
AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

*Leonardo Diniz do Couto **

Várias são as maneiras de entender os direitos fundamentais dos cidadãos no contexto das democracias contemporâneas, maneiras tais que norteiam e determinam as diferentes visões a respeito de como devem ser interpretadas as Constituições em tais democracias. Atualmente, três concepções que debatem no âmbito do Estado democrático liberal se destacam nessa discussão. De um lado, há os multiculturalistas que entendem que o encaminhamento de tal interpretação deve ser orientado por valores que a comunidade compartilha, tendo como ponto de partida os contextos éticos já existentes, objetivando, em face disso, aproximar a realidade constitucional da soberania do povo. Por outro lado, há o entendimento – que tem como seu maior expoente Jürgen Habermas – de que esta orientação deve visar a proteção do processo de criação democrática do direito, significando isso não apenas a garantia da autonomia privada, concretizada pela defesa dos direitos fundamentais, na medida em que os cidadãos são

* Aluno do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFRJ

concebidos como destinatários do direito, mas também da autonomia pública, concretizada pela defesa da soberania do povo, na medida em que os mesmos são vistos como autores do direito, sendo as duas autonomias entendidas como equíprimordiais, ou seja, sem que uma tenha primazia sobre a outra. Diferente das duas concepções acima descritas há ainda a visão liberal de autores como John Rawls e Ronald Dworkin, que defendem que deve ter prioridade e devem ser conservados os direitos fundamentais, entendidos, nas palavras deste último, como “trunfos” em relação à soberania do povo, quando os dois conflitam.

Segundo essa visão compartilhada por Dworkin, que será tratada neste trabalho, a interpretação constitucional deve ter como base a idéia de que em uma democracia liberal deve-se, sobretudo, assegurar a todos os cidadãos os direitos fundamentais, direitos estes que devem ser assegurados através da garantia de um papel proeminente conferido à Constituição e ao sistema de direitos inscritos nela, entendidos como neutros em relação às visões individuais acerca do bem ou da vida bem-sucedida. Assim, o ordenamento jurídico, para esta visão, sendo expresso, como diz Dworkin, através da linguagem neutra do direito, deve assegurar um âmbito de liberdade imune a eventuais procedimentos majoritários, ou seja, imune a interferências externas indevidas.

Segundo esta concepção, o ordenamento jurídico não é apenas um conjunto de normas especiais, desprovidas de moralidade, como defende o positivismo jurídico, ele incorpora também um fundamento moral, que está engendrado nas relações sociais, que o justifica. Tal posicionamento, que demonstra a conexão estreita entre direito e moral – e que, aliás, também é partilhado pelas duas concepções supracitadas –, é formulado por Dworkin através da idéia de que o ordenamento jurídico é integrado não apenas por normas, que justificam o uso da força contra

cidadãos, mas também por princípios morais, que partem de um ideal de fornecimento de uma estrutura política justa.

É importante levar em conta a distinção feita pelo autor entre normas e princípios. As normas, que podem ser consideradas válidas ou inválidas, dependendo do caso, definem as suas condições de aplicação. Já os princípios que, nas palavras de Dworkin, nada mais são do que “critérios que têm de ser observados, não porque favoreçam ou assegurem uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade” (*Los Derechos en Serio*. Traducción de Marta Guastavino. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 72), são enunciados que necessitam de interpretação, uma vez que não possuem a capacidade de determinar as suas condições de aplicação.

De acordo com o autor, os princípios morais têm de poder justificar tanto o processo legislativo, que delinea as diretrizes políticas, quanto as decisões judiciais, que confirmam ou negam através de um veredicto um direito concreto. Deste modo, eles devem servir como guia para a concepção, o entendimento e a aplicação das normas nos casos concretos. Isto quer dizer que, por exemplo, em casos de conflitos de normas nos quais não é possível reconhecer de forma clara, dentre as normas jurídicas conflitantes, qual é a “correta”, e nem é possível recorrer a uma norma superior, os princípios morais devem servir como guia e fundamento para a determinação da norma que deverá ser aplicada.

Desta maneira, evidencia-se que os princípios, assim como as normas, possuem uma natureza deontológica, ou seja, eles apresentam a natureza de uma obrigação. Eles não devem, portanto, seguindo esta concepção, ser interpretados como valores especialmente preferidos e nem como caracterizados por uma

estrutura teleológica. Eles, de outro modo, devem ser vistos como comandos obrigatórios que oferecem uma via de acesso para se chegar a uma “resposta correta”, que assegure o direito de todos de serem tratados em igualdade, ou, nas palavras de Dworkin, de serem tratados como iguais.

