

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VII – NÚMERO XIII

2º SEMESTRE 2021

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO VII, N. XIII, 2º SEM. 2021



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00013

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00013.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VII – NÚMERO XIII

2º SEMESTRE 2021

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2021

COLABORADORES

Alexandre Coutinho Pagliarini
Andréa Arruda Vaz
Antonio Felipe Delgado Jiménez
Artur Cortez Bonifácio
Cíntia Fernanda de Abreu Melo
Daniela Wendt Toniazzo
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Szazi
Eugênio Facchini Neto
Evani Zambon Marques da Silva
Fernando Gonzaga Jayme
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Horácio Monteschio
Jalusa Prestes Abaide
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
Jorge Mascarenhas Lasmar
José María Lombardero Martín
Leandro Lyra Braga Dognini

Lorena Moura Barbosa de Miranda
Maria Fernanda Augustinhak S. Haering Teixeira
Mariana Stuart Nogueira Braga
Nancy Carina Vemengo Pellejero
Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira Bandeira
Paulo Vinicius Sportleder de Souza
Pilar Martín Ríos
Regina Linden Ruaro
Renata Peruzzo
Roberta Oliveira Dal Sochio
Rolando Pavò Acosta
Sandra Mara de Oliveira Dias
Shirlei Castro Menezes Mota
Sílvia Marinho Pereira Santos Netto
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Stela Marcos de Almeida Neves Barbas
Tales Schmidke Barbosa
Victor Barbosa Dutra

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 01

DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A DISCRIMINAÇÃO INVERSA PELO CONTRIBUTO DE DWORKIN

DISCRIMINATION INVERSED BY DWORKIN'S CONTRIBUTION

DOI: 10.19135/revista.consinter.00013.02

Recebido/Received 29.04.2021 – Aprovado/Approved 20.09.2021

*Lorena Moura Barbosa de Miranda*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-3641-3830>

E-mail: loresmb2012@hotmail.com

*Artur Cortez Bonifácio*² – [tps://orcid.org/0000-0001-5942-1510](https://orcid.org/0000-0001-5942-1510)

E-mail: artur_bonifacio@yahoo.com.br

Resumo

O objetivo do presente trabalho é proceder a uma análise reconstrutiva dos argumentos de Ronald Dworkin relativamente às políticas de ações afirmativas aplicadas por Universidades, como medidas capazes de diminuir a longo prazo a consciência de raça enquanto fator de discriminação negativa, e de dar efetivo cumprimento da dignidade humana em sua dimensão coletiva, diante de casos concretos levados à Suprema Corte norte-americana. Trata-se de pesquisa explicativa, efetivada por meio de base bibliográfica e de análise jurisprudencial, em que se pretende responder a questões correlacionadas à eficiência na aplicabilidade prática e legalidade de medidas de discriminações inversas, diante de um Estado Constitucional de Direito, o qual se dispõe a proteger e garantir o direito à igualdade.

Palavras-chaves: Ações afirmativas. Discriminação negativa. Políticas públicas. Igualdade substancial. Direito à igualdade. Dignidade humana.

Abstract

The purpose of this paper is to reconstruct Ronald Dworkin's arguments about affirmative action applied by Universities, policies as measures capable of diminishing long-term racial awareness as a factor of negative discrimination, and to effectively fulfill human dignity in its collective dimension, in the face to concrete cases before the Northern Supreme Court-American. This is an explanatory research, in which we intend to answer questions related to the efficiency in the practical applicability and legality of reverse discrimination measures, before a Constitutional Rule of Law, that is willing to protect and guarantee the right to equality, not only through as a jurisprudential analysis.

Keywords: Affirmative action. Negative discrimination. Public policies. Substantial equality. Right to equality.

Sumário: 1 Introdução. 2 As razões de Dworkin: a justiça das políticas de ações afirmativas e as espécies de igualdade. 2.1 Sentido utilitarista e sentido ideal. 3 Notas críticas e conclusivas. Referências.

¹ Promotora de Justiça, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Cidade Universitária, Alameda da Universidade, 1649-004, Portugal.

² Mestre/Doutor pela PUC-SP (Direito do Estado), Pós-Doc FDUL (Ciências Jurídicas e Políticas), Professor da UFRN. Juiz de Direito.

1 INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin (193-2013), um dos maiores jus-filósofos do Direito dos séculos XX e XXI, enfrentou em suas obras assuntos dos mais controversos, a exemplo da discricionariedade judicial³, o anti-utilitarismo no raciocínio jurídico⁴, a conexão entre direito e moral⁵ entre outros, a exemplo do tema a que se propõe a investigar, em que o autor comenta argumentativamente, algumas decisões judiciais acerca de ações afirmativas quanto à discriminação positiva, no escopo de identificar fundamentos suficientes em prol do respeito à dignidade humana por meio da igualdade substancial entre brancos e negros.

Objetiva-se, por conseguinte, trazer a lume uma análise reconstrutiva dos argumentos de Dworkin, relativamente a políticas públicas de ações afirmativas, conforme vinham sendo aplicadas por universidades americanas e discutidas em casos judiciais, a partir do que se pretende fazer emergir fundamentos jurídicos capazes de sustentar normativamente referidas ações de discriminação inversa, ou positivos, como instrumentos capazes de diminuir, a longo prazo, a consciência de raça enquanto fator de discriminação negativa, como forma de tornar a convivência em sociedade mais justa e igualitária, e de dar consequentemente efetivo cumprimento ao princípio da dignidade humana em sua dimensão coletiva.

