia, Paquistão, Nigéria e Sri Lanka, concluindo que em nenhum desses países o programa obteve sucesso. Pelo contrário, esse tipo de política trouxe efeitos negativos para as próprias minorias a que se pretendia beneficiar<sup>226</sup>. O maior problema é que tanto os incentivos quanto as consequências tendem a ser ignoradas nas discussões políticas, as quais se preocupam em justificar políticas preferenciais e enaltecer seus benefícios, ignorando totalmente os resultados práticos delas. E, assim, novas políticas públicas são criadas sem que seja observada as suas consequências em outros países. Segundo Sowell, o primeiro país a aplicar as ações afirmativas foi a Índia<sup>227</sup>, país que continua tanto aplicando quanto ampliando tal política. Contudo, mesmo observando-se as dificuldades de sua aplicação, bem como os problemas sociais engendrados por ela, os Estados Unidos, assim como o Brasil, Malásia, Nigéria, África do Sul, entre outros optaram por adotar e manter tal política aplicada à realidade de cada país, o que inevitavelmente acabou por produzir os mesmos erros observados na Índia, como por exemplo, o acirramento das tensões raciais. Para Sowell, essa não observação faz com que as ações afirmativas já iniciem fracassadas nesses lugares.

Dos países observados, os delimitadores das ações afirmativas eram praticamente os mesmos que, apesar de ao longo do processo serem desvirtuados, servem como embasamento teórico de políticas afirmativas. São eles: *i.* a transitoriedade, ou seja, é um política temporária e, em geral, com prazo determinado para o seu fim; *ii.* Deve abarcar, exclusivamente, indivíduos pertencentes a um determinado grupo étnico pré-definido; *iii.* Deve garantir a representação do grupo pré-determinado; *iv.* As ações afirmativas devem consistir em vantagens de ingresso ou promoção, não devendo se estender para o restante do processo; *v.* A escolha do grupo denominado de minoria (que nem sempre representa uma minoria numérica) deve ser feita com base em discriminações históricas, mesmo que não seja adotado o argumento de compensação histórica; *vi.* Deve beneficiar aqueles que de fato necessitam das ações afirmativas, ou seja, os mais carentes financeiramente; *vii.* Deve gerar o progresso e a realização do projeto de vida do individuo beneficiado; *viii.* Deve gerar a diversidade e a boa relação entre os grupos;

---

<sup>226</sup> Cf. SOWELL, 2004, p. 146.

<sup>227</sup> Na Índia há constitucionalmente dois tipos de políticas preferenciais: uma para minorias nacionais consideradas menos favorecidas e outra para vários grupos locais em seus respectivos estados. A proposta era de elevar os níveis socioeconômicos das castas e tribos preferidas, promovendo acesso a emprego, universidade, representação no parlamento, entre outros benefícios. Porém, as consequências inevitáveis de tal benefício foi o acirramento do preconceito entre as castas, fazendo com que muitos dos aprovados na universidade, via cotas, desistissem por não se “sentirem bem” ou por não conseguirem acompanhar o rendimento da turma.

O primeiro grande problema identificado por Sowell diz respeito à duração das ações afirmativas. Após alguns estudos verificou-se uma ampla defesa da transitoriedade delas (ponto *i.*), isto é, logo na idealização de tais políticas o seu caráter transitório foi destacado. Na Índia, por exemplo, em 1949, a própria liderança dos intocáveis, grupo de minorias que inicialmente foram beneficiados pelas ações afirmativas, propuseram a adoção da política pelo período de apenas 10 anos, para evitar “political opposition and social conflict”<sup>228</sup>. Entretanto, as ações afirmativas no país existem até hoje, cerca de 70 anos depois. No Paquistão, as ações afirmativas a favor dos Bengalis pobres do Paquistão Oriental também surgiram com a determinação expressa de que deveriam ser descontinuadas dentro do período de 5 a 10 anos. Porém, sofreu sucessivas prorrogações que continuaram mesmo depois do Paquistão Oriental ter se tornado a nação independente Bangladesh em 1971<sup>229</sup>. Segundo Sowell, tais situações acontecem porque tentar eliminar uma condição secular através de um programa temporário é uma contradição, haja vista que a igualdade de oportunidade entre as pessoas pode ser conseguida em um tempo plausível. Todavia, essa ideia é totalmente diferente de eliminar a desigualdade de resultados, ou seja, deve ser garantida a igualdades de partida (e não de fim), como escolas de qualidades a todos e condições iguais para buscar seus próprios objetivos de vida. Não obstante, em todos os países citados ocorreu o interesse público para a manutenção dessa política, como forma de manutenção de políticos no poder. Nos Estados Unidos, alguns Estados se mostraram uma exceção, pois deram fim à política de ação afirmativa. Foi o que ocorreu, por exemplo, em 2014, quando após um plebiscito foi vetado qualquer tipo de tratamento preferencial a indivíduos ou grupos com base em raça, sexo, origem, cor ou etnia na admissão em instituições públicas de ensino superior de Michigan. Hoje, além de Michigan, as cotas estão abolidas na Califórnia, Flórida, Arizona, New Hampshire, Ocklahoma, Washington e Nebraska.

A proposta de políticas afirmativas é também limitada pela classificação dos pertencentes (ponto *ii.*), ou seja, apenas o grupo pré-determinado anteriormente, aquele que sofreu discriminação, deve ser beneficiado. Esta classificação, via de regra, deveria ser rigorosa com o intuito de evitar que outras pessoas que não os pertencentes ao grupo

---

<sup>228</sup> SOWELL, 2004, p.3.

<sup>229</sup> Cf. *Affirmative Action Policies in Pakistan* de Waseen Mohammed, p. 226.

pré-determinado se beneficiasse dessas vantagens<sup>230</sup>. Dada a necessidade de pertencimento a um determinado grupo, pessoas buscaram a sua reclassificação. Por exemplo, nos Estados Unidos, brancos com traços de indígenas, que anteriormente se classificavam como brancos, passaram a se declarar índios. Esse “fenômeno” foi observado através de um censo realizado no país, que constatou que o número de índios americanos cresceu com o tempo na mesma faixa etária, “a biological impossibility”<sup>231</sup>, como diz Sowell. De acordo com Grofman e Migalski: “the number of American Indians who were aged 15-19 in 1960 was just under 50,000. But, twenty years later, when these same individuals would be in the age bracket 35-39 years old, there were more than 80,000 American Indians in that cohort”<sup>232</sup>. Problemas parecidos ocorreram também na Austrália e na China<sup>233</sup>, por isso essas reclassificações conduzem à indagação acerca da eficiência do fundamento original dessas políticas.

O argumento da necessidade de representação de grupos (ponto *iii.*), reflete a vontade individual de ser representado, ou seja, de se identificar nos mais diversos setores da sociedade. Todavia, Sowell afirma que é muito comum não haver representações em todas as áreas e de todos os grupos, o que não é um demérito, haja vista que essa situação somente é alcançada quando “such numerical results have been imposed artificially”<sup>234</sup>. O fato é que, dificilmente, há representação proporcional entre todas as comunidades, não havendo problema na deficiência de uma determinada representação, uma vez que as diferenças culturais, hereditárias, geográficas, demográficas são comuns em todas as sociedades e ajudam a dar forma a capacidades e habilidades características de cada grupo, não sendo adequado tentar resolver essa

---

<sup>230</sup> Foi o que ocorreu com a Malásia, como se segue: “Although grading is supposed to be without reference to ethnicity, all grades must be submitted to an evaluation review committee having heavy Malay representation. Individual faculty members report various instances when grades were unilaterally raised, apparently for purposes of ‘ethnic balance’.” (MEANS, 1986, p. 108).

<sup>231</sup> SOWELL, 2004, p.08.

<sup>232</sup> GROFMAN;MIGALSKI, 1988, p. 86.

<sup>233</sup> Na Austrália, a adoção de algumas políticas compensatórias que beneficiavam os descendentes de aborígenes, provocou um assustador aumento dessa população. O censo do país verificou uma impossibilidade demográfica quando em apenas 5 anos, entre 1981 e 1986, houve o aumento de 425% na população que se declarava aborígene. Segundo Kasper, “The dramatic increase in numbers has much to do with record keeping, increasing intermarriage and the growing availability of substantial subsidies to people of Aboriginal descent”. (KASPER, 2002, p. 45). O mesmo problema ocorreu na China, quando em 1990 mais de 10 milhões de chineses se declaram pertencentes a uma minoria étnica com o intuito de usufruírem do benefícios, tais como notas mais baixas para a admissão na Universidade e promoção em empregos. Para saber mais confira a obra: *Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints*, de Barry Sautman.

<sup>234</sup> SOWELL, 2004, p.06.

questão artificialmente<sup>235</sup>. Basta observar as disparidades nas mais diversas profissões, assim como no esporte e na música<sup>236</sup>. Partindo desse argumento, Sowell ironiza que se as medidas compensatórias “temporárias” forem estipuladas até que se alcance o objetivo de garantir uma representação quantitativa entre os grupos, tal medida “could more fittingly be characterized as eternal”<sup>237</sup>.

Nesse sentido, Sowell argumenta que as sub-representações muitas vezes são confundidas com discriminação. O fato de nos Estados Unidos algumas áreas terem poucos negros não poderia ser considerado por si só como discriminação, não que ela não ocorra, mas muitas vezes o problema é de sub-representação e não de discriminação. Para o economista a presunção de que essas sub-representações são frutos da discriminação são raramente testadas quanto às qualificações. Ocorre que, na maioria das vezes, as sub-representações estão diretamente ligadas à má-formação escolar e falta de investimento público na educação em determinadas regiões. Seguindo os dados do *College Board*, Sowell afirma que:

Of the year 2001, there were more than 16,000 Asian American students who scored above 700 on the mathematics SAT, while fewer than 700 black students scored that high—even though blacks outnumbered Asian Americans several times over simply passed over in utter silence—or are drowned out by strident assertions of ‘covert’ discrimination as explanations of a dearth of blacks in institutions and occupations requiring a strong background in mathematics<sup>238</sup>.

Considerando as ações afirmativas no ensino superior e o número de vagas a serem preenchidas por alunos cotistas, é possível perceber que essa representação estará muito aquém da quantidade suficiente para preencher arbitrariamente as cotas baseadas numa tentativa de “representação” da população total.

---

<sup>235</sup> Segundo Weiner, “all multi-ethnic societies exhibit a tendency for ethnic groups to engage in different occupations, have different levels (...) of education, receive different incomes, and occupy a different place in the social hierarchy”. (WEINER, 1984, p. 64).

<sup>236</sup> Há ainda aqueles que foram minorias no passado, mas que dada alguma habilidade ou conhecimento especial tornaram-se super representados em funções consideradas de auto nível. É o caso dos asiáticos na tecnologia e dos alemães imigrantes que criaram grandes fábricas de cerveja nos Estados Unidos, Argentina e Brasil. Segundo Sowell, “Long before they ever set foot on American soil, and ever since as well, Germans have been over-represented in beer production, Jews in the clothing industry, and the Irish in politics and in the priesthood. The fortunes of these different industries, and not discrimination, can thus account for further income differentials”. (SOWELL, 1981, p. 44).

<sup>237</sup> SOWELL, 2004, p.07.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 184. O SAT, *Scholastic Aptitude Test* ou *Scholastic Assessment Test*, é um exame educacional padronizado aplicado aos estudantes secundaristas nos Estados Unidos. O SAT funciona como o ENEM no Brasil, servindo como um dos critérios para a admissão nas universidades norte-americanas.

No texto *Weber and Bakke, and the Presuppositions of 'Affirmative Action'*, Sowell afirma que o problema das diferenças de renda entre brancos e negros deve ser considerado a partir das diferenças regionais, pois para ele os grupos possuem diferenças entre si que são derivadas de diferenças regionais. Nesse sentido, Sowell sugere que nas avaliações das diferenças de salários entre brancos e negros fosse considerados as diferenças regionais, pois negros do norte tendem a ganhar mais que negros do sul. Assim, devem ser consideradas também as diferenças culturais, pois negros da mesma cultura tendem a ter aproximadamente os mesmos ganhos. Segundo Sowell,

Income differentials are greater between California and Arkansas or between Alaska and Mississippi than between whites and blacks. Blacks in Mississippi earn less than half of that attained by blacks in New York. Ethnic groups, moreover, have widely varying geographical dispersions (...). There are two ways to separate the effects of culture on income from those of race and discrimination: compare people of the same colour but different culture; and compare people of the same culture but different colour (...). First, by considering the more accomplished black West Indians who have a cultural background quite different from other black Americans from whom they are physically indistinguishable; and secondly, by citing a study which shows that blacks and whites with the same reading (or non-reading) habits were earning the same incomes, regardless of race<sup>239</sup>.

Ademais, a ideia de que as políticas de ações afirmativas deveriam consistir em vantagens de ingresso ou promoção que não se estende para vantagens posteriores (ponto *iv*) também foi defendida na maioria dos países, tendo em vista a necessidade de recorrer a mais medidas de favorecimento que apenas o ingresso. Nos Estados Unidos, por exemplo, as cotas no ensino superior surgiram como alternativa para que as minorias ingressassem em Universidades, com a condição de que esse seria apenas o único benefício que elas teriam ao longo de sua estada na Universidade. Porém, ao longo do processo e da avaliação dos alunos que obtinham esse tipo de beneficiamento inúmeras universidades sentiram a necessidade de adotar outras medidas como a chamada “nota afirmativa”, que consistia em uma nota especial com o intuito de evitar o excesso de taxas de reprovação para os alunos ingressos de políticas preferenciais<sup>240</sup>. Esse mesmo sistema de “nota especial” foi aplicado na União Soviética em relação aos

---

<sup>239</sup> SOWELL, 1981, p.17.

<sup>240</sup> SOWELL, 1972, p. 131.

ingressos de alunos pertencentes às minorias da Ásia Central<sup>241</sup>, assim como na Índia, que são os chamados “pontos de favor”.

Além disso, a discriminação sofrida outrora é um dos critérios considerados para a aplicação das políticas compensatórias (ponto v.). Mesmo quando o país não adota propriamente o argumento da compensação histórica, a discriminação encadeada pelos fatos passados é considerada nos demais argumentos. Todavia, para Sowell, é impossível remediar os males provocados por atitudes no passado através de políticas compensatórias, pois mesmo tentando ressarcir os grandes males, aqueles que, de fato, sofreram a discriminação já estão mortos. Nesse sentido, “Acts of symbolic expiation among the living simply create new evils”<sup>242</sup>, em outras palavras, na tentativa de beneficiar os discriminados de outrora, acabam criando males para o presente, tais como são os acirramentos raciais. É fato que muitos grupos sofreram discriminação, assim como foram mantidos em atraso, porém Sowell considera que tentar resolver esse problema artificialmente gerará outros problemas tais como violência e o ressentimento.