Assim, esta concepção, que entende que um ordenamento jurídico deve ser integrado por normas e princípios, tem sua legitimidade na idéia de que a orientação da interpretação constitucional, tanto do legislativo quanto do judiciário, deve se basear na segurança e na inviolabilidade dos direitos fundamentais, entendidos por ele como princípios morais. A legitimidade deste tipo de direito, por conseguinte, está na idéia de que todos são tratados como iguais. Assim, pode-se dizer, Dworkin vê os direitos fundamentais, que devem ser garantidos constitucionalmente, como princípios morais provenientes de um ideal jurídico e político que devem ser vistos como comandos obrigatórios.

Em face disso, entende este autor, a constituição deve ser concebida de modo a sempre assegurar os direitos e as liberdades básicas aos cidadãos, direitos estes que são entendidos pelo autor como direito à igualdade, não à liberdade como normalmente entendem os liberais. Isto quer dizer que de acordo com a sua visão, todos os indivíduos, indiscriminadamente, devem ser tratados em igualdade, porém não significando isto qualquer tratamento que iguale a todos. Cada um merece “ser tratado como igual”, isto é, segundo a interpretação da igualdade defendida por Dworkin, “com igual respeito e consideração”¹, tanto na formulação quanto na aplicação do direito, e nenhuma diretriz política ou decisão judicial pode ferir este direito fundamental de todos.

¹ Cf. os seguintes textos de DWORKIN: *ibid*; *A Virtude Soberana*. Tradução de Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2005; e *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. SP: Martins Fontes, 2005.

É a partir deste entendimento da igualdade que Dworkin faz uma leitura da controvérsia da igualdade formal e da igualdade de fato, mostrando que as políticas de ação afirmativa, se corretamente entendidas, não ferem o princípio da igualdade. Conforme ele, a igualdade de fato – promovida por tais políticas –, pode ser conciliada com a igualdade formal – isto é, com o princípio geral da igualdade que normalmente é lido nas constituições como igualdade perante a lei – em um mesmo ordenamento, de tal forma que deixe de ser necessário que a relação entre as duas seja contraditória, ou seja, de tal forma que deixe de ser necessário que a promoção de uma signifique o ferimento ou a desconsideração da outra. Para isso, argumenta o autor, basta que todos sejam tratados como iguais.

Para discutir estas questões que se referem à orientação das interpretações constitucionais e mostrar a plausibilidade das políticas de ação afirmativa, pretendo, de início, apresentar sumariamente a controvérsia suscitada pelo chamado, por Alexy, “paradoxo da igualdade”. Em seguida, pretendo explicitar a resposta de Dworkin a este paradoxo, mostrando que, seguindo a sua interpretação, tal paradoxo pode ser dissolvido através da adequação da igualdade formal e da igualdade de fato. Por fim, pretendo concluir, avaliando os argumentos que justificam a adoção das políticas de ação afirmativa, e mostrar que tais políticas, se corretamente concebidas e aplicadas, não são injustas, ao contrário, elas ajudam na promoção de uma sociedade igualitária e justa, na qual os cidadãos são efetivamente considerados livres e iguais.

O PARADOXO DA IGUALDADE

Um dos conceitos mais importantes, e talvez por isso um dos mais discutidos, dentro do contexto de uma democracia liberal, é o

conceito de igualdade. Este conceito no histórico de discussões da filosofia política pode ser encontrado sob formas diversas. Presente na antiguidade e na Idade Média, somente com a instituição do Estado moderno, através das revoluções, americana e francesa, é que ele adquire um caráter – que, ao menos, se pretendia – universal, já que estabelece princípios gerais racionais que proclamam a necessidade do reconhecimento a todas as pessoas, uma vez que são elas próprias que legislam, dos mesmos direitos fundamentais.

Essa maneira moderna de ver a igualdade acarretou muitas mudanças nas ordenações jurídicas dos Estados. Uma importante transformação processada foi a de que com a instituição do Estado moderno, através das revoluções liberais, houve uma racionalização do direito, tornando-o acessível através de textos. Racionalização esta que, em dois momentos históricos distintos, significaram dois modos diferentes de leitura do próprio direito e, conseqüentemente, dois modos de leitura de como deveria ser o entendimento dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos. A seguir, serão apresentadas estas duas leituras diferentes do direito, que Habermas caracteriza como expressão de dois paradigmas diferentes, e também a contradição que estas duas leituras aparentemente suscitam².