Para tanto, lança-se mão da compreensão de que o princípio da dignidade humana evidencia que todos os indivíduos são iguais como sujeitos de direitos na ordem jurídica que o prevê como disposição normativa, sendo, portanto, mercedores do mesmo tratamento de consideração e respeito, o qual é a base por meio da qual são formuladas reflexões capazes de dar sustentáculo às referidas ações, como instrumento concretizador de igualdade como faceta do respeito à dignidade humana, a partir da análise de casos específicos julgados pela Suprema Corte norte-americana, relativamente às cotas para negros adotadas em universidades dos Estados Unidos, por se tratarem de ações não reconhecidas legalmente naquele país,

³ R. Dworkin tratou do tema em destaque em seu primeiro artigo: *Judicial Discretion*, publicado em 1963 no *Journal of Philosophy*. DWORKIN, Ronald, “Judicial discretion”, *Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/DWOJD>>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁴ R. Dworkin questionou as posturas utilitaristas de raciocínio jurídico por meio de um comentário à obra *Judicial Decision*, de Richard Wasserstrom, publicado primeiro com o título *Wasserstrom: the Judicial Decision* (75, *Ethics* 47, University of Chicago, 1964) e depois com o título *Does law have a function? A comment on the Two-Level Theory of Decision* (74 *Yale Law Journal* 640, 1964-1965). DWORKIN, Ronald, “Wasserstrom: The Judicial Decision”, *Ethics*, v. 75, n. 1, out. 1964, Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/291520>>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁵ R. Dworkin começou a desenvolver suas teses antipositivistas a respeito da conexão entre direito e moral em uma resenha crítica à então recém-lançada obra *The Morality of Law*, de Lon Fuller. A resenha de Dworkin foi publicada como artigo intitulado *Philosophy, Morality and Law: observations prompted by professor's Fuller's Novel Claim* (113 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 668-690, 1964-1965) e posteriormente em versão reduzida com o título *The Elusive Morality of Law* (10 *Vanderbilt Law Review*, p. 631-639, 1965). DWORKIN, Ronald, “The Elusive Morality of Law”, *HeinOnline*, 10 *Vill. L. Rev.* 631, 1965, Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4611&context=fss_papers>. Acesso em: 10 jul. 2018.

através do que se pretende proceder a uma reconstrução crítica dos posicionamentos argumentativos do autor em comentário⁶.

Observa-se, for fim, que a pretensão supramencionada serve como mola propulsora para as reflexões que se propõem desenvolver no presente artigo, para o qual se lança mão de instrumentos de pesquisa científica a partir do método indutivo, diante da análise de argumentos jurídicos e filosóficos relevantes. Foi realizada uma pesquisa teórica, mediante significativa investigação bibliográfica, não somente em âmbito jurídico como em outras áreas do conhecimento científico, a partir da qual se utilizou o método explicativo, que tem como pressuposto a busca de justificativas e fundamentos teóricos para o conteúdo da conclusão proposta, por intermédio de uma cadeia de raciocínios dirigidos à edificação da proposta entelada.

2 AS RAZÕES DE DWORKIN: A JUSTIÇA DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E AS ESPÉCIES DE IGUALDADE

A história de escravidão, repressão, preconceito e suas consequências vividas nos Estados Unidos, ambiente em que o autor em foco desenvolve suas teorias, tornou o povo norte-americano racialmente mais consciente e mantenedor de fortes distinções sociais, razão pela qual muitas universidades passaram a buscar a instituição de programas de ações afirmativas, com o uso de critérios raciais explícitos, no escopo direto de aumentar o número de negros em profissões de relevância social, como exemplificativamente a Advocacia e a Medicina.

Tais medidas de discriminação reversa ou positiva têm lastro na teoria social segundo a qual somente haverá uma diminuição das divisões raciais, se as carreiras mais relevantes para a sociedade forem ocupadas tanto por brancos como por negros, associadas a um cálculo de estratégia, o qual observa que “aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra”⁷.

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

⁶ O tema das ações afirmativas fora abordado por Ronald Dworkin nas obras *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986) e *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. DWORKIN, Ronald, *Sovereign virtue: The theory and practice of equality*. Cambridge, Massachussets, London, England, Harvard University Press, 2002a.

⁷ Ronald Dworkin afirma ainda que “é a pior incompreensão possível supor que os programas de ações afirmativas têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas. Elas usam medidas vigorosas, porque as mais suaves fracassaram, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana”. DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1985, p. 439.

desfavorecidas. Apresentar-se-ão, a seguir, as razões de Dworkin quanto às políticas de ações afirmativas discutidas neste e em outros casos de notável relevo para o tema.

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

Assim, conforme Dworkin, a justificativa para os padrões intelectuais em regra utilizados é, na verdade, não um direito individual ou uma espécie de premiação para os melhores colocados, mas uma escolha política que prioriza as necessidades da comunidade, a serem supridas através de uma política útil que lhe permita estar melhor servida na área jurídica *verbi gratia*, ou qualquer outra, especialmente nos serviços essenciais, por profissionais mais aptos intelectualmente. Nesse sentido, a perda em potencial vivida pelo indivíduo desfavorecido restará compensada pelo ganho geral para o corpo social⁸.

Percebe-se, em verdade, que critérios de avaliação de intelectualidade são utilizados pelas consequências que podem propiciar à sociedade como um todo, ou seja, pelos objetivos que se deseja alcançar, e não simplesmente porque pessoas mais inteligentes e com mais conhecimento intelectual tenham o direito a vagas nas universidades. Assim, a eleição dos critérios está ligada mais a objetivos prioritários buscados com vistas à melhoria do convívio social do que por uma questão propriamente de direitos individuais, o que justificaria o uso de ações afirmativas, como cotas raciais em universidades, no escopo de tornar a comunidade mais igualitária e harmoniosa em termos gerais⁹.

Lembra o autor em testilha que muitas vezes as universidades agregam aos testes de inteligência outros critérios através da promoção de políticas especiais de admissão, a exemplo da preferência para veteranos que haviam frequentado a escola antes de servirem às forças armadas, ou mesmo a priorização de candidatos mais esforçados, em detrimento dos mais inteligentes, a depender da preferência de critérios da universidade e, em especial, dos objetivos perseguidos¹⁰.

Ademais, a Constituição norte-americana não proíbe diretamente a classificação racial, como faz com o estabelecimento de uma religião oficial por exemplo, razão pela qual *De funis* utiliza como fundamento para suas arguições o direito abs-

⁸ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002b, p. 227.