Outro grande ponto dos estudos de Sowell é o fato de que em todos os países que ele observou em sua pesquisa, as ações afirmativas não cumpriram com o seu dever de beneficiar aqueles que mais precisavam das ações afirmativas (ponto vi.). Ocorre que, para conseguir competir num processo de admissão da Universidade, apenas o pertencente ao grupo mais privilegiado financeiramente eram os beneficiários, logo, dificilmente o mais pobre teria condições educacionais de competir com os outros. É o que aconteceu com os intocáveis na Índia<sup>243</sup>. A dolorosa história e a continuada opressão dos intocáveis na Índia fez com que o governo criasse benefícios preferenciais exclusivos para eles. Em pouco tempo, outras classes também consideradas em “atraso” (*backwards classes*) reivindicaram seus benefícios e conseguiram ser incluídos no sistema de cotas. A consequência disso é que apenas 6% das cotas totais são preenchidas pelos intocáveis. O problema como um todo é que essas políticas surtiram pouco efeito para as minorias mais pobres e grandes problemas para a sociedade, haja

---

<sup>241</sup> Confira a obra *Labour and Nationality in Soviet Central Asia: Na Uneasy Compromise* de Nacy Lubin, 1984.

<sup>242</sup> SOWELL, 2004, p. 167. Sowell afirma que nenhum sofrimento histórico pode justificar benefícios preferenciais para, por exemplo, pessoas da Ásia ou da América Latina, que não sejam brancos, mas cujos antepassados por certo jamais sofreram qualquer discriminação nos Estados Unidos.

<sup>243</sup> Também no Brasil essa situação acontece. Segundo Antônio Guimarães, é possível perceber que: “a classe socioeconômica interfere no desempenho dos membros de todos os grupos de cor: quanto maior a classe socioeconômica do candidato, melhor o seu desempenho, maiores as chances de acesso. (...) Evidentemente, esses dados apontam para problemas estruturais da sociedade brasileira, que precisam ser enfrentados, entre os quais se destacam a pobreza dos “negros” e a baixa qualidade da escola pública”. (GUIMARÃES, 2004, p. 257).

vista que, além de todos os acirramentos raciais provocados por esses benefícios, aqueles de outros grupos que perderam a sua vaga na Universidade raramente são milionários. Pelo contrário, na maioria das vezes são indivíduos que estão lutando para ingressar no ensino superior, quer dizer, a parte mais pobre dos brancos. Além disso, quando as ações afirmativas deixam de beneficiar os que se encontram em maiores desigualdades econômicas para beneficiar, desproporcionalmente, àqueles dentro dos grupos eleitos que se encontram em posições mais vantajosas, ou até em posições mais favoráveis que a grande maioria das pessoas, o fundamento da aplicação dessas medidas se perde, ou seja, a população que deveria ser beneficiada não é a população que de fato recebe os maiores incentivos<sup>244</sup>. Para Sowell:

Both advocates and critics of such policies have tended to overestimate the benefits that have been transferred. Moreover, the distribution of benefits from group preferences and quotas often shows the same disparities as the broader social inequalities which they are supposed to be remedying<sup>245</sup>.

Quanto à defesa de que as ações afirmativas devem garantir o progresso do grupo minoritário e a realização individual de um projeto de vida (ponto *vii.*), Sowell afirma que tais medidas, ao invés de gerar maior progresso e realização de projeto de vida dos beneficiários, contribuindo para que os grupos se tornassem mais prósperos, acabaram provocando a diminuição do esforço, dado a certeza do favorecimento. Para Sowell, a certeza de ser beneficiado engendra a preguiça. Para demonstrar esse fato, ele exemplifica por meio de uma pesquisa realizada nas universidades norte-americanas, na qual se verificava as preocupações dos estudantes de graduação em relação à pós-graduação, sendo sintomático perceber que os estudantes cotistas que intencionavam fazer esse curso não se preocupavam com os processos de admissão, pois acreditavam que os critérios seriam amenizados para que eles pudessem entrar<sup>246</sup>. O mesmo foi

---

<sup>244</sup> Para exemplificar essa situação, Sowell apresenta os seguintes dados empíricos: “In India’s state of Tamil Nadu, for example, the highest of the so-called ‘backward classes’ legally entitled to preferences, constituting 11 percent of the total ‘backward classes’ population in that state, received almost half of all jobs and university admissions set aside for these classes. In Malaysia, where there are preferences for the indigenous ‘sons of the soil’ majority, Malay students whose families were in the top 17 percent of the income distribution received just over half of all scholarships awarded to Malays. In Sri Lanka, preferential university admissions for people from backward regions of the country appear likewise to have benefited primarily students from affluent families in those regions”. (SOWELL, 2004, p.13).

<sup>245</sup> SOWELL, 2004, p. 166. Além disso, “that benefit more fortunate members of less fortunate groups ‘borrow legitimacy from the national commitment to ameliorate the condition of the lowest’, while at the same time ‘they undermine that commitment by broadcasting a picture of unrestrained preference for those who are not distinctly worse off than non-beneficiaries’”. (SOWELL, 2004, p. 13).

<sup>246</sup> Cf. THOMPSON, 1973, p. 88.

verificado na Malásia<sup>247</sup>, onde há cotas para a população majoritária, sendo “os estudantes malaios que se consideram com o futuro assegurado são menos pressionados por um bom desempenho”<sup>248</sup>. Tal problema acontece por se tirar o peso do mérito, favorecendo o pertencimento ao grupo. Dessa forma, os beneficiados podem sentir-se tão favorecidos a ponto de diminuir seus esforços, ocasionando a falta de comprometimento desses alunos. Ora, partindo dessa ideia, como podemos exigir o esforço de um grupo que tem consciência de que será favorecido em detrimento de outro por questões de grupo e não unicamente de mérito? Isso não tornaria o esforço desnecessário? Por outro lado, por que aqueles que não são beneficiados precisam se esforçar, já que a batalha já está perdida? Não seria um esforço inútil? No entender de Sowell, todos acabam perdendo com essa lógica, o grupo beneficiado, o não beneficiado e a sociedade como um todo, haja vista que a perda no conjunto acontece quando os dois grupos deixam de contribuir com o que poderiam pela sociedade. É o direito substituindo a conquista ou necessidade de “melhoramento”. Para o economista Lance Roberts, as ações afirmativas são injustas, inclusive, para aquelas minorias que conseguiriam entrar na universidade sem o uso desse tipo de favorecimento. De acordo com Roberts, “preferential treatment is destructive of the person’s self-image, for he will never know for sure whether he owes his promotion or acceptance to his own merits or to the fact that he happens to be a member of a minority group”<sup>249</sup>. Além disso, esse tipo de política faz com que as habilidades dos cotistas sejam sempre suspeitas. Para Sowell, não só os cotistas terão a sua credibilidade e conhecimento

---

<sup>247</sup> Na primeira metade do século XX o governo da Malásia fabricou sua própria ação afirmativa, criando medidas distintas para garantir que malaios (*bumiputera* – “filhos do solo”) detivessem lugares em universidades (cotas de 70% para os *bumiputera*) e postos de trabalho relevantes – em detrimento de outros grupos como indianos e chineses. Ocorre que a Malásia, assim como o Brasil e os Estados Unidos, possui uma vasta diversidade racial. A consequência de tal política foi, primeiramente, que os dotados de talentos dificilmente poderiam atualizar esses mesmos talentos, haja vista que possuíam outra raça, por exemplo, chineses e indianos e esses, mesmo que obtivessem o mérito, não detinham as vagas nas escolas públicas, pois esta era destinada aos malaios (política da “*Malásia malasiana*”). A própria Constituição malaia possuía no artigo 153º o seguinte texto: “é atribuído ao rei da Malásia a responsabilidade de resguardar a posição especial dos malaios e nativos dos estados de Sabah e Sarawak”, ou seja, uma proclamação de desigualdade perante a lei que excluía completamente os chineses étnicos dos privilégios educacionais e econômicos. (Cf. MAGNOLI, 2009, p. 301). Entretanto, ao longo do tempo, “apesar da falta de escolas públicas, as taxas de alfabetização sempre superaram as dos malaios e uma parcela muito maior de jovens chineses prosseguiram os estudos até a universidade”. (*Ibid.*, p. 303). A consequência dessa situação, foi que em 09 de Agosto de 1965 diversas etnias, em especial os chineses, promoveram Cingapura de estado malaio a país independente. Por volta da década de 70, Cingapura já era um dos “quatro tigres” asiáticos. Possuidora uma economia altamente desenvolvida e com uma das mais modernas infra-estruturas do mundo, com uma renda *per capita* de US\$ 51 142. Cingapura tem o índice de desenvolvimento humano de 0,864, o que é considerado muito elevado. Ao passo que a Malásia tem uma renda *per capita* de apenas US\$ 14.400 e o IDH de 0,744.

<sup>248</sup> HOROWITZ, 1985, p. 670.

<sup>249</sup> ROBERTS, 1981, p. 27.

questionados como pode haver uma diminuição das oportunidades de emprego para esse grupo, pois os contratantes podem temer sofrer represália caso necessitem demitir alguém pertencente a uma minoria<sup>250</sup>.

A exigência de que as ações afirmativas promovam a diversidade e a boa relação entre os grupos (ponto *viii.*) configura outra utopia das ações afirmativas, segundo Sowell. O que aconteceu, pelo contrário, é o acirramento das questões raciais, ficando comprometida, inclusive, a cooperação entre os colegas, pois os cotistas podem ter sua competência subestimada. De acordo com Sowell, “minority professors on American campuses have complained that being thought of as ‘affirmative action’ professors by their colleagues has led to less intellectual and research interaction<sup>251</sup>”. Essas tensões provocam o estigma de “profissionais de cota”, ou seja, os profissionais são obrigados a conviver sob a “sombra” de ser um cotista. O ressentimento intergrupos que é fortemente observado nos Estados Unidos, na análise do economista, é uma consequência inevitavelmente gerada por políticas de benefício. Ele observa que outros grupos minoritários, que não possuíam privilégios, já conseguiram se desenvolver mais e nem por isso ocorreu tantos conflitos inter-raciais. É o caso dos estudantes nipo-americanos que são minorias no país. Filhos de rústicos trabalhadores rurais que migraram para os Estados Unidos sem nenhum dinheiro, os asiáticos atingem notas bem mais altas que as dos estudantes brancos norte-americanos. E, ao contrário da relação com os asiáticos, os brancos e os afro-americanos frequentemente entram em conflitos, além de haver sempre certa irritação com relação à perda de vagas. Esse ressentimento é visto por Sowell não como consequência da transferência de renda, mas sob qual base esta firmada tais preferências. Nesse sentido, a ideia de que os cotistas estão sendo tratados de uma maneira “mais igual” que todos os outros engendra conflitos e ressentimentos. E na balança entre o ressentimento inter-racial e os benefícios originários dessas transferências, tudo indica que esse primeiro pesa significativamente mais<sup>252</sup>. É o que diz Sowell:

---

<sup>250</sup> Nesse sentido, Sowell afirma: “But in an era of affirmative action, prestigious universities come to fear the possible repercussions of dismissing any minority group faculty member. They are led to *lower* their demand for untested and, hence, ‘risky’ minority academics who might not prove worthy of tenure, *raise* their demand for highly qualified ‘safer’ minority individuals, and to *shift* such people out of the faculty and into the administration where ‘up-or-out’ policies do not prevail. Firability thus becomes a criteria of hirability. In making it more troublesome to fire a ‘risky’ minority person, affirmative action perversely makes it more difficult for him to be *hired* in the first place!” (SOWELL, 1981, p. 18).

<sup>251</sup> SOWELL, 2004, p. 15.

<sup>252</sup> We hear innumerable tales of persons being deprived of appointments in favour of people who ranked lower than they did in the relevant examinations. No doubt this does happen, but if all these people were, in fact, paying the price for appointments to Scheduled Castes, there would be many more SC persons

This feeling in the general population which leaders of the civil rights movement of the 1960s were able to mobilize behind their efforts to destroy the Jim Crow laws of the South, so that a majority of the members in both houses of Congress from both political parties voted for the landmark Civil Rights Act of 1964 and the Voting Rights Act of 1965<sup>253</sup>.

Para Sowell, o problema é o antagonismo das ações afirmativas que se afastaram do conceito inicial de “tratamento igual para todos” originário das lutas pelos direitos civis no contexto em que Martin Luther King sonhava com um país em que seus filhos “will not be judged by the color of their skin but by the content of their character”<sup>254</sup>, em direção ao conceito dos resultados equalizados para grupos. E, sob a ilusão das vantagens oriundas da diversidade, que são raramente testadas empiricamente, eclode a violência, a polarização e o ressentimento nos rastros de tais políticas em diversos países. O resultado são efeitos contrários ao que se pretendia originalmente, restando hostilidade ao invés de diversidade. Ademais, mesmo que um aluno cotista se forme como o primeiro da turma, ele terá de enfrentar o estereótipo de ser um cotista, bem como a suposição de uma competência inferior.

#### 4.3. Ações afirmativas nos Estados Unidos: a interpretação de Sowell

Sowell analisa o problema das ações afirmativas nos Estados Unidos e afirma que há uma série de conclusões falsas em relação aos negros no país. Para o economista, os defensores das ações afirmativas tentam descrever os negros como socialmente inferiores devido aos problemas de escravidão no passado e da presente discriminação, deduzindo que se os negros progrediram economicamente, foi devido às políticas compensatórias. Isso é um “erro crasso” de avaliação, haja vista que os negros não só evoluíram muito economicamente após o término da escravidão, como vinham evoluindo antes de qualquer política compensatória. Para demonstrar essa situação, Sowell afirma que a classe média norte americana progrediu, todavia esse progresso não foi devido ao uso das ações afirmativas, pois ela já estava crescendo antes disso. Não

---

appointed than there actually are. To illustrate: supposing that 300 people qualify for ten posts available. The top nine are appointed on merit but the tenth is reserved, so that the authorities go down the list to find an SC applicant. They find one at 140 and he is appointed. Whereupon all 131 between him and the merit list feel aggrieved. He has not taken 131 posts; he has taken one, yet 131 people believe they have paid the price for it. Moreover, the remaining 159 often also resent the situation, believing that their chances were, somehow, lessened by the existence of SC reservations. Lelah Dushkin, “Backward Class Benefits and Social Class in India, 1920–1970,” *Economic and Political Weekly*, April 7, 1979, p. 666.

<sup>253</sup> SOWELL, 2004, p. 16.

<sup>254</sup> Cf. KING, Martin Luther. Discurso disponível em: <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihavedream.htm>>.

obstante, os altos cargos no mercado de trabalho alcançado pelos negros foi maior nos 5 anos anteriores as leis de ações afirmativas que nos 5 anos posteriores à aplicação dessa lei<sup>255</sup>. Igualmente, os negros que cursavam a universidade dobrou nas duas décadas que precederam a revolução dos direitos civis ocorrida nos anos 60, o que consequentemente refletiu no crescimento ocupacional dos negros, enquanto nos anos posteriores da aprovação de lei dos direitos civis esse crescimento diminuiu. Percebe-se, assim, que a ascensão do negro foi menor após a adoção das ações afirmativas, bem como ela beneficiou, principalmente, os mais afortunados dentro do grupo étnico. Tal situação também aconteceu em outros países como Índia e Malásia<sup>256</sup>.