O primeiro entendimento do direito moderno surgiu a partir das revoluções do final do século XVIII, constituindo o que Habermas chamou de “paradigma do direito liberal”. Em linhas gerais, este paradigma se caracteriza pela defesa do princípio geral da igualdade ou da igualdade perante a lei. Neste, a igualdade não é mais derivada de uma lei divina, como se dava no Estado absolutista, mas de uma noção que parte do entendimento de um direito racional, estruturado sob um Estado democrático, onde todos são

² HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

considerados cidadãos iguais, na medida em que possuem os mesmos direitos e deveres, simplesmente por serem dotados de razão e consciência.

Com este paradigma, nasce a noção de direito fundamental, sendo entendido no arcabouço de um ordenamento jurídico que institui leis, genéricas e abstratas, iguais para todos, que não distinguem ou privilegiam ninguém e incidem de forma neutra sobre todas as situações jurídicas concretas, e que garantem a concretização, de modo amplo, de liberdades de ação subjetiva. Em outras palavras, os indivíduos passam a ser entendidos como portadores de direitos básicos e inalienáveis, o que garante que a cada um seja assegurada uma igualdade formal de liberdades, liberdades estas que asseguram a autodeterminação individual, resguardando uma esfera de atuação individual que deve ser protegida contra qualquer intromissão indevida, seja de um outro indivíduo, seja do Estado, na qual é garantido a cada um o direito de fazer ou não fazer o que lhe aprouve, dentro dos limites das possibilidades legais e concretas.

Exemplos da enunciação deste princípio de igualdade, na atualidade, podem ser encontrados nos ordenamentos constitucionais dos diversos Estados democráticos liberais. Na Constituição do Estado brasileiro, tal enunciação se evidencia no artigo 5º da seguinte maneira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”³.

Porém, embora à sua época este entendimento de igualdade possa ter desempenhado um papel revolucionário, na medida em

³ Constituição da República Federativa do Brasil.

que aboliu os privilégios baseados na linhagem do antigo regime, com o passar do tempo ele mostrou que não era isento de problemas. Após a Segunda Guerra Mundial, quando a necessidade de especificação do direito tornou-se evidente para atender os diversos grupos da sociedade, o paradigma do direito liberal é posto em xeque devido à percepção da seguinte insuficiência: representando tal paradigma uma concepção formal e abstrata de igualdade, ele se mostra absolutamente “cego”, como diz Habermas, no que concerne às desigualdades concretas existentes entre os membros da sociedade. E na medida em que esta “cegueira” se tornava evidente, com a constatação de que a concepção puramente formal da igualdade não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que desfrutavam os indivíduos socialmente privilegiados, mais se reclamava que o direito fundamental de todos não poderia mais significar apenas um direito geral a liberdades subjetivas iguais. Seu objetivo tinha que se ampliar e se colocar a serviço da realização da justiça social. Porque, como diz Gomes, somente com a promoção de uma igualdade substancial ou factual entre os membros da sociedade, pode-se promover uma sociedade justa, na qual “as situações desiguais [podem ser] tratadas [efetivamente] de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”⁴.

Deste modo, da crítica reformista do direito formal liberal surgiu o chamado por Habermas “paradigma do Estado social”. Este paradigma, diferente do anterior, se caracteriza como um modelo organizado, onde o Estado abandona sua postura neutra, passando a intervir, preventiva ou reativamente, na busca de uma igualdade substancial entre os membros da sociedade. Em outras palavras, o

⁴ GOMES, J. B. B. Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Estado, neste entendimento, busca, através do que esse mesmo autor chama de “materialização do direito”, dar possibilidades concretas de escolha a seus membros entre as possibilidades daquilo que é permitido.

Com este novo modo de ver, conseqüência da supracitada materialização, por conseguinte, o direito passou a perceber o ser humano em sua especificidade, isto é, como um participante de uma determinada etnia, de uma certa religião, como filiado a um determinado grupo, etc, em suma, o direito passou a perceber o ser humano como um ser dotado de características singulares. E o Estado, conseqüentemente, tornou-se um agente ativo, buscando a concretização da igualdade proclamada nos textos constitucionais. Exemplos concretos dessa “materialização” se demonstram através da inclusão nos sistemas jurídicos de direitos específicos das mulheres, dos negros, das pessoas com deficiência física e mental, entre outros, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material. Estas que se apresentam muitas vezes, como diz Gomes⁵, na forma de políticas sociais de apoio e promoção de determinados grupos socialmente fragilizados.