⁹ “*There is nothing paradoxal, of course, in the idea that an individual’s right to equal protection may sometimes conflict with an otherwise desirable social policy, including the policy of making the community more equal overall.* [...]” DWORKIN, 2002b, p. 226.

¹⁰ *Ibidem*, p. 225.

trato à igualdade, que é assegurado pela décima quarta emenda à Constituição, a qual determina que nenhum Estado negará a qualquer pessoa a igual proteção perante a lei. No entanto, tal cláusula deixa em aberto a concepção do conceito de igualdade devendo ser decidida de tempos em tempos pelos Tribunais, ou pelo legislador. Trata-se de uma cláusula que prevê a igualdade abstrata, dependente de uma moldura real, ou seja, de premissas empíricas, considerando a única pretensão que se tinha à época em que redigida tal emenda era atacar as consequências da escravidão e do preconceito racial decorrente¹¹.

Esse fato permitiu ao autor concluir que é possível o surgimento de circunstâncias em que o direito individual à igualdade formal se choque com uma política social constituída para tornar a comunidade mais igualitária como um todo, reconhecendo a existência de uma necessária distinção entre “igualdade como política” e “igualdade como direito”, visto que *De Funis* argumenta que seu direito individual à igualdade foi violado em nome de uma política de igualdade geral. Eis a grande contribuição desta demanda judicial.

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

Dworkin visualiza a existência de dois tipos de direito à igualdade. O direito a “igual tratamento” (*equal treatment*), que seria “o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”, a exemplo do direito ao voto, concedido a todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Este referencial resulta diferente de uma segunda concepção de igualdade, que é o “tratamento como igual” (*treatment as equal*), que concede a todos o direito de serem tratados com o mesmo respeito e consideração que qualquer outro indivíduo, tal qual o direito à saúde¹².

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

Assim, as ações afirmativas representam uma forma de expressão do direito à igualdade enquanto “tratamento como igual”, por serem todos os indivíduos merecedores de igual respeito e consideração, independentemente das diferenças. Eventuais desvantagens individuais decorrentes da utilização de tais políticas ficam justi-

¹¹ DWORKIN, loc. cit.

¹² R. Dworkin cita o exemplo de um pai de duas crianças, em que uma está morrendo de uma determinada doença, que está apenas causando desconforto a outra. Ambas precisam do remédio, no entanto o pai escolhe para quem administrar o único remédio que possui, jogando cara ou coroa. DWORKIN, 2002b, p. 227.

ficadas, quando os ganhos obtidos ultrapassam as perdas dos que sofreram desvantagens pessoais, havendo em verdade uma compensação pelos benefícios adquiridos pela sociedade de um modo geral e, conseqüentemente, também pelas próprias pessoas que se viram em situações eventuais de desvantagens individuais específicas, o que nada mais é do que a efetivação do princípio da dignidade humana em sua dimensão coletiva.

Ressalte-se por relevante, que a dimensão social da dignidade evidencia que todos os indivíduos são iguais como sujeitos de direitos na ordem jurídica, e que essa igualdade, se perfaz substancialmente na medida em que se cria um ambiente social mais harmônico, considerando que o respeito a este princípio é capaz de superar interesses isolados e individuais, em prol do bem comum, para que assim efetivamente todos possam receber um tratamento igualitário, a partir de uma sociedade mais equânime, o que ao final vem em benefício de todos os membros desta sociedade, diante da interconexão entre a dignidade individual, e a dignidade coletiva.

Seguindo com as observações de Dworkin, cite-se que para o autor, as cotas para negros representam uma melhora dos serviços em geral, diante do fato de que mais negros inseridos em carreiras como as de segurança pública, contribui para uma redução de tensões sociais, a exemplo das repercussões sociais diante do fato ocorrido nos USA, em que George Floyd, um afro-americano que foi assassinado em 25 de maio de 2020, depois que Derek Chauvin, então policial de Minneapolis, ajoelhou-se no pescoço deste durante quase nove minutos, enquanto estava deitado de bruços na estrada na cidade de Minnessota¹³. O fato foi levado a júri popular, tendo o ex-policial acusado, sido considerado a unanimidade, pelo crime de homicídio com pena de até 75 anos de prisão¹⁴.

Fatos como este demonstram a real necessidade de Políticas Públicas como as medidas em foco, como instrumentos capazes de contribuir para uma sociedade com interesses mais equilibrados. Segundo o autor em testilha, a inclusão e participação social de mais negros nas universidades influencia inclusive na representação de interesses destes, nas discussões dos problemas sociais dentro das salas de aula, o que contribui para uma melhora na qualidade da formação para todos os estudantes, servindo ainda como estímulo para outros membros da comunidade em iguais condições, o que eleva o nível intelectual deste grupo minoritário e da sociedade de um modo geral, razão pela qual os benefícios são percebidos por todos, mesmo que indiretamente¹⁵.

O autor defende acertadamente, então, que uma sociedade sem preconceito racial e sem estereótipos tem probabilidade maior de ser mais harmoniosa em seu

¹³ Cf. *'BEING Black In America Should Not Be A Death Sentence'*: Officials Respond To George Floyd's Death, 2020, Disponível em: <<https://minnesota.cbslocal.com/2020/05/26/being-black-in-america-should-not-be-a-death-sentence-officials-respond-to-george-floyds-death/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁴ Cf. POLICIAL Derek Chauvin é condenado pela morte de George Floyd, *Carta Capital*, 2021, Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/policial-derek-chauvin-e-condenado-pela-morte-de-george-floyd/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁵ DWORKIN, 2002b, p. 228.

convívio, e mais justa na distribuição de riquezas e de poder, além de ter ainda maior probabilidade de ser melhor para todas as pessoas, em muitos outros aspectos do dia a dia comunitário, através da priorização de uma composição geral de igualdade.