Outro dado relevante é que entre o período de 1967 e 1992, época de diversas medidas de ações afirmativas nos Estados Unidos, os 20% dos negros mais ricos dos Estados Unidos tiveram suas receitas acrescidas quase na mesma proporção em que os 20% dos negros mais pobres tiveram a sua renda reduzida<sup>257</sup>. Em outras palavras, enquanto na era da ação afirmativa os negros mais pobres, aqueles que teoricamente deveriam ser os beneficiados pelas ações afirmativas, ficaram ainda mais pobres, a população negra mais rica tornou-se ainda mais rica, inclusive, alguns se tornaram bilionários. Esse resultado parece ser contraditório, pois o objetivo desse tipo de política não é esse.

É inquestionável que alguns negros tenham ascendido socialmente, mas não se sabe se de fato isso foi consequência das ações afirmativas ou de outros fatores externos. Para Sowell, fazer essa simples comparação entre antes e depois não é o suficiente para mensurar com exatidão o aproveitamento do negro que usufrui da ação afirmativa. Isso “would be assuming that nothing else had changed, when in fact the very dynamics of establishing affirmative action programs often reflect changes that were already under way before group preferences began”<sup>258</sup>. Em outras palavras, o grupo que reivindicou as ações afirmativas, provavelmente, já estava em processo de instrução. Nesse sentido, em termos de progresso econômico e social, não só é difícil mensurar o que é mérito da política pública e o que é esforço individual, como

---

<sup>255</sup> Cf. MOYNIHAN, 1965, p. 752.

<sup>256</sup> Segundo Sowell: The percentage of black families with incomes below the official poverty line fell from 87 percent in 1940 to 47 percent by 1960 - all of this before the civil rights legislation of that decade, much less the affirmative action policies of the 1970s. Between 1960 and 1970, the poverty rate among black families dropped an additional 17 percentage points and, after the decade of the 1970s in which affirmative action was established, the poverty rate among blacks fell one additional percentage point”.(SOWELL, 2004, p. 21).

<sup>257</sup> BOWEN;BOK.1998, p. 45.

<sup>258</sup> SOWELL, 2004, p. 19.

acabamos enfraquecendo esse segundo em detrimento do primeiro. Além disso, segundo Sowell, não se pode supor simplesmente que se os negros não tivessem sofrido discriminação racial teriam atingiriam rendas parecidas com as dos brancos, quando os próprios brancos possuem diferentes rendas.

Quando as ações afirmativas foram criadas e aplicadas nos Estados Unidos, o professor Clyde Summers, da Yale Law School, a designou como uma solução irreal para um problema real. Segundo ele:

Anyone who is at all aware of our historic brutal discrimination against minority groups, and is sensitive to our continued pattern of deprivation, wants to believe in measures which promise to open doors of opportunity and provide some recompense for past injustices. To raise questions about this program in which so many so deeply believe almost inevitably leads to misunderstanding, no matter how one tries to make himself understood. More troublesome, what one writes may be seized upon and used by those who seek excuses for doing nothing and thus preserving the present pattern of deprivation.<sup>259</sup>

Summers considerou problemática a adoção desse tipo de política verticalmente, ou seja, da universidade para resolver um problema social estrutural. Para ele, tal adoção criava um *mismatching*, uma espécie de “descasamento” entre a condição real do estudante e o tamanho da exigência da universidade na qual ele estava ingressando. Segundo Summers, um estudante cotista que fosse aprovado com 100 ou 150 pontos a menos que um estudante regular, provavelmente terá poucas chances de se formar. O que acontece é apenas a transposição de vagas, em que o estudante, ao invés de ser admitido em uma universidade de exigência um pouco mais baixa na qual ele teria condições de ser muito bom, é admitido em uma universidade de alto padrão, na qual ele não consegue acompanhar o rendimento da turma. De acordo com Summers:

If Harvard or Yale, for example, admit minority students with test score 100 to 150 points below that normally required for a nonminority student to get admitted, the total number of minority students able to get a legal education is not increased thereby. The minority students given such preference would meet the normal admissions standards at Illinois, Rutgers or Texas. Similarly, minority students given preference at Pennsylvania would meet normal standards at Pittsburgh; those given preference at Duke would meet normal standards at North Carolina, and those given preference at Vanderbilt would meet

---

<sup>259</sup> SUMMERS, 1970, p. 380.

normal standards at Kentucky, Mississippi and West Virginia. Thus, each law school, by its preferential admission, simply takes minority students away from other schools whose admissions standards are further down the scale(...) In sum, the policy of preferential admission has a pervasive shifting effect, causing large numbers of minority students to attend law schools whose normal admission standards they do not meet, instead of attending other law schools whose normal standard they do meet<sup>260</sup>.

Sowell demonstra esse “descasamento” ao analisar empiricamente como os negros se prejudicavam com a política de cotas raciais criadas pela disputada escola de engenharia do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, uma das mais prestigiosas instituições acadêmicas dos Estados Unidos. Segundo ele, os negros recrutados pelo MIT estavam entre os 5% melhores negros do país em matemática, mas mesmo assim ao entrarem na Universidade, necessitavam fazer cursos extras por alguns anos. Isso acontece porque os brancos do MIT estão no topo em matemática<sup>261</sup>, enquanto os negros cotistas, mesmo sendo muito bons, estavam abaixo do nível de excelência da universidade. No entender de Sowell, o rendimento deles poderia ser bem mais interessante caso estudassem em outras instituições respeitáveis, onde estariam na lista dos melhores da Universidade em sua totalidade e sem necessidade de cursos especiais<sup>262</sup>. Assim, muitos negros acabam por estar em posição acima de seu potencial acadêmico, afinal, dificilmente conseguiríamos resolver 12 anos de estudos precários através de um modelo que chega “tarde”.

Situação parecida aconteceu na University of California, em Berkeley, quando um estudo de 1988 revelou que a média das notas no SAT dos alunos cotistas havia sido de 952, o que é acima da média nacional de 900, todavia abaixo dos pontos dos estudantes brancos que era de 1.232, que, por sua vez, era abaixo dos 1.254 pontos dos estudantes asiáticos. É possível verificar que os estudantes negros estavam acima da média nacional, ou seja, eles eram qualificados, porém, as notas estavam bem abaixo da média geral da universidade, isto é, eles estavam “descasados” com a universidade. O resultado disso foi que 70% deles não conseguiram se graduar em Berkeley<sup>263</sup>. A

---

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 384

<sup>261</sup> Segundo Sowell, “At M.I.T., the average black student’s math SAT score was in the top 10 percent nationwide - and in the bottom 10 percent at M.I.T. Nearly one - fourth of these extraordinarily high ranking black students failed to graduate from M.I.T”. (SOWELL, 2004, p. 147).

<sup>262</sup> Cf. SOWELL, 2004, p. 145.

<sup>263</sup> Cf. SOWELL, *Affirmative action around the world*, capítulo: *Affirmative Action and the United States*.

questão é que esses estudantes seriam os melhores da turma caso estudassem na San Jose State University ou mesmo numa universidade comunitária. Segundo Sowell, o problema enfrentado pelos cotistas ultrapassa a questão da desistência de uma universidade específica, pois pode ser gerado traumas e revolta para aqueles estudantes que não conseguiram se desenvolver naquela instituição. Apesar dos males provocados a esse estudante, ser reprovado é ainda o melhor para a comunidade estudantil, pois o pior ocorre quando as universidades optam por reduzir o nível de exigência de notas, numa espécie de nivelamento afirmativo. Essa opção gera outro tipo de problema, por exemplo, o “disproportionately higher numbers of black law school graduates failed the bar exam and disproportionately higher numbers of black medical school graduates failed medical licensing board exams”<sup>264</sup>. Há, inclusive, casos como o do cotista Patrick Chavis que teve a sua licença de médico suspensa devido a “inability to perform some of the most basic duties required of a physician”<sup>265</sup>, ao deixar seu paciente morrer por imperícia.

Na obra *Black Education: Myths and Tragedies*, Sowell cita o professor de Harvard, Bernard Davis, ao lidar com os alunos que se formavam na sua instituição: “It is cruel to admit students who have a very low probability of measuring up to reasonable standards and that it was even crueler to abandon those standards and allow the trusting patients to pay for our irresponsibility”<sup>266</sup>. Diante disso, quem sofre as consequências da falta de qualidade dos profissionais são as outras pessoas, sejam eles futuros pacientes, alunos ou clientes desses cotistas.

Outra consequência desastrosa foi o surgimento de um “novo racismo”, que consiste na hostilidade, muitas vezes não declarada, associada a algum tipo de violência psicológica. Foi o que as pesquisas apontaram estar acontecendo no MIT, onde os negros cotistas relataram que “other students there did not regard them as being desirable partners on group projects or as people to study with for tough exams”<sup>267</sup>. A mesma rejeição foi observada entre o corpo docente cotista e o não cotista da universidade. Segundo Sowell, “blacks regarded as ‘quota’ professors have complained

---

Para saber mais, confira: John H. Bunzel, (1988) *Affirmative Action Admissions: How it ‘Works’* at Berkeley, p. 124. Ocorreram, ainda segundo estudos do Sowell, fracassos e desistência na University of Texas, Georgetown University e San Jose State University.

<sup>264</sup> SOWELL, 2004, p. 150. Para saber mais, confira: THERNSTROM, Stephan; THERNSTROM, Abigail. “Reflections on the Shape of the River”, *UCLA Law Review*, Vol. 46, No. 5, Jun/1999, p. 1586.

<sup>265</sup> MARQUIS, Julie. “Liposuction Doctor Has License Revoked”. *Los Angeles Times*, August 26, 1998, p. A21.

<sup>266</sup> SHEILS, Merill, *apud*, SOWELL, 1972, p. 74.

<sup>267</sup> Thomas Sowell, *Inside American Education: the decline, the deception, the dogmas*, p. 144.

of being less often invited to collaborate on research, which is crucial to their advancement”<sup>268</sup>. Outrossim, o cinismo do corpo docente ao rejeitar os professores oriundos de programas de admissão pautado em cotas se revela nas votações acerca da continuidade do sistema de preferências. De acordo com uma pesquisa de 1996 do Roper Center<sup>269</sup>, os docentes tendem a rejeitar o programa de cotas quando as votações são secretas, ao passo que, nas votações públicas a grande maioria se mostra favorável. Tal situação revela um contrassenso entre o que os docentes pensam acerca das ações afirmativas e o que eles deixam transparecer publicamente, revelando o quão delicado pode ser a discussão sobre a defesa ou não das ações afirmativas.

Outros argumentos utilizados no contexto norte-americano que Sowell critica fortemente são as afirmações de que as comunidades negras precisam de negros que trabalhem nelas ou que crianças negras precisam se reconhecer em negros que possuem profissões de prestígio para se motivarem. Esse é, por exemplo, um dos argumentos de Dworkin para a defesa das ações afirmativas raciais. Quando o filósofo afirma que se as crianças negras visualizarem médicos e advogados negros, elas crescerão mais motivadas a também seguirem essas profissões, Dworkin está apelando para o argumento da autoestima e do reconhecimento, como se apenas isso bastasse para resolver os problemas sociais dos negros nos Estados Unidos<sup>270</sup>. Porém, isso não funciona para Sowell. Primeiramente, porque sempre existiram brancos com qualificação trabalhando em comunidades negras sem o menor problema, sem sinal de que o paciente recebesse tratamento pior por isso. E, em segundo lugar, porque essa tendência da criança estudar mais e se identificar quando vê um profissional negro é falsa. Como forma de elucidação, Sowell cita o caso da Dunbar High School, famosa pelo número de alunos negros que consegue formar, mesmo sendo ela uma escola historicamente de brancos e com professores brancos. Outro exemplo utilizado por Sowell é quanto à comunidade nipo-americana que evoluiu depois da Segunda Grande Guerra, numa época em que não havia professores, cientistas, filósofos ou engenheiros de ascendência nipônica, visto que seus pais eram em sua maioria lavradores<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> *Idem., Ibidem.*

<sup>269</sup> Disponível em: < <http://www.ropercenter.uconn.edu/race-relations-topics-glance/>>.

<sup>270</sup> Cf. DWORKIN, 2005, p. 440.

<sup>271</sup> Cf. SOWELL, *Affirmative Action Around the World*, capítulo 6: *Affirmative Action in the United States*.

Na obra *Uma questão de princípios*, Dworkin argumenta que dado os benefícios produzidos pelas cotas, toda a comunidade estudantil sai ganhando<sup>272</sup>. Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin afirma que “qualquer política de admissão necessariamente coloca em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferência aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade com um todo”<sup>273</sup>. Para Sowell, essa ideia de que toda a sociedade ganha com tais medidas compensatórias não é verídica. Pelo contrário, essa diversidade manipulada provoca menos enriquecimento racial. Para Sowell, a situação do caso Bakke foi um bom parâmetro para medir as polêmicas envolvendo as ações afirmativas. No caso Bakke, “the admissions process was sufficiently complicated that it was not clear whether some other white or Asian-American student might have been admitted instead of Bakke”<sup>274</sup>, no seu entender, a situação foi tão controversa que não ficou claro se Bakke seria ou não admitido caso não houvesse as ações afirmativas.

Além disso, Sowell afirma que, se os juízes responsáveis pelo caso fossem seus alunos de economia, provavelmente receberiam “Fs”, pois em suas decisões esqueceram de levar em consideração as análises legais, econômicas, históricas, bem como a compreensão das causas e diferenças do rendimento dos pertencentes ao grupo minoritário<sup>275</sup>. Mas, pelo contrário, a decisão do júri levou Bakke ao sentimento de ressentimento tão grande que o mesmo conduziu seu processo até a mais alta instância da corte americana, mesmo a universidade permitindo que ele entrasse no curso antes mesmo da decisão da Suprema Corte, o que reflete a motivação negativa gerada pelo ressentimento que políticas assim, podem provocar no indivíduo que é prejudicado. Para Sowell, “One of the things that prevents affirmative action from being a zero-sum process is that minor transfers of benefits can cause major resentments among far more

---

<sup>272</sup> Cf. DWORKIN, 2005, p. 462.

<sup>273</sup> DWORKIN, 2002, p.350.

<sup>274</sup> SOWELL, 2004, p.18.