De acordo com Alexy⁶, os dois paradigmas descritos acima refletem dois tipos distintos de tratamento igual oferecidos pelo Estado: o primeiro (i) concerne ao tratamento igual que se refere a atos e o segundo (ii), ao tratamento igual que se refere a conseqüências. O tratamento igual que se refere a atos (i) concerne às ações exclusivas do Estado enquanto tal, que precisa julgar considerando a igualdade jurídico-formal dos cidadãos; e o tratamento igual que se refere a conseqüências (ii) concerne às ações do Estado que visam as conseqüências práticas, mesmo que

⁵ GOMES, J.B.B. “O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas”. [S.L.: sn], 2001.

⁶ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

isso signifique tratamento desigual. Nestas ações, o Estado busca a igualdade substancial ou material, através da consideração da realidade fática dos membros da sociedade.

Através desta distinção feita por Alexy torna-se possível o reconhecimento da seguinte contradição: o favorecimento de um grupo qualquer, quando se promove a igualdade substancial, através do tratamento igual que se refere a conseqüências, necessariamente significa, no sentido do tratamento igual referido a atos, o desfavorecimento de outro grupo qualquer. Isto quer dizer que na medida em que se deseja e se promove a igualdade de fato, tem de se aceitar a desigualdade jurídico-formal e vice-versa. Em outras palavras, em um mesmo caso, o tratamento que para o primeiro entendimento é visto como um tratamento igual, para o segundo necessariamente significa desigual e vice-versa. E se ambos são entendidos como partes de um princípio superior têm-se, então, o que Alexy (p. 404) denomina de *“o paradoxo da igualdade”*.

Com esta exposição, torna-se possível a identificação de um problema fundamental presente no Estado liberal que norteará este trabalho: constituindo, como se viu, um paradoxo, o ajuste dos dois tipos de igualdade apresentados acima, num mesmo princípio jurídico, como conformá-los ou ajustá-los de maneira que eles possam habitar um mesmo sistema jurídico, sem que isso signifique uma contradição? Ou, em outras palavras, como ordenar um princípio jurídico de tal forma que ele abranja e coordene a igualdade formal e a igualdade de fato, sem que esse princípio seja entendido como paradoxal?

É importante grifar aqui que, como entende Alexy, quem vier a dar uma resposta a estas questões deve enfrentar não só o problema da relação da igualdade e da liberdade, que podem aparecer como valores conflitantes e contrários, mas também terá de solucionar uma parte considerável dos problemas da igualdade

de fato, uma vez que ela se apresenta de maneira pouco clara, e também da igualdade formal que não pode ser simplesmente sacrificada ou abandonada, assim como a primeira.

DWORKIN E A IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Uma resposta razoável a esta controvérsia, por entender que ela deixa de existir quando se privilegia a efetivação da justiça ao invés de um ou outro tipo de igualdade é a resposta de Dworkin. Ela busca mostrar como é possível que sejam garantidos a todos os direitos fundamentais, mesmo quando alguns são tratados desigualmente. Em outras palavras, a resposta de Dworkin estabelece como é possível a compatibilização da igualdade formal e da igualdade de fato no sistema jurídico de um Estado liberal que se orienta pelo princípio geral da igualdade quando há a implementação de políticas sociais como as políticas de ação afirmativa.

Para Dworkin, o conceito central, dentro do contexto de um Estado democrático de direito, é a igualdade, não a liberdade – posicionamento este que o distancia de toda uma tradição liberal. Conforme ele (*A Virtude Soberana*, p. 167), não é razoável a idéia de neutralidade estatal, advinda de um direito geral à liberdade, que entende a liberdade como um valor que não pode ser, de forma alguma, suprimido, porque não existe um tal direito geral à liberdade. Supor esta existência gera de acordo com ele uma contradição desnecessária entre os conceitos de igualdade e liberdade, na medida em que a defesa de um significa a restrição do outro. Em face disso, argumenta (p. 177), o que há não é um direito a toda liberdade, mas apenas um direito a algumas liberdades básicas que são muito importantes e que, por isso, precisam ser preservadas.

Mas, se não há um direito geral à liberdade, como se fundamenta um direito a algumas liberdades?

Segundo Dworkin, a garantia de determinadas liberdades se dá devido à prevalência de um conceito que deve ser encarado como central e que, por este motivo, todo Estado deve buscá-lo no tratamento aos seus cidadãos. Trata-se do conceito de igualdade, que para este autor é a virtude soberana de uma comunidade política. É importante grifar, que, para ele, caso acontecesse um conflito, como o descrito, a igualdade deveria sempre prevalecer sobre a liberdade. Segundo Dworkin, para que o problema do conflito seja resolvido, ou melhor, para que ele nem mesmo se ponha, basta que elas sejam entendidas como aspectos de uma só virtude política, entendendo que a liberdade ajuda a definir a igualdade e, em um nível mais abstrato, a igualdade ajuda a definir a liberdade. Este entendimento mostra, conforme o autor, que não há contradição entre esses dois conceitos, uma vez que a igualdade, deste modo, passa, segundo ele, a ser tratada como se deve, isto é, como a condição que possibilita a defesa das liberdades básicas.