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

Pode inicialmente parecer contraditório o fato de que os argumentos do caso *De Funis* e do caso *Sweatt* não sejam aceitos ou recusados em conjunto, já que em ambas as situações os demandantes foram recusados pelas universidades em virtude de considerações raciais, com a diferença que *Sweatt* lutava contra um sistema construído historicamente, que o excluía em virtude de discriminação racial. Já *De Funis*, sofreu exatamente as consequências de uma política instituída no escopo de minimizar essa construção histórica tão desigual e discriminatória, com vistas a uma igualdade substancial em proveito da sociedade como um todo¹⁶.

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

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

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

Quanto às arguições de mérito intelectual, Dworkin afirma que não existem justificativas razoáveis para se determinar que o critério de mérito seja adotado com preferência aos demais, pois não existe sequer uma definição do que venha a ser mérito, considerando que não há nenhuma conjugação fechada de capacidades que o definam de forma permanente¹⁷.

¹⁶ “[...] em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem, pode mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo” *Ibidem*, p. 225, tradução livre.

¹⁷ DWORKIN, 1985, p. 446.

Conforme esse raciocínio, pode a cor da pele, então, ser entendida como um elemento, dentre outros, que capacita um indivíduo a exercer o trabalho médico melhor que outro em dada circunstância, porquanto pode ser socialmente útil em uma sociedade que, por exemplo, tenha forte traço discriminatório cultural, e que um médico branco não exerceria seu mister com isenção e dedicação caso seu paciente fosse um homem negro. O mesmo raciocínio pode ser aplicado também para as mulheres, como requisito para a criação de determinada ação afirmativa, a depender das circunstâncias, considerando a discriminação de gênero e a necessidade de proteção à dignidade destas, frente a uma sociedade com fortes conotações patriarcais, como forma de garantir, efetivamente, a sua participação no cenário político e jurídico, bem como a concreta proteção no mercado de trabalho¹⁸.

Voltando ao caso concreto em análise, comenta ainda o autor em destaque, acerca da arguição do demandante, destacando que seu direito está sendo violado, por ser levado em consideração o fato de ser ou não membro de determinado grupo, sendo, para o autor, incabível uso do pluralismo e inclusão social como argumento contrário às cotas raciais. Dworkin demonstra que em verdade há um erro de interpretação que desmerece o argumento do autor da demanda. Trata-se de uma visão exclusivamente formal da igualdade dizer que a condição de membro de grupo minoritário não pode ser usada como critério de inclusão ou exclusão de benefícios, já que a visão de igualdade que se persegue é aquela que tem por escopo a impressão de uma desigualdade guiada para o fim de equilibrar partes desiguais¹⁹.

Observa-se por conseguinte, uma realidade social que não pode deixar de ser considerada, sendo hodiernamente a condição de membro de determinados grupos minoritários fator de determinação de inclusão ou exclusão, a depender das circunstâncias, como forma de concretização do princípio da igualdade, através do tratamento temporariamente desigualitário. Deve-se no entanto registrar que, em verdade trata-se de grupos nem sempre minoritários, para tanto cite-se exemplificativamente um País com maioria da população de classes menos favorecidas economicamente, diante do quadro de restrições de direitos da pandemia, em que serviços essenciais como educação, passam obrigatoriamente a depender das circunstâncias a serem ofertados de através da internet. Fatalmente surge o dever do Estado de oferecer medidas desiguais, no escopo de possibilitar que referido direito seja exercido. Ademais, qualquer processo de admissão utiliza-se de generalizações sobre grupos, a exemplo do critério de idade adotado por algumas universidades, inclusive aquela em que *Bakke* foi recusado²⁰.

Allan Bakke formula ainda um terceiro argumento: o de que possui o direito de não ter sua vaga rejeitada por conta de sua raça, argumento que até soa plausível,

¹⁸ Cf. TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia, “A discriminação de gênero e a proteção à mulher”, *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 21-30, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://juslaboris.tst.ju s.br/bitstream/handle/20.500.12178/74087/2008_treviso_marco_discrimina_genero.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁹ DWORIN, 1985, p. 441.

²⁰ *Ibidem*, p. 447.

quando está em jogo a formulação de um direito constitucional, pois a todo cidadão é garantido não sofrer desvantagem por sexo, raça, credo ou grupo natural a que pertença. No entanto, para Dworkin, este direito de não discriminação, que foi e ainda é violado historicamente pelo desprezo à raça negra, em nada se assemelha à situação de *Bakke*, visto que o fator que sacrificou a oportunidade deste não foi o desprezo ou caráter especial de insulto público, mas uma política que visa a contribuir com o objetivo de amenização de desigualdades existentes pelo fator étnico-racial, ou seja, o demandante foi excluído por uma medida que se baseia em um cálculo racional usado para um escopo socialmente útil²¹.

No mesmo caso, o Tribunal da Califórnia, ao deferir o pedido do autor, recomenda que as universidades persigam o objetivo que justifica as ações afirmativas em testilha, por outros métodos que não aqueles que levem as raças em conta diretamente, o que, na visão do autor, é desprovido de efetividade, porque a própria história da campanha contra as injustiças raciais, em que medidas neutras ou indiretas foram adotadas, demonstra a falta de efetividade de tais medidas, como na decisão do caso *Brown contra o Conselho de Educação*, em que a Corte Suprema dos Estados Unidos declarou inconstitucional a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas no ano de 1954, medida de relevância incontestada, mas ainda insuficiente para a promoção de uma sociedade livre de discriminação racial²².

O mesmo entendimento restou comprovado através do relatório apresentado pelo *Carnegie Council on Policy Studies in Higher Education*, que, diante de uma pesquisa abrangente, analisou o papel federal na educação pós-secundária, observando, entre outros fatores, as políticas de ações afirmativas, tendo concluído que caso uma universidade procedesse a uma seleção de candidatos em um teste racialmente neutro, adaptando uma política voltada para candidatos em desvantagem, e selecionando os que tiverem melhores notas no teste de aptidão, provavelmente aprovaria bem poucos negros ou quase nenhum, já que os estudos comprovam que os negros em regra possuem notas mais baixas mesmo quando comparados com os candidatos em desvantagem social ou econômica. Razão pela qual um teste de admissão neutro relativamente à consciência de raça seria inútil para a consecução do propósito perseguido pelas ações afirmativas²³.