<sup>275</sup> Segundo Sowell, “To the four Justices dissenting in the *Bakke* case, Allan Bakke would have failed to qualify for admission in a non-discriminatory world, being outperformed in such a hypothetical world, by sufficient numbers of minority applicants whose current failure to qualify in this world was due principally to the effects of past discrimination. These four Justices (Brennan, White, Marshall, and Blackmun) see their task as putting minority applicants in the position they would have been in if not for the evil of racial discrimination. Behind this staggering notion is the simplifying presupposition that discrimination must be the decisive explanation of intergroup differences. But however morally important the evil of discrimination may be, that is no measure of its causal impact, much less a reason to ignore the causal significance of such non-moral variables as age, location, and cultural values. Once the causal decisiveness of discrimination is treated as a hypothesis rather than an axiom, empirical evidence seriously undermines its presumed causal primacy. (SOWELL, 1981, p. 61).

people than those who have actually lost anything”<sup>276</sup>. O problema desse ressentimento, como observado em Bakke, é que as suas consequências podem ser desastrosas, tomando proporções inimagináveis. Para Sowell, o problema de toda essa situação, é que as ações afirmativas geram a ilusão de controlar o curso dos eventos, porém com contornos e consequências desastrosas.

#### 4.4. The shape of the river: um estudo

Após 30 anos das ações afirmativas nos Estados Unidos um pretencioso estudo realizado por William Bowen e Derek Bok, respectivamente reitores de Princeton e Harvard, nominado *The Shape of the River*, foi publicado e amplamente divulgado pelos defensores das ações afirmativas. Trata-se de um estudo estatístico que avalia os impactos das ações afirmativas para 80.000 negros graduados em instituições de ensino superior norte-americanas, sendo 24 instituições privadas e 4 públicas, nos anos de 1951, 1976 e 1989.

Para Dworkin<sup>277</sup>, esse exame estatístico foi uma estratégia providencial para a manutenção das ações afirmativas que vinham sofrendo constantes derrotas como a sua proibição na Universidade da Califórnia, posteriormente estendida para todas as instituições do estado<sup>278</sup> e na Universidade de Washington. Além disso, a decisão Bakke abriu precedentes para a declaração de inconstitucionalidade dos programas de cotas fixas<sup>279</sup> através do caso Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas<sup>280</sup>.

Dworkin se vale dessa pesquisa para fazer o estudo atento dos benefícios das ações afirmativas, dentre eles, o significativo aumento de negros admitidos nas universidades norte-americanas. Em 1951, por exemplo, quando ainda não havia ações afirmativas, das 19 melhores instituições de ensino dos Estados Unidos, havia um total de 63 negros admitidos, o referente a 0,8 % por instituição. Ao passo que, em 1989, por intermédio das ações afirmativas, o número de admitidos nas mesmas instituições foi de

<sup>276</sup> SOWELL, 2004, p.18.

<sup>277</sup> Cf. DWORKIN, *A virtude Soberana*, Capítulo 11: *Ação afirmativa: Funciona?*

<sup>278</sup> Por 14 votos contra 10 a Universidade da Califórnia optou, em 1995, pela exclusão de qualquer programa que objetivasse beneficiar qualquer grupo étnico em todos os departamentos da universidade. Em 1996, por intermédio da aprovação do Projeto 209, essa proibição estendeu-se a todo o estado com base na não discriminação racial, de gênero ou nacionalidade em qualquer serviço educacional público. Para saber mais confira: The coalition for Economic Equity *versus* Wilson, 122 EM 692, 1997.

<sup>279</sup> Como já vimos o caso Bakke não previu a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa sensível à raça, mas somente o sistema de cotas.

<sup>280</sup> Confira: Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932. Disponível em: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>.

6,7 %. Bowen e Bok calcularam que, caso não tivesse sido adotado a política de preferência racial, esse aumento teria sido entre 2,1 e 3,6. Para Dworkin, “seria um erro grave, porém, supor que esses negros ‘retroativamente rejeitados’ eram desqualificados para a formação que receberam”<sup>281</sup>. Apesar disso, a nota dos brancos era substancialmente mais alta que a dos negros em todos os exames escolares. Para Bowen e Bok tamanha diferença foi originária das excelentes escolas básicas pelas quais os estudantes brancos passaram por toda a vida estudantil.

Dworkin se vale das 626 páginas da referida pesquisa para defender que as ações afirmativas nos Estados Unidos foram bem sucedidas, apesar de reconhecer a falta de mais pesquisas nessa área<sup>282</sup>. Dentre os dados apresentados pelos pesquisadores há informações como o aumento da média das notas dos estudantes negros no SAT em 1989, que foi maior que a média dos estudantes negros em 1951 (anterior às ações afirmativas). Porém, o índice de evasão dos negros nas melhores escolas foi de 11 % a mais que a de estudantes brancos. Essa análise da pesquisa *The Shape of the River* vai de encontro à outra pesquisa realizada entre 1984 e 1987 por Stephan e Abigail Thernstrom, a qual relatou que, entre as 300 universidades importantes analisadas, o índice de evasão dos alunos brancos é de 43%, enquanto de alunos negros eram de 66%, ou seja, uma diferença de 23% de evasão a mais dos alunos negros<sup>283</sup>. Bowen e Bok associaram a evasão ao fato de muitos negros serem de famílias mais pobres, abandonando a faculdade por motivos financeiros. Outra hipótese lançada pela dupla para justificar o baixo desempenho dos alunos negros em relação aos brancos, mesmo quando os dois grupos tiveram as mesmas notas no SAT, foi de que a má formação em técnica de estudos bem como a estereotipagem da faculdade prejudicou seu desenvolvimento<sup>284</sup>.

Dos dados publicados pela dupla, contribuindo para o argumento de que as ações afirmativas funcionaram, o que chama mais a atenção de Dworkin, é o fato de que as notas dos negros do SAT que estavam matriculados nas escolas mais exigentes foram

---

<sup>281</sup> DWORKIN, 2012, p. 552.

<sup>282</sup> Segundo Dworkin: “O estudo de *River* tem limitações, evidentemente, que os autores tiveram o cuidado de reconhecer. A pesquisa estatística por mais substanciais que sejam os dados e minuciosas as técnicas, não é uma experiência de laboratório, e embora os autores demonstrem considerável engenhosidade na pesquisa e no uso de controles e de outros métodos em suas conclusões, algumas delas, conforme os autores assinalam, inevitavelmente contêm hipóteses”. (DWORKIN, 2012, p. 548).

<sup>283</sup> Confirma essa pesquisa publicada na obra: *America in Black and White: one nation, indivisible*. De Stephan Thernstroms e Abigail Thernstroms.

<sup>284</sup> Essa fala ilustra o que Sowell chama de transmissão da responsabilidade pelo fracasso do outro. Sendo o branco responsabilizado pelo fracasso do negro, em um tipo de opressão.

bem mais altas em 1989 do que em 1951, o que demonstraria não só a evolução dos negros, como também a formação em proporções maiores na medida em que for mais seletiva a escola frequentada. Porém, o que para Dworkin é uma investigação que demonstra o sucesso das ações afirmativas, apesar do próprio Dworkin reconhecer as limitações do estudo, para Sowell, não passa de uma pesquisa pretenciosa e manipulada, isto é, um “Hamlet without the prince of Denmark”<sup>285</sup>. Nesse sentido, Sowell apresenta as sete falhas presentes na pesquisa do *The Shape of the River*, que são: *a.* A escolha do grupo; *b.* A falta de acesso de outros pesquisadores aos mesmos dados da pesquisa; *c.* O fato da imensa maioria das instituições serem da rede privada; *d.* A ausência de outras minorias na pesquisa; *e.* A utilização da faixa restrita; *f.* A relação entre quantidade de alunos, universidade e formação; e, por fim, *g.* Má interpretação dos dados.

A primeira grande “fraude” apresentada na pesquisa (*a.*), corresponde à escolha do grupo selecionado para a análise. Ao contrário do que se espera numa análise séria sobre as consequências de determinada política social, Bowen e Bok empregam em um só grupo todos os negros, não realizando a separação entre aqueles que eram beneficiados pelas ações afirmativas e aqueles que não recebiam nenhum tipo de medida compensatória para seu ingresso na universidade, ferindo a idoneidade da pesquisa. Segundo Sowell, outras pesquisas realizadas no mesmo intervalo de tempo, como a dos Thernstrom, com a devida separação entre negros beneficiários e negros não beneficiários, apontaram para resultados opostos<sup>286</sup>. Outro ponto suspeito (*b.*) é o fato de outros pesquisadores como Stephan e Abigail Thernstrom, não terem tido o acesso aos mesmos dados dessa pesquisa, ou seja, não tiveram liberados os mesmos dados das instituições educacionais que Bowen e Bok mencionaram<sup>287</sup>, o que gera estranheza para Sowell. Além disso, (*c.*) a pesquisa foi realizada em 24 instituições de ensino da rede privada e, apenas, 4 instituições da rede pública, sendo que apenas 9 % dos negros frequentam universidades privadas.

Outro desqualificador (*d.*) é o fato da pesquisa desconsiderar outras minorias, como indígenas, hispânicos e asiáticos, bem como o fato de escolherem apenas os negros com estrutura educacional mais fortalecida. Por exemplo, 64% dos negros pesquisados tinham pelo menos um dos pais com formação em ensino superior, o que

<sup>285</sup> SOWELL, 2004, p.153.

<sup>286</sup> Cf. Stephan Thernstrom e Abigail Thernstrom, “Reflections on the Shape of the River”. *UCLA Law Review*, Vol. 46, No. 5 (Jun/ 1999), p. 1586, note 12.

<sup>287</sup> Segundo Stephan e Abigail Thernstrom, Bowen e Bok: “access to student records that schools have never made available to investigators before”. (THERNSTROM, Stephan; THERNSTROM, Abigail, 1999, p.1589).

representa mais de 5 vezes a proporção de jovens negros com idade para frequentar um curso superior nos Estados Unidos. Outro ponto totalmente ignorado, intencionalmente ou não, foi a falta de análise de outras minorias, tais como as minorias asiáticas que, apesar de terem ido para os Estados Unidos trabalharem com a agricultura, conseguiram notas mais altas que os brancos no SAT de matemática. Inclusive, em algumas universidades<sup>288</sup>, os asiáticos já ultrapassaram o número de brancos americanos, mas não há qualquer ressentimento contra esses asiáticos, o que para Sowell significa que o ressentimento dos brancos não é em relação ao lugar, mas quanto ao processo. De acordo com Sowell,

Bowen and Bok used a highly atypical sample of minority students attending highly atypical colleges and universities - and from this they draw conclusions about affirmative action admissions policies in general, despite a pro forma caveat against this early in the preface<sup>289</sup>.

Ao longo da pesquisa, Bowen e Bok se declaram como críticos do sistema de cotas e favoráveis às políticas sensíveis à raça. Em outras palavras, são a favor de que a raça seja não o único, mas um dos fatores para a admissão dos negros na universidade. Tal defesa é irônica, pois dizer que é a favor de políticas preferenciais e contrário às cotas quer dizer aparentemente que “they are against the word ‘quotas’, since they make the usual arguments for numerical representation and assert (without evidence) the educational benefits of ‘diversity’<sup>290</sup>”. Isso porque, o embasamento das cotas e das ações afirmativas sensíveis à raça possui a mesma base teórica, representando, para Sowell, uma incoerência nessa distinção.

Além disso, o economista desqualifica a pesquisa de Bowen e Bok por ter utilizado, no jargão dos estatísticos, (*e.*) da “faixa restrita”. Consequentemente, os dados empregados para o grupo que se saiu melhor ou pior no SAT das instituições de elite foi aplicado na esfera dos melhores alunos, ou seja, os dados são referentes àqueles alunos que tiveram notas acima de média nacional. A utilização dessa prática distorce a realidade da sociedade. Para exemplificar os problemas da utilização da “faixa restrita”, basta imaginarmos que, se formos analisar as diferenças entre desempenho e altura dos jogadores de basquete, e empregarmos um jogador de 1,89 metros de altura e outro de

---

<sup>288</sup> Como ocorre com a Ivy League, que é a liga das melhores universidades norte-americanas.

<sup>289</sup>SOWELL, 2004, p. 153. Segundo consta na parte *Método de análise*, no prefácio da obra *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro. Garamound, 2004.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 154.

2,10, podemos inferir que a altura não interfere no desempenho desses jogadores, logo a relação entre o desempenho e a altura não seria válida. Porém, a altura é importantíssima para esse esporte, ninguém chamaria uma pessoa de 1,25 para jogar basquete. Essas informações são facilmente distorcidas quando observamos a afirmação de Bowen e Bok de que os estudantes negros se formam com notas maiores quanto mais elitista for a universidade, o que seria uma ótima notícia, não fosse a utilização de uma amostragem atípica de estudantes e instituições que foi contestado por outras pesquisas empíricas que não foram mantidas em tanto sigilo quanto a *The Shape of the River*.

Outro quesito que influi intimamente nos dados apontados por Bowen e Bok (f) é o fato de instituições seletivas (Yale, Princeton e outras) terem apenas cerca de 3 mil estudantes negros, enquanto as universidades menos seletiva – Penn, University of North Carolina e Chapel Hill, recebem em média 13 mil alunos, o que demonstra que as desistências no segundo nível de universidade será maior, haja vista o número maior de alunos. Para Sowell, esses dados também revelam que os estudantes possuem menos apoio do professor, pois o número de alunos que precisam de ajuda docente é maior. Nesse sentido, Sowell cita um estudo de Alexander Astin, chamado *What Matters in College?*, no qual a satisfação dos cotistas com o corpo docente é inversamente proporcional ao tamanho da instituição de ensino, seja faculdade ou universidade<sup>291</sup>.

Além de todas essas inconsistências, Sowell aponta problemas nas interpretações dos dados. É o que acontece na afirmação de que os negros se formam em proporções maiores quanto mais seletiva for a escola frequentada. Sowell vê nesses dados outra interpretação, as diferenças no SAT entre negros e brancos foi de apenas 95 pontos em Harvard, mas de 184 na Universidade de Duke, e 271 em Rice. Essa diferença determina quantos negros irão se formar. Se a nota de corte entre negros e brancos é pequena, a tendência é de que os negros consigam acompanhar melhor os andamentos das classes. O problema é que o nível dos estudantes nas escolas menos seletivas é muito baixo. É o que ocorreu na Universidade do Colorado onde a diferença de pontos entre negros e brancos era de mais de 200 pontos, e “only 39 percent of the black students graduated, compared to 72 percent of the whites”<sup>292</sup>. Enquanto isso, a Universidade de Denver que optou por não incluir negros com notas muito abaixo no SAT, optaram por aprovar apenas 68% dos candidatos negros, o que ocasionou um

---

<sup>291</sup> Para saber mais acerca desse estudo confira a obra de Alexander Astin: *What Matters in College? Four Critical Years de 1993*, p.326.

<sup>292</sup> LERNER, Robert Lerner; NAGAI, Althea. *Racial Preferences in Colorado Higher Education*, p. 6.

menor distanciamento entre os negros e os brancos. E, mesmo nas instituições em que a diferença entre negros e brancos é relativamente pequena, ainda assim o desempenho geral dos negros é menor, bem como o índice de desistência é maior entre os negros que entre os brancos. Para Sowell, a diferença entre os pontos dos brancos e dos negros e que determina quem conseguirá manter-se na universidade, assim como determinará quem passará nas provas de exercício da medicina ou da advocacia, caso esses tenham sido os cursos escolhidos<sup>293</sup>. Em outras palavras, o problema não é a seletividade da instituição, mas o foço existente na qualificação entre os negros e os brancos.