Isto, Rawls já havia formulado, defende ele, na descrição do seu contrato social. Na leitura de Dworkin, na posição original de Rawls, sob o véu da ignorância, quando as partes escolhem um direito abstrato como o direito básico da teoria, elas não podem escolher o direito geral à liberdade. Porque, em primeiro lugar, elas não sabem se esta liberdade aumentará ou não o seu poder quando forem estabelecidos os princípios de justiça; e, em segundo lugar, porque elas sabem que podem aparecer outros interesses que talvez precisem da restrição dessas liberdades. O direito fundamental então defendido por Rawls, compreende o autor, é o direito à igualdade, já que ele é o fundamento da defesa de qualquer liberdade entendida como básica. Para ele, Rawls entendeu que somente supondo a igualdade como condição do

estabelecimento da posição original, não como um produto posterior, é possível o estabelecimento de uma sociedade justa, onde os direitos fundamentais, incluindo algumas liberdades básicas, são preservados a todos os cidadãos.

Corroborando esta idéia, Dworkin formula que o Estado deve buscar a igualdade no tratamento aos seus cidadãos. Porém, este tratamento igual não deve ser oferecido de qualquer maneira, nem deve significar qualquer tratamento que iguale os envolvidos. Trata-se de um entendimento próprio e peculiar da igualdade. De acordo com o autor, há duas maneiras de entender o direito à igualdade que aparece como direito fundamental nas constituições modernas: como direito “a um igual tratamento”, ou como direito “ao tratamento como igual”. No primeiro caso, trata-se do direito a uma igual distribuição de oportunidade, recurso ou encargo, exemplificado pelos direitos ao voto de todos os cidadãos em uma democracia e ao acesso ao Ensino Básico de todos os indivíduos.

No segundo caso, trata-se não do direito de todos os indivíduos de receber a mesma distribuição de bens e oportunidades, mas de serem tratados como iguais, o que na interpretação de Dworkin significa: “com igual respeito”, isto é, “como seres humanos capazes de chegar a concepções inteligentes de como devem viver sua vida e de como devem atuar de acordo com elas [ou seja, as suas concepções]”, e “com igual consideração”, isto é, “como seres humanos capazes de sofrimento e frustração”, no que se refere à distribuição de bens e oportunidades nas decisões políticas. Ou, nas suas palavras, com igual atenção, mesmo que o tratamento oferecido a todos seja desigual, considerando todos os fatores que influenciam no caso. Visando demonstrar que para ser justo é necessário o tratamento que leva em consideração a igual atenção, Dworkin apresenta o exemplo de um pai que, para ser justo, isto é, para tratar os seus dois filhos com igual atenção,

não pode tirar na sorte quem deve tomar a última dose do medicamento – ou dividi-la igualmente – que visa combater a doença que está fazendo um morrer e que causa apenas desconforto ao outro (*Los Derechos em Serio*, 388-389).

Para o autor, por esse motivo, isto é, por considerar os indivíduos com igual respeito e consideração, o segundo é o direito inalienável e fundamental que deve ser preservado em qualquer situação a todos. E o primeiro é derivado, sendo válido somente em ocasiões especiais, nas quais se deriva do segundo, do direito de ser tratado com igual atenção.

É com base neste entendimento do direito fundamental à igualdade que Dworkin estrutura a sua concepção de justiça distributiva. De acordo com ele, uma sociedade justa tende à justa distribuição de recursos não de bem-estar. Trata-se da maior igualdade possível de recursos que ele chama de impessoais, que são os passíveis de apropriação e transferência, tais como riqueza e bens materiais; e de recursos que ele chama de pessoais, que são qualidades da mente e do corpo que influenciam no êxito das pessoas na realização de seus planos e projetos, tais como saúde, capacidade física e mental, força, talento, etc.

Para caracterizar a igualdade ideal dos recursos impessoais, este autor utiliza uma idéia de “leilão”, no qual todos em situação de igualdade adquirem os bens que acham necessários para a sua vida, sabendo o custo real de suas escolhas sobre os outros e sobre o total de recursos que pode ser eqüitativamente utilizado. Para verificar se a divisão foi justa, ele utiliza o teste da cobiça, onde o leilão se mostra bem sucedido se ninguém cobiçar os recursos, como um todo, de ninguém depois da distribuição feita.