²¹ Sobre os fins dos programas de ações afirmativas, afirma R. Dworkin: “Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo *reduzir* o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.” DWORKIN, 1985, p. 439, tradução livre.

²² USA, United States of America, United States Courts, *History – Brown v. Board of Education Re-enactment*, [s.d.], Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 30 maio 2018.

²³ Trata-se de um trabalho do Conselho Carnegie sobre Estudos Políticos no Ensino Superior, que começou em 1974 e concluiu seu trabalho em janeiro de 1980. Os 15 relatórios de política do Conselho e 38 relatórios técnicos e de pesquisa patrocinados são resumidos. Um artigo intitulado *The Carnegie Policy Series, 1967-1979: preocupações, abordagens, reconsiderações, resultados*, por Clark Kerr, está incluído. Os tópicos abordados pelos relatórios de política incluem: o papel federal na educação pós-secundária, instrução, ação afirmativa, Estados e ensino superior, educação médica e odontológica, negociação de faculdades, admissões seletivas, estados e ensino superior privado, currículo universitário e ajuda financeira. Pesquisas patrocinadas e relató-

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

2.1 Sentido Utilitarista e Sentido Ideal

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

Ocorre que a ideia de que, em determinadas circunstâncias, justificam-se as ações afirmativas por darem melhores condições a uma comunidade como um todo, em detrimento de vantagens que eventualmente poderiam ser obtidas diretamente por alguns indivíduos, pode conduzir a dificuldades teóricas e práticas, em especial porque não pareceria razoável a ideia de que a teoria utilitarista seria capaz de justificar as medidas em análise²⁴, especialmente em face da dignidade da pessoa humana.

Assim, Dworkin distingue dois sentidos que poderiam ser utilizados como argumentos pelas universidades em defesa ou desfavor das políticas de ações afirmativas, ao afirmar que uma sociedade está melhor como um todo de forma a respeitar

rios técnicos dizem respeito aos seguintes tópicos gerais: adaptação à mudança de horários; programas acadêmicos; educação de jovens e emprego; alcançar a justiça social; habilidades e novos conhecimentos; governança; recursos financeiros; e finalidades e desempenho. Tópicos específicos dos relatórios incluem: gerenciamento de sistemas multicampus, aspectos do ensino superior americano durante 1969-1975, currículo de graduação, educação e treinamento vocacional, licenças educacionais para funcionários, *status* de admissões seletivas, centros de educação sanitária da área, negociação coletiva de faculdades, custos do ensino superior e a dimensão internacional do ensino superior. THE CARNEGIE Council on Policy Studies in Higher Education: A Summary of Reports and Recommendations, 1980. Disponível em: <<https://eric.ed.gov/?id=ED197673>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

²⁴ O utilitarismo é uma doutrina ética, defendida principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), que afirma o princípio do máximo bem-estar social, independentemente de eventual perda individual. A felicidade geral, ou o interesse da comunidade em geral, deve ser entendida como o resultado de um cálculo hedonístico, através da análise da soma do bem comum e dores dos indivíduos. Os autores citados sistematizaram o utilitarismo e conseguiram aplicá-lo a questões concretas como no sistema político, legislação, justiça, política e econômica. Na sua principal obra *The Principles of Morals and Legislation*, Bentham estuda pormenorizadamente a aplicação do princípio de utilidade como fundamento de conduta individual e social. Apesar da fragilidade do pensamento de Bentham, do ponto de vista filosófico, a influência de sua doutrina é inegável. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000.

a *equal protection clause*. Uma comunidade pode estar melhor no “sentido *utilitarista*” quando o nível médio do bem-estar geral aumentou relativamente aos prejuízos sofridos por determinados indivíduos. Existe, no entanto, um segundo sentido, qual seja, o “sentido *ideal*”, através do qual se percebe o aumento do bem-estar social, não pelo aumento do bem-estar médio, mas pela aproximação desta a uma convivência mais equilibrada entre seus pares, que seria, para o autor em foco, a aproximação do que seria uma sociedade ideal, por ser mais justa e igualitária²⁵.

Cabe ressaltar que se vê incluso no sentido ideal do autor em comento, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que somente a partir da visão de que a todos é devido o tratamento respeitoso como igual sujeito de direitos, é que se pode legitimamente defender qualquer política inclusiva, especialmente aquela que visa a igualdade diante de eventual tratamento inversamente desigual.

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

A Universidade de Washington poderia se valer tanto de argumentos utilitaristas quanto de argumentos de sentido ideal para justificar a sua política de cotas raciais, afirmando, por exemplo, que com a política de ações afirmativas e o consequente aumento do número de negros na faculdade de Direito seria gerado um aumento futuro do número de negros nos mais diversos ramos profissionais, o que serviria como instrumento de diminuição de tensões sociais, causando por si só uma melhora do bem-estar da sociedade de um modo geral. Em um “sentido *ideal*” pode-se argumentar que todos os membros da comunidade receberiam tais benefícios, o que a tornaria mais justa e igualitária²⁶.

Já no caso *Sweatt*, a Universidade do Texas não teria possibilidade de usar argumentos de “sentido *ideal*”, já que não teria como justificar que a segregação racial tornaria a sociedade mais igualitária. Mesmo que eventualmente pudesse aumentar o bem-estar geral, a justificativa relativamente à sociedade seria sempre de sentido utilitarista. Poderia a comissão admissional da Universidade do Texas hipoteticamente decidir que, no pós-Segunda Guerra, as grandes firmas de Advocacia precisavam de advogados que atendessem ao rápido crescimento dos negócios, no entanto, os negros, por mais competentes que fossem, poderiam sofrer rejeição dos clientes. Então a comissão poderia concluir que as necessidades do mercado como um todo eram mais importantes para o bem-estar geral do que as necessidades específicas das minorias.