Ademais, mesmo Dworkin que se utiliza da pesquisa *The Shape of the River* na obra *Sovereign Virtue* para afirmar que as ações afirmativas foram bem sucedidas, reconhece as limitações da pesquisa quanto aos critérios de seleção adotados, segundo ele:

A maioria dos planos universitários de ação afirmativa é criada para aumentar o ingresso de uma série de grupos minoritários, mas, à exceção de algumas discussões sobre alunos hispânicos, o estudo apresenta e analisa principalmente os dados de alunos e formados negros. Ademais, as instituições da lista C&B representam universidades e faculdades seletíssimas, e as conclusões do estudo não se aplicam a setores menos distintos<sup>294</sup>.

Por fim, (g.) a dupla de pesquisadores conclui que as ações afirmativas são necessárias, pois, sem elas, poucos estudantes ingressariam nas melhores universidades americanas, o que por consequência proporciona melhores empregos. Assim, caso as ações afirmativas fossem exterminadas, os negros seriam pouco representados e “so that otherwise these young black prospects are bleak”<sup>295</sup>. Para Sowell essa afirmação é o mesmo que dizer: “It’s Yale or jail”<sup>296</sup>, complementando que a universidade de elite recebe o melhor aluno negro, porém, ainda assim esses alunos gastam mais tempo para se formar que os outros. A questão é que se esses estudantes estivessem em outras universidades, eles, além de se formarem em menos tempo, se saíam ainda melhor. É o que acontece nas tradicionais universidades de negros que contém o maior número de

---

<sup>293</sup> Como já dissemos anteriormente, o índice de negros que tiveram preferências no acesso à universidade que conseguiram se formar, mas reprovaram nos cursos para o exercício profissional em áreas como a medicina e o direito é altíssima. Confira: *Racial Preferences in Medical Education: Racial and Ethnic Preferences in Admissions at Five Public Medical Schools*, de Robert Lerner and Althea K. Nagai.

<sup>294</sup> DWORKIN, 2012, p. 548. C&B é a base de dados College and Beyond da Fundação Mellon da qual Bowen era presidente.

<sup>295</sup> SOWELL, 2004, p. 158.

<sup>296</sup> *Idem, ibidem.*

estudantes negros que chegam até o doutorado. Hoje essas universidades recebem  $\frac{1}{4}$  de todos os negros do país, e formam 40% dos estudantes em áreas como matemática e ciências, demonstrando, assim, que não é “Yale ou cadeia”, mas, pelo contrário, que os negros conseguem se desenvolver bem sem esses tipos de preferências. Ademais, nenhuma das universidades citadas por Bowen e Bok estava entre as dez com maior número de doutores negros formados.

Ao contrário do que previu a pesquisa *The shape of the river*, Sowell afirma que as universidades que deixaram de ter as ações afirmativas tiveram uma imediata redução no número de matrículas de negros, porém, logo em seguida, foram crescendo progressivamente. Foi o que aconteceu com a University of California que, ao excluir o programa de ações afirmativas viu os números de negros matriculados baixarem de 917 para 739, no primeiro ano. Porém, três anos depois o número de matrículas era de 932 e, mais dois anos depois, de 936. E a partir de então, o número de matriculados negros vem crescendo progressivamente<sup>297</sup>. O que demonstrou que os negros, logo após o fim das preferências, foram se organizando e mantiveram-se matriculando na universidade, mas agora sem preferências adicionais. Para Sowell, é bem provável que, agora, um número maior de negros se gradue, pois não estarão mais “descasados” com a universidade.

Como já foi dito, o problema é que os defensores das ações afirmativas não avaliam os problemas do programa e, na tentativa de implantá-lo a qualquer custo, redirecionam a culpa. Por exemplo, o fato de poucos negros conseguirem passar nos exames de prática forense e de habilitação na medicina é encarado como um erro no exame pelo qual essas pessoas passam e não como consequência de sua formação precária<sup>298</sup>. Mesmo a possibilidade de que pessoas estão tendo a sua chance de ingresso diminuída está sendo desconsiderado, pois as “affirmative action continues to be judged by its rationales, rather than its results”<sup>299</sup>. Segundo Sowell, há uma diferença semântica que diferencia ser favorável ou contrário às ações afirmativas, haja vista que, uma

---

<sup>297</sup> Segundo Sowell, “At UCLA, the decline from 230 black freshmen in 1996 was likewise never fully recovered and by 2002 there were just 161 black freshmen on that campus. However, on some other campuses within the University of California system - Santa Barbara, Riverside, Irvine, Santa Cruz - there were *increases* in the number of black freshmen”. (*Ibid.*, p. 160). Para saber mais, confira: Peter Schmidt (2001) *U. of California Ends Affirmative Action*, p. A24.

<sup>298</sup> Para Dworkin, “o fato especialmente preocupante de que os alunos negros, em grupo, têm desempenho menor nas notas quando comparados aos brancos da mesma instituição que tiveram as mesmas notas no SAT e em outras qualificações acadêmicas” (DWORKIN, 2012, p. 548) não é respondido na pesquisa. Esse é um exemplo típico de quando as questões envolvendo a precariedade do ensino básico não são consideradas.

<sup>299</sup> SOWELL, 2004, p. 165.

mesma expressão pode ter diferentes significados, de acordo com as ideias defendidas. A mesma expressão pode significar desempenho ou favoritismo. Os defensores das ações afirmativas defendem as preferências tendo em vista que o outro grupo não possui os mesmos favorecimentos. Porém, Sowell ressalta que, devemos tomar cuidado para não confundir diferenças de desempenho com favores ou vantagens. Para isso, ele propõe a análise da expressão: “campo aplainado de jogo” (*a level playing field*), que possui duas maneiras de ser interpretada. Podemos considerar que o “campo aplainado de jogo” é um campo de igualdade entre as pessoas, em que podem competir de maneira igual ou um campo em que se dão vantagens para que todos estejam em condições iguais. A questão, nessa análise, é o que podemos considerar como essa maneira igual de competição e desempenho. Diz ele:

The expression “a level playing field” cannot mean both (1) having the same performance receive the same evaluation or reward, regardless of the group from which the individual comes, and (2) equal outcomes or equal statistical probabilities of success for different groups. It is a matter of semantic preferences which of these definitions one chooses, but it is a matter of simple clarity and honesty not to choose both, nor to drift back and forth between these very different concepts in the course of a discussion. Where it is clear that those whom one is addressing mean the first and the expression is used to mean the second, then that is sheer deceit<sup>300</sup>.

Para Sowell, o problema é o uso que os defensores das ações afirmativas fazem do termo “campo aplainado de jogo” para descrever não regras imparciais aplicáveis a todos, mas uma deliberação com o intuito de obter uma equalização intencional dos resultados. Em outras palavras, interpretam esse “campo aplainado de jogo”, como um mecanismo que garanta a todos resultados iguais, desconsiderando as diferenças individuais de performance e de contexto social<sup>301</sup>. Segundo Sowell, basta observarmos que mesmo em culturas bem diferentes, “people from higher socioeconomic classes

---

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>301</sup> Finnis, apenas para citar, ao propor sua ideia de florescimento humano com vistas à promoção do bem comum para a comunidade, defende que justiça: é “um conjunto de requisitos de razoabilidade prática que são válidos porque a pessoa humana deve buscar realizar e respeitar os bens humanos não apenas em si mesma e em seu próprio bem, mas também em comum na comunidade” (FINNIS, 2007, p. 161). Nessa perspectiva, para que o florescimento humano seja proporcionado, o bem comum deve estar atrelado ao outro, bem como à preocupação com a comunidade, ao passo que os direitos individuais são benefícios que, isoladamente, produzem pouco ou nenhum florescimento. Para Finnis, a justiça distributiva mesmo sendo uma exigência particular deve partilhar aquilo que é essencialmente comum entre os integrantes de uma comunidade. Portanto, o fundamento e critério para essa partilha é o bem comum, o objeto de toda justiça e que toda vida razoável deve respeitar e favorecer, não devendo ser confundido com iniciativas comuns que são apenas para o benefício dos membros individuais da comunidade.

tend to score higher on mental tests, whether in China, the Philippines, or the United States”<sup>302</sup>. Ou se pensarmos na já mencionada situação dos Estados Unidos, em que “regional differences in mental test scores among soldiers tested during the First World War sometimes outweighed even racial differences, as whites in some Southern states scored lower than blacks from some Northern states”<sup>303</sup>. Esses resultados não parecem ser devido à ação dos outros, mas, ao que aqueles que se saíram pior deixaram de fazer, ou seja, a sua falta de qualificação que é um problema estrutural, decorrente do estado precário da educação ou simplesmente da falta de esforço e competência. A questão é que a falta de capacitação, experiência e outras habilitações não podem ser desconsideradas.

Para ressaltar a importância da educação, basta nos atermos ao exemplo dos tâmeis no Sri Lanka que estudaram nos tempos coloniais em escolas missionárias americanas que davam uma maior ênfase em ciências e matemática, em detrimento dos cingaleses que estudavam em escolas missionárias inglesas. O resultado disso foi que os tâmeis quando adultos conseguiam estudar mais e tornaram-se mais qualificados e, conseqüentemente, tinham as melhores profissões. Esse é apenas um dos exemplos que nos mostra que a base educacional é mais importante do que o favorecimento de grupos. Para Sowell,

Philosophically, we might regard it as unjust, in some cosmic sense, that one group was better prepared for a particular kind of competition than other groups, even if its advantage consisted only of prior adversity. However such a conception might be debated in the abstract around a seminar table, the empirical question in public policy issues is whether one group outperforms another or is simply rewarded more for the same (or lesser) performances<sup>304</sup>.

Isso posto, Sowell afirma que, por mais que argumentamos filosoficamente, os dados empíricos estão aí para provar que não é tão simples debater ideias sem levar em consideração a sua aplicabilidade. Ademais, a tese de que o favoritismo prévio predetermina o futuro não resiste a um exame atento, basta observarmos os casos como o da Malásia, em que o governo colonial inglês ao prover educação gratuita aos malaios, não conseguiu evitar que os chineses se sobressaíssem em relação aos nativos

---

<sup>302</sup> SOWELL, 2004, p. 170. Para saber mais, confira: KLITGAARD, Robert. *Elitism and Meritocracy in Developing Countries: Selection Policies for Higher Education*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986, p.19.

<sup>303</sup> SOWELL, 2004, p.170.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p.172.

beneficiários<sup>305</sup>. Somente as políticas preferenciais faziam com que muitos malaios entrassem na Universidade, todavia, esse aumento quantitativo não garantiu um salto qualitativo suficiente para satisfazer a necessidade técnica e científica da sociedade malaia<sup>306</sup>.

Para Sowell, o fato da população negra, assim como os judeus terem ascendido socialmente, antes que houvesse preferências ou cotas, é um fator relevante que não é considerado pelos defensores das ações afirmativas. Da mesma forma, o fato de os profissionais liberais negros terem sido expressivos antes de o governo adotar as ações afirmativas em 1970 não é levado em conta. A consequência disso foi que ao contrário de uma transferência, houve a contribuição das minorias para a sociedade americana, quando os menos instruídos puderam se qualificar e os trabalhadores domésticos e rurais também se qualificaram e adquiriram experiência. Para Sowell, essa contribuição anterior não se tratou de um soma zero, ao contrário da redistribuição que é “at best a zero-sum process”<sup>307</sup>.

Ao considerar preferências e cotas como transferência de benefícios de soma zero, Sowell afirma que há muitas formas em que elas podem se transformar em soma negativa, nos quais o que um grupo perde é maior do que aquilo que o outro ganha, deixando a sociedade em pior situação<sup>308</sup>. É o que acontece, por exemplo, quando um grupo no qual 80% dos estudantes, provavelmente conseguiria, se formar, perdem a vaga para um grupo em que apenas 40% conseguem o mesmo feito. O primeiro grupo tem que perder 80 candidatos para formar 40 do segundo<sup>309</sup>. Outra forma da ação

---

<sup>305</sup> As ações afirmativas malaias, criadas pela colônia britânica, separava a população em “filhos da terra” que representavam 60% da população malaia e o restante composto de minorias chinesas e indianas. Ocorre que “desde o final do século XIX, chineses étnicos criaram pequenos estabelecimentos comerciais e converteram-se em proprietários de minas de estanho. Entre 1911 e 1930, a parcela de chineses empregados no setor agrícola e na mineração reduziu-se de quase metade para apenas 11%. Em 1920, dois terços do estanho da Malásia eram extraídos em minas controladas por chineses. Na comunidade chinesa, apesar da falta de acesso a escolas públicas, as taxas de alfabetização sempre superaram as dos malaios e uma parcela muito superior de jovens chineses prosseguiram os estudos até a universidade. Com o tempo, os cargos especializados do funcionalismo colonial passaram a ser ocupados por chineses étnicos, em virtude da carência de profissionais malaios qualificados”. (MAGNOLI, 2009, p. 302).

<sup>306</sup> Cf. SOWELL, *Affirmative action around the world*. Capítulo 3: *Affirmative Action in Malaysia*.

<sup>307</sup> SOWELL, 2004, p. 194. Para Sowell, as ascensões anteriores dos negros não são consideradas pois, “whatever its economic and social benefits, it offers few rewards to politicians, activists, and intellectuals, or to those who wish to seem morally superior by denouncing society”. (*Ibid.*, p. 294).

<sup>308</sup> A respeito dessa perda, o economista Lance Robert afirma que no Canadá houve o aumento de matrículas nos anos iniciais, porém, não houve o aumento de formandos. Segundo ele, “educational experience in Canada indicates that affirmative action has not achieved its “equality of result” goals. True, enrolments of women, native peoples, and other minorities are up, but little success has been attained in increasing the level of graduations. The difference between the two is the attrition rate, and this has been the source of great personal misery for the individuals involved”. (ROBERTS, 1981, p. 28.).

<sup>309</sup> Uma pesquisa realizada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) com o intuito de medir o

afirmativa chegar à soma negativa é quando há debandada dos grupos não-preferenciais e a perda de seu aporte para a sociedade como ocorreu na Malásia<sup>310</sup>.

O real problema, identificado por Sowell, acerca da diferença entre negros e brancos nos Estados Unidos está em relação a outro tipo de segregação que existe ainda hoje, a discriminação por parte do governo na alocação de verbas para a educação pública. Para ele,

one of the most serious forms of discrimination against blacks has historically been discrimination by government in its provision of education. Black-white differences in per pupil expenditure, especially in the South during the Jim Crow era, have been extensively documented. Inferior education would assure income differences, even in the absence of employer discrimination<sup>311</sup>.