No entanto, como é provável que esta igualdade ideal não seja alcançada ou não se sustente devido à sorte individual e à

livre movimentação do comércio, onde o talento – a sorte genética – e outros bens pessoais aparecem, Dworkin pensa um modo de minimizar as injustiças decorrentes das circunstâncias, que não podem ser debitadas à responsabilidade dos indivíduos. Ou seja, ele pensa um modo de “igualar” os recursos pessoais, fazendo com que os indivíduos possam não sofrer ou se precaver contra situações que se apresentam sem que eles possam ser culpados. Para isso, ele estabelece o seguro. O seguro é um mecanismo utilizado por Dworkin que permite aos indivíduos a possibilidade de pagar apólices para se precaverem contra possíveis situações adversas. É importante ressaltar que os indivíduos escolhem pagar ou não, o que lhes transfere toda a responsabilidade das conseqüências de uma fatalidade, por exemplo.

Isto quer dizer que a utilização da idéia de seguro, assim como a idéia de leilão, é a maneira encontrada por Dworkin para garantir que cada um tenha responsabilidade por sua vida e, desta forma – ou seja, não deixando, por conseguinte, ninguém à mercê de uma infelicidade decorrente da fortuna – que todos sejam tratados com igual respeito e consideração, isto é, que a todo indivíduo seja assegurado o seu direito fundamental e inalienável, mesmo que isso signifique um tratamento desigual a alguns.

Conforme Dworkin, a distribuição justa dos recursos somada à possibilidade de igualação oferecida pelos seguros àqueles que por motivos diversos estão em situação desprivilegiada em relação à saúde e em relação ao emprego assegura a efetivação da justiça, uma vez que o Estado, utilizando-se destes mecanismos, ou nas palavras de Dworkin, tratando os cidadãos com igual consideração, não precisa pensar se tal ação é conforme a igualdade formal ou conforme a igualdade de fato.

Portanto, para Dworkin, através da garantia do tratamento como igual, isto é, do tratamento com igual respeito e consideração, assegura-se a todos a defesa dos seus direitos fundamentais, mesmo quando isso possa significar um tratamento diferenciado a alguns.

A partir destes esclarecimentos, torna-se possível verificar qual o tratamento de Dworkin aos problemas levantados acima. Em primeiro lugar, conforme entende o autor, embora possam aparecer como conflitantes a liberdade e a igualdade, elas podem ser ajustadas, sendo entendidas como partes de um mesmo ideal humanista, desde que a igualdade seja entendida como o fundamento das liberdades básicas que deverão ser defendidas, ou, em outras palavras, desde que a igualdade estabeleça as condições para o aparecimento das liberdades. E, em segundo lugar, de acordo com ele, a garantia, a todos do tratamento como igual evita que ao Estado se ponha a questão quanto a que perspectiva adotar, a perspectiva da igualdade de fato ou da igualdade formal, já que ele, ao tratar a todos como iguais, já adota uma ou outra perspectiva. Deste modo, isto é, tendo como fundamental a igualdade de respeito e consideração, é possível, seguindo a argumentação de Dworkin, compatibilizar a igualdade formal e a igualdade de fato num mesmo princípio, utilizando um entendimento ou outro toda vez que isso significar tratar como igual.

Compatibilizando, desta forma, ambos os tipos de igualdade, torna-se mais clara a compreensão da compatibilidade das políticas de ação afirmativa com o princípio geral da igualdade. Elas poderão ser admitidas, como será visto, para este autor, como uma maneira de tornar a sociedade melhor e justa no futuro, não uma compensação do passado.

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, TRATANDO COMO IGUAL

De acordo com Gomes, as políticas de ação afirmativa podem ser definidas como

“um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade, p. 40).

Trata-se, portanto, de políticas que visam evitar a discriminação, por meio de um tratamento preferencial a um grupo histórica ou presentemente discriminado, mediante a concretização da igualdade de fato, de modo a evitar que o princípio formal da igualdade funcione na prática como um mecanismo perpetuador da desigualdade.

Tendo por base este entendimento, estas políticas têm, segundo Gomes, os seguintes objetivos: em primeiro lugar, como já foi visto, concretizar a igualdade de oportunidades, e, segundo, através da exemplaridade, induzir transformações capazes de subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia de uma raça sobre a outra, a idéia de supremacia do homem sobre a mulher, etc. Elas são, como diz Carmen Lúcia Antunes (*apud* Gomes, p. 42), “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.