²⁵ DWORKIN, 2002b, p. 232.

²⁶ DWORKIN, 2002b, p. 232.

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

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

A resposta para a teoria utilitarista está na satisfação do maior número de preferências dos indivíduos de uma sociedade, ou seja, uma política torna uma sociedade melhor de acordo com o sentido em questão, quando satisfaz, em termos gerais, mais preferências do que outras medidas alternativas, ainda que não satisfaça as preferências de alguns, o que num primeiro momento pode parecer um argumento igualitário²⁷.

Porém o caráter igualitário do utilitarismo de preferências, conforme acima exposto, pode-se apresentar por vezes enganoso, se se examinar a vasta gama de preferências que os indivíduos têm na realidade, vez que nas preferências gerais dos indivíduos por determinada política pública podem estar sendo contabilizadas preferências tidas por externas, “pela atribuição de bens e oportunidades a outros, ou a ambas as coisas”, permeadas de preferências pessoais pela fruição individual de bens ou determinadas oportunidades, a exemplo de um indivíduo que estuda em uma escola para brancos, que tem preferências pessoais pela segregação racial, seja porque essa política aumenta sua oportunidade de sucesso, seja porque tem desprezo por pessoas negras e desaprova os contextos sociais em que as raças se misturam²⁸.

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

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

Assim, ao serem contabilizadas as preferências externas juntamente com as preferências pessoais, muitas vezes daquelas inseparáveis, resta totalmente corrom-

²⁷ DWORKIN, 2002b, p. 233.

²⁸ *Ibidem*, p. 243.

pido o caráter igualitário do utilitarismo, já que a simples observância de preferências externas não oferece uma justificativa segura, que seja compatível com as desvantagens sofridas por grupos minoritários, ou que historicamente sofrem discriminação social como os negros, que, de acordo com o utilitarismo de preferências, dependeriam da força das preferências antirracistas, muitas vezes até menos intensas dos que os consideram indignos de respeito e consideração²⁹.

O que se quer demonstrar é que o critério utilitarista, ao levar em conta apenas as preferências do maior número de pessoas, ignora o fato de que as pessoas possam ter feito determinadas escolhas não só para defender interesses pessoais, como simultaneamente para violar interesses ou direitos de outras pessoas, pelas quais têm desprezo ou preconceito, razão pela qual a arguição da Universidade do Texas de que “a segregação aumenta o bem-estar da comunidade em um sentido utilitarista é portanto incompatível com o direito de *Sweatt* de ser tratado como igual, garantido pela Cláusula de igual proteção”³⁰.

De acordo com o autor, todo argumento utilitarista que apresentar uma desvantagem para indivíduos de uma raça contra a qual existe preconceito será injusto, ao menos que se possa comprovar que tais desvantagens seriam justificáveis ainda que não houvesse preconceito. Tal argumento confirma as impressões acerca do utilitarismo ser inapropriado, em princípio, em relação a qualquer outra situação em que preferências externas violam os direitos dos cidadãos a serem tratados como iguais, a exemplo de preferências moralistas contra mulheres profissionais, ou preferências altruístas por homens virtuosos³¹.

Assim, conclui Dworkin, que programas universitários admissionais que discriminam pessoas negras são sustentados sempre por argumentos utilitaristas, baseados em preferências externas preconceituosas, de maneira tal que, se aplicados, infringem a *equal protection clause*, ou seja, o direito constitucional dos negros de serem tratados como iguais, bem como o direito à igualdade como previsto na Constituição Brasileira de 1988.

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

Depreende-se da análise do caso *De Funis* que, na verdade, o que justifica uma política é a sua adequação aos fins a que se pretende, que no caso é o direito de todos os membros da sociedade serem tratados como iguais, sendo que quaisquer

²⁹ DWORKIN, 2002b, p. 235.

³⁰ *Ibidem*, p. 237.

³¹ *Ibidem*, p. 232.

programas admissionais, sejam os que utilizam critérios de inteligência, maior esforço ou raciais, devem ser avaliados equitativamente, com foco nos fins a que se propõem, se justos e úteis a toda sociedade, de acordo com um “sentido *ideal*” de comunidade.

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

O que não se pode permitir é que o receio do mau uso do programa de ações afirmativas para uma discriminação que permita a desigualdade igualitária, ou discriminação de efeitos positivos, venha a impedir a consecução de uma medida que funciona, mas que necessita ser analisada, testada e construída, a partir de uma engrenagem sofisticada por entendimentos e distinções necessários, que pode até não chegar aos reais efeitos sonhados por seus defensores, apesar de imprimir o respeito ao tratamento igualitário para todos, porque dependente de fatores sociais, muitas vezes voláteis. Por tal razão, merece estar vivo e ativo o debate, com o permanente cuidado, para que a *equal protection clause*, ou o direito à igualdade a depender da ordem jurídica não venha a ser usada de modo a fraudar a própria igualdade³².

3 NOTAS CRÍTICAS E CONCLUSIVAS

A percepção de Ronald Dworkin, conforme exposta no presente artigo, deixa grande contributo às políticas públicas de ações afirmativas, na medida em que depois de cerca de 30 anos de um lento processo de construção e expansão em vários Estados Democráticos de Direito, como o brasileiro, torna possível reconhecer que em verdade não se restringem a minimizar efeitos passados de práticas discriminatórias, atingindo hodiernamente espectro mais abrangente, não somente beneficiando um determinado grupo de excluídos, mas especialmente passam a representar um fator de desconstrução de uma sociedade estruturalmente discriminatória, especialmente pela busca de uma maior representatividade de determinados grupos em segmentos sociais e carreiras profissionais, seja no espaço público ou privado, como forma de mobilidade social ascendente, inclusiva e mais harmônica.