Tal afirmação demonstra o valor da educação de qualidade, pois os alunos que recebem uma educação de baixa qualidade não conseguem emprego, pois não têm qualificação para tal. A prova dos problemas relacionados as péssimas escolas encontra-se no fato de que, pouco antes da legislação federal de direitos civis, cerca de três milhões de negros migraram da região sul dos Estados Unidos para outras regiões do país com a intenção de fugir das leis segregacionistas, bem como das péssimas escolas sulistas. A consequência de tal atitude foi a elevação da renda das famílias negras em 40 pontos percentuais<sup>312</sup>. Além disso, a nota dos negros da região norte dos Estados Unidos é maior do que as notas dos brancos do sul do país, revelando a importância de uma escola de qualidade. Essa é a mesma conclusão que chega Pojman no texto *The moral status of Affirmative Action*.

Para Pojman, a única forma de dar fim à discriminação é o desenvolvimento educacional e econômico para pessoas em desvantagens devido à raça, sendo a

---

desempenho quantitativo da política de cotas utilizadas pela universidade no período de 2004 a 2008 revelou que dos 4.280 alunos ingressos via cotas, apenas 2.334 conseguiram se formar, ou seja, apenas 54% dos cotistas conseguiram a graduação. Pesquisa disponível em: < <http://www.caiac.uerj.br/rel.pdf>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

<sup>310</sup> Como já dito anteriormente, na Malásia, após uma série de políticas que pioravam a situação dos chineses e indianos, esses grupos decidiram por promover Cingapura de estado malaio a país independente. Além disso, na Malásia “estabeleceu-se um Sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas que chega a reservar 70% das vagas para bumiputeras. Ao longo da primeira década da NEP, declinou o número absoluto de chineses matriculados na Universidade da Malásia, apesar do aumento do total de vagas disponíveis. Estudantes chineses e indianos passaram a matricular-se em universidades particulares e muitos deles transferiram-se para o exterior. Apenas para a Austrália, ao longo de 1980, emigraram mais de trinta mil cidadãos chineses da Malásia”. (MAGNOLI, 2009, P. 306).

<sup>311</sup> SOWELL, 2009, p. 118.

<sup>312</sup> Confira: Stephan Thernstrom and Abigail Thernstrom, *America in Black and White: One Nation, Indivisible* (New York: Simon & Schuster, 1997), p. 79.

educação básica a única forma de erradicação desse problema. Segundo ele, as ações afirmativas são um perigo para o grupo que o recebe, pois, tais políticas, encorajam a mediocridade e a incompetência, bem como,

reinforces the spirit of victimization by telling blacks that they can gain more by emphasizing their suffering, degradation and helplessness than by discipline and work. This message holds the danger of blacks becoming permanently handicapped by a need for special treatment<sup>313</sup>.

Apesar de ser contrário às ações afirmativas fortes, Pojman é favorável às ações afirmativas fracas, uma vez que elas são compatíveis com os objetivos das lutas pelos Direitos Civis, além de encorajar as minorias a alcançarem melhores condições educacionais e de trabalho. O problema consistiria na facilidade com que as ações afirmativas fracas podem tornar-se fortes. E, nesse sentido, prejudicar ainda mais o grupo discriminado<sup>314</sup>.

É o que nos diz o economista Walter Williams ao afirmar que os negros americanos se prejudicam com as ações afirmativas, pois este tipo de medida reforça estereótipos raciais, aprimora o sentimento de inferioridade, provoca surtos de agressividade gerada pela frustração, desestimula a iniciativa própria e deteriora a qualidade da educação<sup>315</sup>. Segundo Williams, os negros não precisam de ações afirmativas e, sim, de escolas de qualidade<sup>316</sup>. E cita como exemplo o fato de que houve um tempo em que não existiam jogadores de basquete negros nos Estados Unidos e, hoje, sem nenhuma ação afirmativa, 80% desses jogadores são negros. Tal diferença se dá exatamente por eles serem excelentes jogadores<sup>317</sup>. Dessa forma, o economista afirma que, se os negros possuírem essa mesma habilidade em matemática ou ciências, haverá uma invasão deles nessas áreas. Para isso, basta terem garantidas boas escolas, ou seja, assegurando os bens primários básicos qualquer indivíduo, qualquer raça ou etnia poderá desenvolver os seus talentos. Pelo contrário, ao invés do governo investir

<sup>313</sup> POJMAN, 1977, p. 432.

<sup>314</sup> Cf. Louis Pojman (1977) *The Moral Status of Affirmative Action* e Shelby Steele (1990) *A negative vote on Affirmative Action*.

<sup>315</sup> Segundo Williams: “One example of the extreme dangers of affirmative action took place at the Harvard University Medical School, which accepted lowered performance standards for blacks. On the day after this story was reported in the media, white patients began to refuse to be examined by black medical students. Although there are very serious and important hazards in allowing a few not fully qualified black doctors to practice, the real tragedy is that it lowers the market value of medical degrees held by competent black doctors”. (WILLIAMS, 1981, p.22)

<sup>316</sup> Williams cita como exemplo o fato de que numa escola predominantemente negra da Philadelphia, “no more than 5 percent of the student body could read at the national norm” (*Ibid.*, p. 21). Esse parece ser mais um problema de precariedade da educação dos negros.

<sup>317</sup> Cf. WILLIAMS, 2011, p.101.

na educação de qualidade para todos, ele cria entradas artificiais para os grupos minoritários, e ao invés de produzir benefícios para esses, tais intervenções provocam: “directly diminish the economic welfare of minority peoples, and (...) encourage and render more harmful and costly the bias toward discrimination which exists in society”<sup>318</sup>.

Além dos problemas observados por Williams, esse tipo de política, “are *not* consistent with the long-run interests of minority members themselves”<sup>319</sup>. Assim como Sowell e Summer observaram, Williams também descreve o descasamento, no qual, os beneficiários das ações afirmativas vêm sofrendo. Para ele, se as universidades como Harvard e MIT já são difíceis para a maioria das pessoas, para aqueles que não são qualificados suficientemente mostra-se ainda pior. Outro ponto interessante levantado por Williams e que coaduna com a proposta de mais escolas de qualidade e menos intervenção estatal, é o fato de que os salários recebidos por mulheres brancas e negras variam muito pouco, ao contrário das rendas médias recebidas por homens brancos e negros. Tal diferença, para Williams, é respondido pelo fato de que a média da educação feminina é muito parecida entre negras e brancas, ao contrário da média de estudos masculinos que varia em cerca de oito anos. O que significa que quando o investimento em capital humano é similar, seus salários, por consequência, também serão. E, por fim, na obra *On Discrimination, prejudice, racial income differentials, and affirmative action*, Williams afirma que “The primary achievement of affirmative action thus far, has been to split the traditional coalition between Jews and blacks and to give the false impression that those hard-won achievements by blacks come through gifts, not merit”<sup>320</sup>.

O também economista, Glenn Loury, defende que o uso das cotas raciais é muito perigoso, pois compromete a percepção de competência do negro, levando ao erro de considerá-los inferiores. Para ele, os negros devem ser incentivados a progredir por eles mesmos com base na competitividade e não com base nas preferências. Para Loury, o discurso político das cotas tem a intenção de limitar as realizações dos negros, bem como ceder ao branco a sua ascensão social, ou seja, para ele é como se fosse a elite branca quem estivesse beneficiando o negro. Segundo Loury: “O paradoxo é que, embora a igualdade seja o objetivo da instituição, esta não é uma troca entre iguais, e

---

<sup>318</sup> WILLIAMS, 1981, p. 20.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 22.

nunca poderá ser<sup>321</sup>”. Segundo Sowell, o fato de nos preocuparmos com as pessoas que sofreram discriminação e passam por dificuldades é algo muito diferente de pensar que podemos solucionar o problema que não podemos.

De acordo com Sowell, as ações afirmativas fracassaram na tentativa de beneficiar as minorias e revela os perigos reais da tensão entre grupos no país<sup>322</sup>, além de, superestimar a responsabilidade da universidade repassando a ela uma função que não é dela. Segundo Sowell,

Colleges and universities were not created to distribute benefits to applicants but to develop minds and create skills that serve society at large. The criteria that matter are the criteria which best enable these institutions to carry out that responsibility. Such a responsibility cannot be subordinated to the impossible task of equalizing probabilities of academic success for people born and raised in circumstances which have handicapped their development, even if for reasons that are not their fault and are beyond their control<sup>323</sup>.

A diferença entre a ideologia política e a realidade é muito diferente para Sowell. Retirar o valor da conquista extraordinária dos negros americanos e considerá-la como resultado da deliberalidade do governo, afirmando que os negros são absolutamente necessitados de apoio via políticas públicas compensatórias para progredirem, é um dos efeitos da ação afirmativa. Esses efeitos se estendem para o ressentimento de brancos e negros, bem como a indagação acerca do porque os negros não podem evoluir como qualquer outro grupo étnico, quando, “in fact that is what most blacks have done (...) any assessment of preferential policies must take account of pre-existing trends, rather than assume a static world to which ‘change’ was added”<sup>324</sup>. Mas, partindo de todas as ideias levantadas, o que podemos fazer para lidar com os problemas da desigualdade social entre negros e brancos?

---

<sup>321</sup> LOURY, 1997, p.02.

<sup>322</sup> Segundo o professor da UERJ, José Roberto Pinto de Goés na apresentação da versão brasileira da obra *Ação afirmativa ao redor do mundo*, no Brasil, antes da ação afirmativa, a mestiçagem era reconhecida como um motivo de orgulho e representação da cultura brasileira. Porém, após a adoção de cotas, os brasileiros foram obrigados a se decidirem, se são brancos ou negros. Todavia, definir a sua raça não é um dado da natureza, mas uma construção social. Nesse sentido, as ações afirmativas criam um problema que não existia anteriormente no Brasil. Para ele, acreditar que no Brasil há uma guerra entre negros e brancos é um erro, pois todos nós temos dificuldades em nos enquadrar em perfis raciais, dada quantidade de nossa miscigenação.

<sup>323</sup> SOWELL, 2004, p. 151.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 21. Como exemplo disso, Sowell cita que em 1969, a quantidade de negros que eram professores universitários com doutorado era baixo, entretanto eles recebiam mais que os brancos que tinham a mesma qualificação. Dessa forma, Sowell concluiu que o problema não é o salário, mas o número pequeno de pessoas qualificadas. Nesse sentido, esse número estava relacionado não à discriminação, mas à falta de qualificação necessária.

#### 4.5. O que podemos fazer?

Até o momento, há uma série de argumentos e elementos levantados ao longo do trabalho que são complexos e exigem clarificação. Gostaríamos, então, de retomar rapidamente tais elementos e direcionar uma solução para o problema inicial proposto neste trabalho: a saber, em que medida o modelo de ações afirmativas no ensino superior pode ser considerado um modelo de *equilíbrio social*? Qual o seu custo efetivo em termos de aplicabilidade? Como vimos, as ações afirmativas são um tipo de política que visa à distribuição de renda, as quais são comumente utilizadas como um modelo de *equilíbrio social*. Por isso, o *framework* histórico apresentado permitiu determinar, em um sentido *lato*, a definição de ação afirmativa, bem como sua relação direta com a questão racial quando discutimos o acesso dos sujeitos à universidade. Enquanto o modelo de ação afirmativa forte é tido como preferencial, na medida em que tem objetivos determinados a serem alcançados com esta política, o modelo de ação afirmativa fraca não permite discriminação e publiciza a oferta de vagas para determinados grupos. Nesse sentido, os casos da literatura jurídica norte-americana estudada, refletem filosoficamente a situação da igualdade no contexto norte-americano.

Vimos, com Dworkin, que o modelo de ação afirmativa tem os seus atrativos, considerando-se suas diversas questões sobre embasamento filosófico, justificabilidade, e aplicabilidade. Por se tratar de um problema de ética prática, as implicações do tipo de liberalismo igualitário por ele assumido que, *mutatis mutandis*, direcionam para o seu conceito de *policies*. As condições igualitárias de sua teoria, representados na figura do leilão e do pós-leilão, indicaram um modelo deontológico de justiça, cujo reforço dos elementos da diversidade e justiça distributiva (e não detidamente o caráter de compensação história) dão o tom de sua defesa. Assim, a parte *fundacional* de sua teoria não está propriamente na discussão sobre o melhor modelo de ações afirmativas, mas na sua teoria da igualdade. Sua ideia de justiça, pautada na esfera igualitária liberal, oferece uma concepção particular de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, tratamos de determinar qual é a melhor forma de responder à injustiça ou, em outras palavras, como este modelo de igualdade pode viabilizar o acesso de todos aos valores sociais de liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito. Recursos sociais, sob esta ótica, devem ser distribuídos de forma igual, sem que haja dependência de critérios subjetivos de bem-estar.

Entretanto, este argumento não convenceu outros pensadores quando à viabilidade das ações afirmativas com base neste modelo de igualdade de recursos, tal como com Sandel. Como vimos, Sandel desconstruiu o fundamento deontológico da teoria dworkiniana a partir de dentro. Quer dizer, a teoria de Dworkin tinha traços utilitaristas, o que pode parecer pouco visto de fora, porém com implicações *fundacionais* incontestes para o problema da justiça social. No caso específico das ações afirmativas, não bastasse a própria desconstrução de suas bases justificacionais, ela parece inconsistente quando consideramos o critério meritocrático como determinante para a questão do acesso à universidade. Basta lembrar a carta que Sandel sugere enviar àqueles que conseguiram acesso à universidade, cuja admissão ocorreu não por seu mérito, mas porque a *missão* da universidade assim determinava ou porque promoveria um ganho maior do ponto de vista social:

You are to be congratulated, not in the sense that you deserve credit for having the qualities that led to your admission—you do not—but only in the sense that the winner of a lottery is to be congratulated. You are lucky to have come along with the right traits at the right moment<sup>325</sup>.

Por fim, a proposta dworkiniana foi confrontada com as teorias e experiências de sua aplicabilidade no contexto global por intermédio das pesquisas realizadas pelo economista Thomas Sowell. Como resultado, foram apresentadas outras incoerências no argumento de Dworkin, tais como a insustentabilidade prática das ações afirmativas. Através dos dados apresentados por Thomas Sowell, e especialmente por sua discussão teórica sobre a visão restrita e irrestrita de igualdade e justiça social, verificamos a conexão deficitária entre teoria e prática para o problema das ações afirmativas, demonstrando como as mesmas fracassaram em seus objetivos pretendidos. Sendo assim, em um sentido amplo, o que vimos foi a tentativa de defesa das ações afirmativas a partir de Dworkin e os seus críticos determinando seus limites. Pretendemos, agora, sermos propositivos sobre o que fazer diante deste cenário de inconsistência teórico-prática, oferecendo uma alternativa para lidar com os problemas de desigualdade social e racial da sociedade.