É pertinente neste ponto lembrar o conceito de reconhecimento introduzido por Charles Taylor⁷. Segundo Taylor,

⁷ TAYLOR, C. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

cada um tem uma representação de si ou um entendimento daquilo que se é. Este entendimento forma o que o indivíduo compreende como sua identidade, isto é, forma a interpretação que se faz de quem se é e de suas características definidoras essenciais de ser humano. Entretanto, esta interpretação não se faz apenas individualmente; como ressalta Taylor, ela é moldada parcialmente pelo reconhecimento das outras pessoas, associando, com isso, identidade e reconhecimento.

Este modo de ver demonstra que se parte significativa das pessoas reconhecem outra pessoa ou grupo qualquer, como associado a uma imagem inferior ou humilhante, é provável que essa pessoa ou grupo passe a viver como tal, com grande possibilidade de introjetar tal idéia, sem perceber-se dissociado dela, agravando-se ainda mais se o processo de identificação com a inferioridade desta pessoa ou grupo for mantida no tempo.

Para Taylor, evita-se este mal quando se garante o direito à proteção do devido reconhecimento às identidades individuais ou grupais. Isto quer dizer que reconhecendo devidamente as diferenças, e isto é fundamental, assegura-se a cada grupo e/ou pessoa a integridade, ou de igual modo, a efetivação do princípio de igual dignidade dos seres humanos. Porque, diz Taylor (*apud* Gomes, p. 74-75) o “não reconhecimento” ou o “mau reconhecimento” é uma opressão, pois confina o indivíduo a um “modo de ser reduzido”, sendo “o devido reconhecimento às pessoas e aos grupos” assim como “à suas identidades culturais”, portanto, “uma necessidade vital”. E o Estado, partindo deste pressuposto, não pode ter uma postura neutra e imparcial, ele deve ser ativo e interveniente, pois ele não pode ser cego e ineficaz à discriminação e à desigualdade.

Tendo como ponto de partida esta compreensão, se as

políticas de ação afirmativa são mecanismos eficazes utilizados para garantir a diversidade étnica e social, assegurando a integridade de cada um, ou seja, se elas colaboram com a integração de grupos subprivilegiados, então, embora elas discriminem ao promover a igualdade de fato, elas não são contrárias ao sistema de direitos sobre o qual se baseia o constitucionalismo moderno, uma vez que elas, como diz Dworkin, podem ser aplicadas pressupondo a idéia do tratamento como igual. Portanto, mesmo tratando desigualmente, elas não causam injustiça.

Seguindo esta linha de argumentação, vê-se que estas políticas não podem ser entendidas como políticas compensatórias, tendo, no presente, a função de reparar injustiças que, no passado, foram praticadas sobre os antepassados dos seus atuais beneficiários. Porque, do ponto de vista jurídico, para haver uma compensação tem de haver um dano específico, a identificação daquele que sofreu o dano e daquele que causou o prejuízo, pois, como salienta Gomes, “somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação”, esta que “só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou no dano” (*Ação afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade*, p. 65). Pois, afinal de contas, “as preferências requeridas”, por exemplo, “pelos negros no presente não compensam gerações de negros que sofreram injustiças no passado” (Dworkin *apud* Cittadino, “*Invisibilidade*”, *Estado de Direito e Política de Reconhecimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 165).

As políticas de ação afirmativa, então, não devem ser vistas como mecanismos de compensação e nem, como defendem alguns, como mecanismos que são necessários devido a questões de raça, de falta de oportunidades ou de segregação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a efetiva participação dos

amplios setores da sociedade. Elas devem, por conseguinte, visar, como defende Dworkin, o futuro e não o passado, pensando em construir uma sociedade justa, na qual todos são tratados como iguais.

Pensando nisso, Dworkin, mantendo-se no entendimento de que é possível a compatibilização da igualdade formal e da igualdade de fato, apresenta dois argumentos para justificar essas políticas. Tais argumentos são utilizados porque, segundo ele, em certas ocasiões uma política, como a supracitada, que desfavorece alguns pode ser justificada com o argumento de que dá melhores condições à sociedade como um todo.

No obstante, deve-se tomar cuidado, segundo o autor, com o significado que se atribui à expressão “dá melhores condições à sociedade como um todo”. Em sua concepção há dois sentidos quando se diz que uma sociedade está melhor como um todo, mesmo que alguns indivíduos não se beneficiem tanto quanto outros: (i) um sentido utilitarista, que se refere ao aumento do nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário; e (ii) um sentido idealista, que diz estar melhor a sociedade mais justa, ou a mais próxima de uma sociedade ideal, independentemente do aumento do nível médio de bem-estar.