O quadro histórico norte-americano, base do presente artigo, era vivenciado de forma dramática pela sociedade estadunidense, que somente dá passos no destino da integração racial com o fim da doutrina dos “*Separate but equal*”, em 1954, a partir da decisão no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em que a Corte decide considerar intrinsecamente desiguais as instalações educacionais separadas³³, tendo reescrito, com sensíveis transformações e consequências sociais, nova doutri-

³² DWORKIN, 2002b, p. 239.

³³ USA, United States of America, *Justia*, US Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), 1954, Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 10 jul. 2018

na constitucional não somente sobre a igualdade racial, mas sobre a administração da justiça de um modo geral, bem como a operabilidade do processo político, caminhando efetivamente para a superação da igualdade formal³⁴.

Mas as raízes das divergências eram em verdade muito mais profundas, conforme bem percebido por Ronald Dworkin, que nesse contexto representa um expoente idealizador de teorias fundamentais, que capacitaram intérpretes a preencher o conteúdo do direito à igualdade como aspecto da dignidade humana, na continuidade de um processo socialmente desenvolvido a partir do rompimento de valores ideológicos, que permearam a construção de uma sociedade estruturalmente discriminatória, através de filosofias segregacionistas que chegaram a defender arduamente o isolamento entre os seres humanos e a purificação racial, que não só serviu para levantar uma barreira poderosa entre os povos, como trouxe nefastas consequências para toda a humanidade³⁵.

A Teoria de Ronald Dworkin, quanto à aplicabilidade normativa do direito à igualdade substancial através do *“treatment as an equal”*, como base para as medidas de ações afirmativas, representa uma grande contribuição nesse processo em que o princípio da igualdade caminha da neutralidade e do formalismo a uma adequação substancial às circunstâncias sociais, no escopo de acelerar, através de medidas políticas, o ritmo de participação dos membros de grupos sub-representados no acesso à educação e consequentemente profissões que exigem um nível mais elevado de qualificação acadêmica, permitindo uma igualdade de oportunidades e não discriminação³⁶.

Com efeito, a proposta de Dworkin, ao mesmo tempo em que reconhece a relação entre a injustiça racial do passado e as grandes desigualdades do presente, não defende a adoção de medidas compensatórias ou correicionais de violações históricas, como em um dado momento restou prescrito pela Corte Suprema dos Estados Unidos, mas sim a construção de uma sociedade mais igualitária no “sentido ideal”, no qual vemos uma harmonização com o princípio da dignidade da pessoa humana, por meio do tratamento como igual, devido a toda e qualquer pessoa reconhecida como sujeito de direitos, sendo portanto merecedor de igual respeito e consideração tanto pelo Estado quanto por seus pares, levando a um prestígio não somente dos grupos minoritários, mas principalmente da sociedade vista como um todo harmônico e uniforme.

³⁴ “[...] rewrote, with profound social consequence, major constitutional doctrines governing race relations, the administration of criminal justice, and the operation of the political process.” COX, Archibald, *The Warren Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1979.

³⁵ “*Esse instinto que vigora em toda Natureza, essa tendência à purificação racial, tem por consequência não só levantar uma barreira poderosa entre cada raça e o mundo exterior, como também uniformizar as disposições naturais*” HITLER, Adolf, *Mein Kampf, a minha luta: precedido de uma história da ascensão, poder e crime do nazismo*, Por Manoel S. Fonseca, Lisboa, Guerra e Paz, 2016, p. 257.

³⁶ HODGES-AEBERHARD, Jane, “Affirmative action in employment: recente court approaches to a difficult concept”, in LOUTFI, M., ed., *Women, Gender and Work*, OIT, 2001, p. 441-468, Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1564-913X.1999.tb00387.x>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Em síntese percebe-se que referidas medidas de ações afirmativas, funcionam como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva, quando busca construir um ambiente social mais harmônico e igualitário para todos independente da raça, diminuindo sensivelmente as diferenças raciais em seu aspecto comunitário, isso com base na percepção de que não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária ou social da dignidade como uma correlação existencial entre a dignidade de cada pessoa e a dignidade de todas as pessoas, considerando que a própria dimensão ontológica da dignidade assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas.

É relevante ainda levantar a bandeira das ações afirmativas, especialmente com base no princípio da dignidade da pessoa humana, num contexto de Pandemia Mundial como o que vive-se hodiernamente, com sérias restrições de direitos, a exemplo do direito à educação diante da premente necessidade de evitar aglomerações em salas de aulas, tanto para professores como para alunos. Nesse contexto recursos tecnológicos vem em socorro das circunstâncias restritivas, viabilizando o acesso à educação, não somente por meio de aulas *on-line* em tempo real, como pelo acesso a bibliotecas virtuais, e-books e outros instrumentos acessados via internet.

Por outro lado, em que pese o campo vasto de infinitas possibilidades tecnológicas, muitas vezes a condição econômica surge como um fator que viaja na contramão de referidas ferramentas, especialmente diante das agruras sociais vividas como consequência própria do isolamento restritivo necessariamente imposto.

Referido quadro, destaca elementos suficientemente capazes de representar a conformação de novos requisitos dispostos a fundamentos razões plausíveis para a constituição de ações afirmativas, como medidas dispostas a equalizar oportunidades àqueles indivíduos mais afetados com os efeitos sociais e econômicos da Pandemia, com arrimo no direito à igualdade especialmente inserido num contexto maior, o do princípio da dignidade da pessoa humana, em respeito a responsabilidade do Poder Público em garantir a dignidade humana, devendo avaliar e buscar, dentro de suas possibilidades gerais, entre elas a orçamentária, a inclusão de medidas que visem à concretização de uma existência digna para todos os cidadãos³⁷.