Por tudo o que vimos, parece ser problemático o fato de que, os Estados Unidos, em meados da década de 60, quando deu-se fim às políticas segregacionistas e os Estados Unidos poderiam, finalmente, adotar uma política social igualitária, em que a

---

<sup>325</sup> SANDEL, *op. cit.*, p. 95.

nação não seria mais julgada pela cor da pele é que se ativaram os programas que fazem da cor da pele critério de distinção para candidatos a postos de trabalho, admissão em universidades entre outros. Nesse sentido, percebe-se que o país adota sempre políticas raciais para resolver o problema da desigualdade, deixando de lado o benefício que as políticas de *color blind*<sup>326</sup> podem trazer para uma sociedade que fora segregada e que hoje sofre com políticas que parecem colocar a raça a frente do indivíduo.

Em termos justificacionais, o ponto central deste problema é o fato de que o Estado parece não promover melhorias em termos de igualdade social ao repassar sua responsabilidade de garantia das instituições básicas para políticas paliativas que acabam por se tornar extremamente paternalistas. Não há argumento plausível que inviabilize indivíduos de exercerem uma profissão menos cobiçada socialmente, o que parece questionável é que, ao exercerem tal profissão, não tenham acesso aos bens sociais primários que permitirão (a ele e aos seus) ascender socialmente. Dessa forma, o resultado parece óbvio, mas nem sempre observado: a igualdade será garantida a todos somente quando o Estado promover a igualdade de acesso aos bens diversos como renda, postos de trabalho, saúde, educação e, por consequência, de autoestima. Com isso, a disputa por posições vantajosas não sofre a influência de práticas ou estados de coisas indesejáveis, os quais são ocasionados pela má distribuição ou má qualidade de vida. Esta não é uma defesa de um estado mínimo, mas de um estado que promova as instituições básicas de qualidade para todos.

O que as pesquisas realizadas por Sowell demonstraram foi que as ações afirmativas geraram mais malefícios que benefícios para a sociedade como um todo, provocando males, principalmente, para as minorias a que se pretendia beneficiar e gerando benefícios para os mais afortunados dentro do grupo preferencial. Ademais, a condição de autoestima, tão cara na teoria de Dworkin e outros que defendem o modelo de ações afirmativas, criam o sentimento de dependência dos cotistas com o Estado e causam neles o eterno sentimento de dever e inferioridade. Essa é a lógica do direito substituindo a conquista em detrimento do mérito, cujo problema parece ser que os bons não podem renovar as suas habilidades, assim como os beneficiados têm sua confiabilidade profissional comprometida. Nesse sentido, além do problema justificacional dos modelos que defendem ações afirmativas, a questão da aplicabilidade nos sugere avaliarmos as ações afirmativas menos por suas razões e mais por seus

---

<sup>326</sup> *Color blind* são políticas sociais cegas quanto à cor do indivíduo.

resultados. Feliz ou infelizmente, os dados apresentados nas pesquisas de Sowell e por outros teóricos sugerem que elas não têm surtido o efeito esperado nos diversos países que as adotaram e seu custo-benefício está muito aquém do desejado. Ademais, concordamos com Sowell quando este, ao se mostrar contrário a adoção da ação afirmativa, indica que a esfera política ignora as suas consequências e os seus resultados práticos, preocupando-se mais em somente justificar as políticas preferenciais e a enaltecer seus benefícios<sup>327</sup>. Isso soa contraditório, pois como vimos no início deste trabalho, o problema as ações afirmativas é multifacetado e não deve ser considerado apenas por sua validade teórica.

Por isso, ao extrapolar o plano crítico, se defendemos que o Estado deve garantir os bens sociais básicos para cada indivíduo, a justiça social que se pretende não é uma mera representação de grupos sociais específicos. De maneira similar, a garantia de equidade no acesso ao ensino superior requer uma igualdade mínima na base, tendo os indivíduos acesso aos serviços de um médico, uma escola com ensino de qualidade e uma renda capaz de garantir uma boa qualidade de vida. Essa é uma proposta de um modelo de estrutura básica estatal capaz de engendrar a equidade social para que, dessa forma, a distribuição de vaga no ensino superior possa dar-se exclusivamente por meio do mérito dos candidatos. Além disso, a convivência harmoniosa entre negros e brancos será possível somente em uma sociedade pluralista que, de fato, promova essa convivência. Do contrário, isso também será motivo para o acirramento racial. Aqui, lidamos com um problema maior sobre como modificar a consciência preconceituosa que impede o pluralismo social e a convivência tolerante e harmoniosa que possa promover o bem-comum de toda a comunidade independente das diferenças.

Por tudo o que vimos, é difícil imaginar que as ações afirmativas possam ser justificadas pela ideia de maior ganho social ou implementação da diversidade, uma vez que a dimensão da igualdade é distorcida do ponto de vista justificacional para acomodar elementos discriminatórios e, ao fim e ao cabo, não indicam ganhos reais para o grupo, segundo a argumentação de Sowell. Mesmo as críticas de Sandel não corroboram para a defesa de um modelo de ações afirmativas em qualquer nível, uma vez que tal proposta deixaria de lado os direitos de alguns talentosos em prol do suposto

---

<sup>327</sup> Segundo Sowell: “In the United States, mythical results - affirmative action as the basis for the economic rise of blacks, for example - have so completely supplanted facts that few who discuss this policy find it necessary to check historical evidence at all. For some supporters of affirmative action, it is just a matter of being in favor of helping the less fortunate, with the ‘details’ being left for others to consider and work out”. (SOWELL, 2004, p. 21).

direito de outros menos talentosos, levando-se em conta apenas o critério da raça. Com isso, no seu entender, legitima-se a promoção do que há de menos satisfatório para o indivíduo e para o grupo. Para ele, o Estado deveria permitir que os grupos sociais se arranjassem livremente, devendo intervir somente para evitar a adoção de políticas que solapassem a liberdade dos indivíduos. Percebemos, assim, que a ação afirmativa é injusta e injustificável quando considerados sua justificação e aplicabilidade, o que nos sugere que a defesa das liberdades individuais dos cidadãos, considerando a condição de igualdade como ponto de partida e não de chegada, sugerem melhores resultados ou evitam os embaraços em que a teoria de Dworkin recai.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, consideramos o problema central colocado inicialmente acerca da viabilidade da ação afirmativa como tentativa de resolver o desequilíbrio social inerente às sociedades modernas através do acesso de minorias à universidade. Oferecemos, para isso, diferentes enfoques a esta questão, reconhecendo seu caráter de fronteira e sua discussão interdisciplinar. Por isso, foram atreladas questão filosóficas, jurídicas e econômicas ao tratar do assunto, demonstrando que questões de justiça social extrapolam limites conceituais e adentram também no campo de sua aplicabilidade. Como dito, nossa hipótese de trabalho era de que a melhor resposta seria oferecida pela consideração dos vários elementos a partir de dois pontos centrais: o *âmbito justificacional* e o *âmbito prático*. Para o primeiro, discutimos a possibilidade do modelo igualitário liberal de Dworkin oferecer justificativa de modelos afirmativos; para o segundo, tentamos compreender a aplicabilidade destes modelos em seus respectivos contextos.

Para o adequado estudo, apresentamos o que compreendemos como sendo os diferentes modelos de ações afirmativas, analisando conceitualmente o que são ações afirmativas, as diferentes interpretações dessa ideia e a contextualização de sua dinâmica. Atrelado a isso, a definição do rótulo raça, sempre presente nas políticas norte-americanas, se revelou ineficaz na resolução de desigualdades. A doutrina jurídica segregacionista americana do “separate, but equal” trazia em seu bojo uma política baseada na cor, contrariando as próprias reivindicações pelos direitos civis. O problema é que as políticas de ação afirmativa, mesmo a endossada por Dworkin, optaram pela manutenção do conceito de raça. Isso se mostrou problemático porque os modelos de ação afirmativa, que inicialmente adotaram medidas mitigadas para que os pertencentes aos grupos minoritários conseguissem competir em igualdade, logo se tornaram medidas fortes de destinação de cotas e metas. E, o que era para ser um paliativo, tornou-se uma constante dos modelos de justiça social.

Compreendemos também que a defesa de ações afirmativas em Dworkin surge em um cenário jurídico em que regras, princípios e *policies* encontram na teoria igualitária de recursos sua justificação. Como vimos, as ações afirmativas são consideradas justas com base na diversidade e na promoção do reconhecimento e da autoestima. Em oposição, oferecemos uma contraprova à teoria de ações afirmativas a partir das críticas de Michael Sandel. Para Dworkin, a pressuposição básica era defender sua teoria como liberal igualitária com cunho deontológico, de onde as *policies* extrairiam sua justificação. Porém, Sandel demonstrou que a teoria dworkiniana possui questões utilitaristas escondidas ou que entram pela “porta de fundo”. Logo, o âmbito justificacional de sua teoria estaria comprometido.

Feita essa análise, complementamos a discussão levando em consideração uma reconstrução teórica e político-econômica da dimensão das ações afirmativas em diferentes contextos. Para isso, utilizamos Thomas Sowell para demonstrar que o problema das ações afirmativas pode ser vislumbrado do ponto de sua aplicabilidade. Foi indispensável avaliarmos a dinâmica social e o modo como este modelo foi se estabelecendo a partir de um ponto de vista econômico, identificando no modelo de ações afirmativas uma séria deficiência em termos de eficácia, ou seja, no âmbito da aplicabilidade. Nesse sentido, Sowell critica a visão irrestrita de igualdade – o que, obviamente, inclui a visão de Dworkin – ao mesmo tempo em que suas pesquisas corroboram com a tese de que as ações afirmativas não surtiram efeito nos países que a adotaram. Mais do que isso, trouxeram malefícios para as próprias minorias a quem se deveria beneficiar.

Por tudo o que vimos, as políticas de ações afirmativas aplicadas ao contexto das universidades, tal como defendidas por Dworkin, não só não são justificáveis como são discriminatórias. Isso porque, na tentativa de equilibrar a balança da justiça social pela igualdade, os direitos de liberdade de todos os envolvidos nesse tipo de política ficam comprometidos. Nesse sentido, as políticas de cunho liberal e de *color blind* aparecem como uma opção mais benéfica para resolver problemas de justiça social, em detrimento de políticas paternalistas que beneficiam apenas um grupo de minorias. Em uma sociedade democrática e liberal parece contraditório apelar para pressupostos que podem lesar os indivíduos no que constituem seu direito básico de não intervenção. Caberia ao Estado procurar meios menos incisivos de garantir e restaurar as igualdades de sociedades marcadas pelo pluralismo. Se assim for, sociedades liberais que prezam por oferecer as garantias necessárias para os direitos individuais devem garantir que a

esfera privada seja preservada, pois não compete ao Estado definir de modo autoritário questões de foro privado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografia Básica:

BOWEN, William; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

\_\_\_\_\_. *The shape of the river*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

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

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. Is Affirmative Action Doomed? *The New York Review of Books*, 1998, p. 56–60.

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

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a constituição moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*. London: Harvard University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977a.

\_\_\_\_\_. The Court and the University. *The New York Review of Books*, 2003, p. 01-10.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Why Bakke has no case. *The New York Review of Books*, 1977b, p. 01-11.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LOURY, G. How to mend Affirmative Action. *The Public Interest*. Spring, 1997.

\_\_\_\_\_. Who cares about racial inequality. *Steine Lecture*. Vanderbilt University, Oct. 1, 1998.

\_\_\_\_\_. Affirmative Action and Its Mythology. *Journal of Economy Perspective*. 19, 2005.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Editora Contexto, 2009.

NAGEL, Thomas. A Defense of Affirmative Action. *Nine Debates – Affirmative Action: Is It Fair?* s.d. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lia3jfs3BUJ:ftp.beitberl.ac.il>

/~bbsite/misc/ezer\_anglit/klali/99\_80.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Equal treatment and Compensatory discrimination*. Philosophy and public affairs, Princeton, v.2, n4, Summer, 1973, p.348-363.

\_\_\_\_\_. *Defense of Strong affirmative action*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fFzYaZ484GcJ:instruct.uwo.ca/philosophy/162f-001/nagel.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. John Rawls and Affirmative Action. *Journal of Blacks in Higher Education*. Spring, 2003.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

\_\_\_\_\_. *Justice – What’s the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SOWEL, Thomas. *Ação Afirmitiva ao Redor do Mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004b.

\_\_\_\_\_. *A Conflict of Visions Ideological Origins of Political Struggles*. Basic Books 2007.

\_\_\_\_\_. *Affirmative Action Around the World: an empirical study*. New Haven: Yale University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *Civil Rights: Rhetoric or reality?* New York: Happer Collins e-book, 1984.

\_\_\_\_\_. *Conflito de visões: Origens ideológicas das lutas*. São Paulo: É realizações, 2011.

\_\_\_\_\_. Dirty Secrets about “Affirmative Action”. *Capitalism Magazine*, 2002. Disponível em: <<http://capitalismmagazine.com/2002/11/dirty-secrets-about-affirmative-action/>>. Acessado em: 07 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Inside America Education: the decline, the deception, the dogma*. New York: Free Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *Weber and Bakke, and the Presuppositions of ‘Affirmative Action’*. *Discrimination, affirmative action and equal opportunity*. Vancouver: The Fraser Institute, 1981.

THERNSTROMS, Abigail; THERNSTROMS, Stephan. *America in Black and White: one nation, indivisible*. New York: thouchstone, 1997.

\_\_\_\_\_. “Reflections on the Shape of the River”. *UCLA Law Review*, Vol. 46, No. 5. 1999.

WILLIAMS, Walter. Affirmative Action Can’t Be Mended. *Cato Journal*, p. 01-10. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/1997/5/cj17n1-1.pdf>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. *America: a Minority Viewpoint*. Stanford: Hoover Institution Press Publication, 1982.

\_\_\_\_\_. On Discrimination, Prejudice, Racial Income Differentials, and Affirmative Action. *Discrimination, affirmative action and equal opportunity*. Vancouver: The Fraser Institute, 1981.

\_\_\_\_\_. *Race and Economics: How Much Can Be Blamed on Discrimination?* Stanford, CA, Hoover Institution Press, 2011.

### **Bibliografia secundária:**

ASTIN, Alexander, *What Matters in College? Four Critical Years Revisited*. San Francisco: Jossey-Bass, Inc., 1993.

BAEPLER, Paul. *White Slaves, African Masters: An Anthology of American Barbary Captivity Narratives*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova*, São Paulo, nº 63, 2004, p.103 – 141.

BARRY, Brian. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1989.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, 2003, p. 15-56.

BEATTY, David. *A essência do Estado de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BERNASCONI, Robert. *Race & Racism in Continental Philosophy*. Bloomington: Indiana University Press, 2003.

BIRD, Colin. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: Madras, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal: Editora Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Ministério da Justiça*. Brasília, 1998. Disponível em: Acesso em 19 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5465, de 03 de julho de 1968. Lei do Boi. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 1968.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Lei de cotas. *Diário Oficial da União*. Brasília: DF, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas por critério raça*. Brasília, DF, 04 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121135> . Acesso em: 13 de junho de 2015.