Assim, em resumo, pretende-se uma leitura do sentido ideal desenvolvido por Dworkin, a partir da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, ao se observar as ações afirmativas como instrumento de harmonização social, representando a longo prazo condições comunitárias mais harmônicas, aumentando o bem-estar de todos diante de uma convivência mais equânime, em que prevalece o respeito a cada indivíduo como igual e digno de consideração como sujeito de direitos. Trata-se, portanto, de razão social e jurídica, com potencialidade capaz de defender qualquer política inclusiva, especialmente aquelas que visem à igualdade

³⁷ Cf. Amartya Sen, que, sobre as capacidades como liberdades, afirma que é preciso levar em conta não somente os bens primários, mas também as características pessoais relevantes que governam a conversão dos bens primários na capacidade da pessoa promover seus objetivos. SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia de Bolso, 2009.

diante de eventuais tratamentos inversamente desiguais, servindo, por conseguinte, como relevante instrumento de harmonização e, consequentemente, da construção da paz social que tanto se almeja.

REFERÊNCIAS

- BEING *Black In America Should Not Be A Death Sentence: Officials Respond To George Floyd's Death*, 2020, Disponível em: <<https://minnesota.cbslocal.com/2020/05/26/being-black-in-america-should-not-be-a-death-sentence-officials-respond-to-george-floyds-death/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000.
- COX, Archibald, *The Warren Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1979.
- DWORKIN, Ronald, “Judicial discretion”, *Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/DWOJD>>. Acesso em: 28 maio 2018.
- DWORKIN, Ronald, “Wasserstrom: The Judicial Decision”, *Ethics*, v. 75, n. 1, out. 1964, Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/291520>>. Acesso em: 28 maio 2018.
- DWORKIN, Ronald, “The Elusive Morality of Law”, *HeinOnline*, 10 Vill. L. Rev. 631, 1965, Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4611&context=fss_papers>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign virtue: The theory and practice of equality*. Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2002a.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002b.
- HITLER, Adolf, *Mein Kampf, a minha luta: precedido de uma história da ascensão, poder e crime do nazismo*, Por Manoel S. Fonseca, Lisboa, Guerra e Paz, 2016.
- HODGES-AEBERHARD, Jane, “Affirmative action in employment: recente court approaches to a difficult concept”, in LOUTFI, M., ed., *Women, Gender and Work*, OIT, 2001, p. 441-468, Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1564-913X.1999.tb00387.x>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- POLICIAL Derek Chauvin é condenado pela morte de George Floyd, *Carta Capital*, 2021, Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/policial-derek-chauvin-e-condenado-pela-morte-de-george-floyd/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia de Bolso, 2009.
- THE CARNEGIE Council on Policy Studies in Higher Education: A Summary of Reports and Recommendations, 1980, Disponível em: <<https://eric.ed.gov/?id=ED197673>>. Acesso em: 07 abr. 2018.
- TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia, “A discriminação de gênero e a proteção à mulher”, *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 21-30, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74087/2008_treviso_marco_discrimina_genero.pdf?squence=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- USA, United States of America, United States Courts, *History – Brown v. Board of Education Re-enactment*, [s.d.], Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 30 maio 2018.
- USA, United States of America, *Justia*, US Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), 1954, Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

- ANDERSON, Elizabeth, *The Imperative of integration*, Princeton University Press, United Kingdom, 2010.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Trad. Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret, 2004.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gian Franco, *Dicionário Político*, Universidade de Brasília, 11ª ed., Brasília-BR, 1998, v. I.
- BOWEN, William G., BOK, Derek, *The shape of the river*, United Kingdom, Princeton University Press, 2000.
- BOWEN, William G., BOK, Derek, *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions*. United Kingdom, Princeton University Press, 1998.
- BURNHAM, William, *Introduction to the law and legal system of The United States*. 4th United States of America, West Thompson, 2006.
- CARLYLE, Thomas, *The French Revolution*, Ed. A. H. R. Ball, Mineola, New York Dover Publication, inc., 2005.
- CURRIE, David, *The Constitution in the Supreme Court: The first hundred year (1789 – 1888)*, Chicago-USA, University of Chicago Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?: Principle for a New Political Debate*, United Kingdom, Princeton University Press Princeton, 2006.
- ELY, John Hart, *Democracy and distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1980.
- FRIEDMAN, Laurence M., *A History of American law*, third edition, New York, Toronto, London, Sydney, A touchstone book, published by Simon e Schuster, 2005.
- GREENE, Kathanne W., *Affirmative Action and Principles of Justice*, Nova York, Greenwood Press, 1989.
- JAIME, Catherine McGrew., *Understanding the Unites States Constitucion*, Smashwords edition, ebook, 2010.
- KELLOUGH, J. Edward, *Understanding Affirmative Action: Politics, discrimination, and the Search for Justice*, Washington Georgetwon University Press, 2006.
- KECK, Thomas M., *The most activist Supreme Court in History, the road to modern judicial conservatism*, Chicago and London, University of Chicago Press, 2004.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*, Trad. Anoar Aiox e Jacy Monteiro. 3. ed., São Paulo, Abril Cultura, 1983.
- MENEZES, Paulo Lucena, *Ação afirmativa (affirmative action) no direito Norte-Americano*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MCCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- MURRAY, Charles, HERRNSTEIN, Richard J., *The Bell Curve, intelligence and class structure in American life*, New York, London, Toronto and Sydney, A free press paperbacks book, published by Simon and Schuster, 1994.
- NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D., *Constitucional Law*, St. Paul, West Publishing Co., 5. ed., 1995.
- OPPENHEIM, Felix E., *Verbete igualdade in* BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola, PASQUINO, Gian Franco, *Dicionário Político*. 11. ed., Brasília-BR, Universidade de Brasília, 1983, v. I.
- POSNER, Richard Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, New York, University Press, 1996.
- ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Londres, Yale University Press, 1991.
- SCHWARTZ, Bernard, *A History of the Supreme Court*, Nova York/Oxford, University Press, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard, *The Warren Court*, New York-USA, Oxford-UK, University Press, 1996.
- UROFSKY, Melvin I., *Affirmative action on Trial: Sex Discrimination in Johnson v. Santa Clara*, Kansas-USA, University Press, 1997.
- WESTERN, Peter, “The Empty idea of Equality”, *Harvard Law Review*, v. 95, n. 3, 1982.