- BUNZEL, John. Affirmative Action Admissions: How it 'Works' at Berkeley. *The Public Interest*, Fall, 1988.
- CLAYTON, Matthew. Liberal Equality and Ethics. *Ethics*, Vol. 113, n. 1, out. 2002, p. 8 – 22.
- COHEN, Carl. Race preference in College Admissions. *The heritage Foundation*, 1998. Disponível em: < <http://www.heritage.org/research/lecture/race-preference-in-college-admissions>>. Acessado em: 07 de janeiro de 2015.
- COHEN, G. On decurrancy of equalitarium justice. *Ethics*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas. *Equality and preferential treatment*. Princeton: Princeton University, 1977.
- COUTO, Mia. *Pensatempos*. Lisboa: Caminho, 2005.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta: O círculo vicioso da miséria moral*. São Paulo: É realizações, 2014.
- DAVIS, Michael. Race as Merit. *Mind*, 92,1983.
- DONALD, R. Snodgrass. *Inequality and Economic Development in Malaysia*. Kuala Lumpur: Oxford University Press, 1980.
- DUFAUR, Luis. EUA: *Suprema Corte aprova fim de cotas raciais no Michigan*. Disponível em: < <http://ipco.org.br/ipco/noticias/eua-suprema-corte-aprova-fim-de-cotas-raciais-michigan#.VNTH3S6aW4c>>. Acessado em: 06 de fevereiro de 2015.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. São Paulos: WMF Martins Fontes, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Freedom's law: The moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Edições Almedina. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EDLEY, Christopher. *Not all black and White: Affirmative Action and American Values*. Nova York: Hill and Wang, 1996.
- FARIAS, Paulo Fernando de Moraes. "Models of the world and Categorical Models: The 'Enslaveable Barbarian' as a Mobile Classificatory Label". *Islam and the Ideology of Enslavement*. London: Frank Cass and Company, 1985.
- FERRAZ, Carlos Adriano. Legitimação a partir do contrato ou com o contrato: acerca dos modelos de fundamentação política de Rawls e de Dworkin. *Dissertatio*, Pelotas, n. 27-28, 2008. p.105-126.

\_\_\_\_\_. Observações acerca de um modelo pós-positivista de fundamentação do Direito: Dworkin e a ideia de “interpretação construtiva”. *Filosofia Unisinos*. Mai/ago 2011. p.148-160.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para cigarras e formigas. *Novos Estudos*, 2007. p. 243- 253.

FERES Jr. JOÃO; DAFLON, Verônica Toste; CAMPOS, Luiz Augusto. Ação Afirmativa e Justiça. *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FINNIS, J. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos. 2007.

\_\_\_\_\_. “Is natural law theory compatible with limited government? *Natural law, liberalism and morality*: Contemporary essays, ed. Robert P George. Oxford: Oxford University Press, 1996.

FLEISCHACKER, Samuel. *A short history of justice distributive*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

FOLLESDAL, Andreas. John Rawls (1921-2002). Giant on the Shoulders of Giants. *Diacrítica, Filosofia e Cultura*, Braga (Universidade do Minho), n. 17/2, p. 285 – 290, 2003.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era ‘pós-socialista’. *Cadernos de Campo*. São Paulo, nº 14/15, p. 321 – 239, 2006.

\_\_\_\_\_. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘post-socialist’ age. *New Left Review*, vol. I-212, p. 68-93, 1995.

FREEMAN, Samuel. *Rawls*. London: Routledge. 2007.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press. 1962.

\_\_\_\_\_; FRIEDMAN, Rose Friedman. *Free to Choose*. Nova York: Hancourt Brace Jovanovich, 1980.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1979.

FULLINWIDER, Robert. Affirmative Action and Fairness. *Report from the Institute for Philosophy and Public Policy*. Vol. 11. Winter, 1991.

\_\_\_\_\_.; LICHTENBERG, J. *Leveling the playing field: justice, politics, and college admissions*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2004.

GALANTER, Marc. *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*. Berkeley: University of California Press, 1984.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. 2002.

GODWIN, William. *Enquiry Concerning Political Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

GROFMAN, Bernard; MIGALSKI, Michael Migalski. *The Return of the Native: The*

Supply Elasticity of the American Indian Population 1960–1980. *Public Choice*, Vol. 57, 1988.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Edinburg: Edinburg University Press, 1997.

GUIMARÃES, Acesso de negros à universidade pública. *Temas em debate: Ações Afirmativas*, 2004. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16836.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2015.

GUNTHER, G. *Constitutional Law*. Westbury: The Foundation Press Inc., 1991.

HAYEK. *Law, legislation and liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

HODDIE, Matthew. Preferential Policies and the Blurring of ethnic boundaries: The case of Aboriginal Australians in the 1980s. *Political Studies*, vol. 50, 2002.

HOROWITZ, Donald. *Ethnic Groups in Conflict*. Los Angeles: University of California Press, 1985.

INDIA. The Constitution of India. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2015.

JOSHI, Barbara. Whose Law, Whose Order: ‘Untouchables’ Social Violence and the State in India, *Asian Survey*, July, 1982.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições70, 1960.

KASPER Wolfgang. *Building Prosperity: Australia’s Future as a Global Player* (St. Leonard’s, NSW: The Center for Independent Studies, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KENNEDY, Randall. *For discrimination: Race, Affirmative Action, and the Law*. New York: Vintage Books, 2013.

KLITGAARD, Robert. *Elitism and Meritocracy in Developing Countries: Selection Policies for Higher Education*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAWUYI, Olatunde Bayo. Ethnicity, Political Leadership and the Search for a Stable Nigerian Society. *Scandinavian Journal of Development Alternatives*. Sep–Dec, 1992,

LERNER, Robert; NAGAI, Althea. *Racial Preferences in Medical Education: Racial and Ethnic Preferences in Admissions at Five Public Medical Schools*. Washington: Center for Equal Opportunity, [s.d.].

LUBIN, Nancy. *Labour and Nationality in Soviet Central Asia: Na Uneasy compromise*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

LUTHER KING JR. Martin. *I have a dream*. Disponível em: <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihavedream.htm>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Where Do We Go from Here: Chaos or Community?* New York, Harper & Row, 1967.

\_\_\_\_\_. *Why We Can't Wait*. New York, Harper & Row, 1963.

- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACKINNON, Barbara. *Ethics: Theory and Contemporary Issues*. New York: Wadsworth Publishing Company, 1995.
- MARQUIS, Julie. “Liposuction Doctor Has License Revoked”. *Los Angeles Times*, August 26, 1998.
- MEANS, Gordon. “Ethnic Preference Policies in Malaysia”. *Ethnic Preference and Public Policy in Developing States*, Boulder: Lynne Reinner Publishers, 1986.
- MENEZES, P.L. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. *Educação e sociedade*. Vol. 25, n. 88, 2004, p. 757-76.
- MOHAMMED, Wazeen. *Affirmative Action Policies in Pakistan*. Sri Lanka: Ethnic Studies Report, 1997.
- MOYNIHAN, Daniel. Employment, Income, and the Ordeal of the Negro Family. *Daedalus*, Fall, 1965.
- NEWTON, Lisa. Reverse Discrimination as Unjustified. *Ethics*, Vol. 83, No. 4., 1973.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and Utopia*. New York: Basic Book, 1974.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Nythamar. Teoria ideal e não-ideal: Rawls entre Platão e Kant. *Ética e justiça*. Santa Maria: Palloti, 2003.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.
- PAIM, Paulo. *Sabatina do Dr. Joaquim Barbosa Gomes*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- PARIJS, Philippe Van. Equality of Resources Versus Undominated Diversity. *Dworkin and his critics*, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O que é uma sociedade justa?* São Paulo: Ática. 1997.
- PERRY, S. Interpretation and methodology in legal theory. *Law and interpretation*. Oxford: Clarendon, 1995. P. 97 – 135.
- PETIT, P. *A Theory of Freedom*, Cambridge: Polity Press, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- POJMAN, Louis. *The Case against Affirmative Action*. Disponível em: <[http://www.csus.edu/indiv/g/gaskilld/business\\_computer\\_ethics/the%20case%20against%20affirmative%20action.htm/The-Case-Against-Affirmative-Action-Sacramento-State](http://www.csus.edu/indiv/g/gaskilld/business_computer_ethics/the%20case%20against%20affirmative%20action.htm/The-Case-Against-Affirmative-Action-Sacramento-State)>. Acessado em: 07 de janeiro de 2015.
- \_\_\_\_\_. The Moral Status of Affirmative Action. *Public Affairs Quarterly*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1977.

- POSNER, Richard. The Defunis case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities. *Affirmative Action and the Constitution*, New York: Garland, 1998, p. 249 – 280.
- POUND, Roscoe. *The Case for the Law*. New Haven: Yale University Press, 1922.
- PUTNAM, Hilary. *O colapso da verdade e outros ensaios*. Aparecida: Idéias e letras, 2008.
- RACHELS, James. Em defesa das cotas. *A coisa certa a se fazer: leituras básicas sobre filosofia moral*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Collected Papers*, Ed. S. Freeman. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O liberalismo Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAZ, J. *Ethic in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1995.
- \_\_\_\_\_. *A moralidade da liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ROBERTS. Lance. Understanding Affirmative Action *Discrimination, affirmative action and equal opportunity*. Vancouver: The Fraser Institute, 1981.
- ROPER CENTER. 1996. Disponível em: <<http://www.ropercenter.uconn.edu/race-relations-topics-glance/>>. Acesso em: 03 de julho de 2015.
- ROSENFELD, M. Affirmative Action and Justice. *A Philosophical and constitutional inquiry*. New Haven/Londres: Yale University Press, 1991.
- SAUTMAN, Barry. Ethnic Law and Minority Rights in China: Progress and Constraints. *Law & Policy*, Vol. 21, No. 3, July 3, 1999.
- SCHMIDT, PETER. U. of California Ends Affirmative Action. *The Chronicle of Higher Education*, May 25, 2001.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das letras. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Developmente as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Inequality Reexamined*. New York: Oxford University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. O Desenvolvimento como Expansão de Capacidades. *Lua Nova*, nº 28/29. 1993. pp. 313 - 333.
- SHEILS, Merrill. “Minority Report Card”, *Newsweek*, 1976.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Rower v. Ewans: o amor que não ousa dizer o nome. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SINGER, Peter. *A discriminação racial é arbitrária? A coisa certa a se fazer*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of nations*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977.

SMITH, Paul. *Filosofia Moral e política: principais questões, conceitos e teorias*. São Paulo: Madras, 2009.

SOWELL, Thomas. "Affirmative Action": a worldwide disaster. Commentary. 1989. Disponível em: <https://www.commentarymagazine.com/article/affirmative-action-a-worldwide-disaster/>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Black Education: Myths and tragedies* New York: David MacKay, 1972.

\_\_\_\_\_. *Black Rednecks and White Liberal*. Encounter Books. 2005.

\_\_\_\_\_. *Etnias da América*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

\_\_\_\_\_. *Markets and Minorities*. New York: Basic Books, 1981.

\_\_\_\_\_. *Race and Culture*. New York: Basic Books, 1995.

STEELE, Shelby. *A negative vote on Affirmative Action*. New York, May 2013, 1990.

SUMMERS, Clyde. Preferential Admissions: An Unreal Solution to a Real Problem. *University of Toledo Law Review*, Spring/Summer 1970.

THOMPSON, Daniel. *Private Black Colleges at the Crossroads*. Westport: Greenwood Press, 1973.

TORRES, João Carlos Brum. (org.) *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

UNITED STATES. U.S. *Constitution of the United State*. Disponível em: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html). Acesso em: 08 de julho de 2015.

UNITED STATES. Department of Justice. Equal Employment Opportunity Commission. *Executive Order 10.925*, 6 mar. 1961. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 25 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. *Title VI of the Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>. Acesso em: 28 de março de 2015.

UNITED STATES. In The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *Cheryl J. hopwood v. State of Texas*, 78 F. 3d 932 (1996). Disponível em: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. *The coalition for Economic Equity versus Wilson*, 122 EM 692, (1997). Disponível em: <https://casetext.com/case/coalition-for-economic-equity-v-wilson-3>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

UNITED STATES. Supreme Court. *AFL-CIO versus Weber*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/443/193>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Andarand Constructors versus Peña* (1995). Disponível em:

<<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Boynnton versus Virginia* (1960). Disponível em: <<http://supreme-court-cases.insidegov.com/>>. Acesso em : 11 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Brown versus Board of Education of Topeka* (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 06 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *City of Richmond versus Croson, 1989 (156.448 U.S.469)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. *DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974)*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Fullilove versus Klutznick 448 U.S. 448 (1980)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Henningsen v. Bloomfield motor, 32N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960)*. Disponível em: <http://www.lex.uniba.it/ta/responsabilita%20del%20produttore%20henningsen%20v%20bloomfield%20motor%20Co.pdf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Loving versus Virginia 388 U.S. 1 (1967)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4> Acesso em: 10 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *NAAP versus Alabama*, (1958). Disponível em: <http://naacpvalabamaat50.org/>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Pace versus Alabama (1883)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>>. Acesso em: 10 de junho 2015.

\_\_\_\_\_. *Parents Involved in Community Schools versus Seattle School Dist. No. 1 551 U.S. 701 (2007)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>. Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. *Plessy versus Ferguson (1896)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Acesso em: 06 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)*. Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889)* Disponível em: <[http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm)> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. Disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950)*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Wygant versus Jackson Board of Education* (1986). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

UNITED STATES. U.S. Supreme Court of California. *The coalition for Economic Equity versus Wilson*, 122 EM 692 (1997). Disponível em: <http://www.pacificlegal.org/document.doc?id=459>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. *Avaliação qualitativa dos dados sobre desempenho acadêmico – ano 2011*. Pesquisa disponível em: < <http://www.caiac.uerj.br/rel.pdf>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

VALENTINI, Laura. Ideal vs. Non - ideal Theory: A Conceptual Map. *Philosophy Compass*. 7/9, 2012. p. 654–664.

VENTER, Jonh. *Existem as raças humanas?* Disponível em:< <http://www.mdig.com.br/?itemid=5752>> Acesso em: 08 de julho de 2015.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo igualitário: Sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulos: WMF Martins Fontes, 2008.

WALZER, Michael. *Interpretation and social criticism*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. Nova York: Basic Books, 2003.

WEINER, Myron. The Pursuit of Ethnic Inequalities Through Preferential Policies: A Comparative Public Policy Perspective. *From Independence to Statehood: Managing Ethnic Conflict in Five African and Asian States*. London: Frances Pinter, 1984.

WILLIAMS, Bernard. From Freedom to Liberty: The Construction of a Political Value. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 30, n. 1, inverno 2011, p. 3 – 26.

WHITE, James E. *Contemporary moral problems*. London: Wadsworth Publishing Company, 2000.

WOOD, John. Reservations in Doubt: The Backlash against Affirmative Action in Gujarat, India. *Pacific Affairs*, Vol. 60, No. 3. 1987.