Quando Dworkin se refere ao primeiro sentido, tem em mente o utilitarismo de preferências, que quer dizer que “uma política torna a comunidade melhor (...) se satisfaz o conjunto de preferências melhor do que o fariam as políticas alternativas, ainda que ela não satisfaça as preferências de alguns” (*Los Derechos em Serio*, p. 359). Neste sentido, as preferências de cada um parecem contar iguais.

Mas, isso que se apresenta como igualitário, à primeira vista, revela-se enganoso muitas vezes, segundo o autor. Pois não se

deixa claro uma distinção fundamental: que as preferências dos indivíduos pelas conseqüências de uma política podem ser tanto pessoais, quando miram a própria fruição de certos bens e oportunidades; quanto externas, quando visam a fruição de bens e oportunidades dos outros.

Quando se trata da segunda preferência, tem-se um problema, segundo o autor. Pois, quando ela é utilizada, o caráter igualitário do argumento utilitarista é corrompido, uma vez que quando predominam as preferências externas, não se consideram como iguais os indivíduos que são colocados em desvantagem, visto que as preferências daqueles que os discriminam parecem contar duplamente. E mesmo quando essa segunda preferência é utilizada junto com as preferências pessoais, a decisão utilitarista em favor das preferências de qualquer pessoa fica dependente de uma afeição que as outras pessoas têm por ela, não das preferências pessoais de todos, o que a torna injusta, uma vez que as preferências pessoais de qualquer pessoa não podem depender da estima que as outras têm por ela.

Portanto, no entender de Dworkin, evidencia-se que, de um ponto de vista utilitarista, somente as preferências pessoais, não as externas, devem ser contabilizadas para que o direito essencial de todos de ser tratados como iguais seja efetivado. Isto quer dizer que, para Dworkin, as preferências externas dos indivíduos nunca devem ser contabilizadas. Somente as pessoais. Pois se somente as preferências pessoais forem consideradas, argumenta o autor, a tese liberal que prioriza a igualdade – que é a tese que ele defende – será então uma conseqüência do utilitarismo. O problema é que muitas vezes é difícil separar as preferências pessoais das externas. E é impossível fazer isso em sociedades em que os preconceitos são fortes. Por isso, para o autor, os argumentos utilitaristas são

válidos para justificar as políticas de ação afirmativa apenas quando também possam ser usados argumentos de outro tipo, que chama de ideal.

O segundo tipo de argumento que pode ser fornecido para afirmar que “uma sociedade está melhor como um todo”, o argumento de ideal, é mais intuitivo, na medida em que considera que uma sociedade está melhor como um todo quando consegue, apesar de todas as diferenças, não discriminar nenhum de seus membros, ou seja, quando ela consegue se aproximar de uma sociedade idealmente justa. Neste sentido, as políticas de ação afirmativa são justificáveis para Dworkin quando elas significam uma medida que aproxima a sociedade de uma sociedade idealmente justa. Pensando que uma sociedade idealmente justa não discrimina um de seus membros simplesmente por causa de sua cor, por exemplo, e se tais políticas significam efetivamente um modo efetivo de integração dos negros discriminados, logo não há porque não as entender como justas, ou seja, não há porque, na medida em que concretiza a integridade, entendê-las como contraditórias com o princípio geral da igualdade.

Portanto, evidencia-se, como mostra Dworkin, que a promoção das políticas de ação afirmativa não gera uma contradição com a defesa do princípio geral da igualdade, em um sistema jurídico que prioriza os direitos fundamentais, ou seja, que tais políticas não são injustas, porém desde que estas políticas fundamentem-se no direito inalienável de todos de serem tratados como iguais, isto é, com o mesmo respeito e consideração, embasadas em argumentos idealistas, e também utilitaristas, mas apenas quando nestes prevalecerem as preferências pessoais.

CONCLUSÃO

Sendo assim, pode-se concluir, como mostra a interpretação de Dworkin, que a igualdade formal, concretizada pela igualdade perante a lei, e a promoção da igualdade de fato, vista através das políticas de ação afirmativa, podem ser conciliadas de modo que não sejam entendidas como contraditórias. Seguindo esta linha de argumentação, mostra-se que a implementação das políticas de ação afirmativa não é, na verdade, incompatível com o tratamento que todos indiscriminadamente merecem. Pois elas, em casos determinados, nada mais representam do que a concretização, sob determinadas circunstâncias, do direito fundamental que é devido a cada cidadão, mesmo que, para alguns elas signifiquem um tratamento desigual que aparentemente os prejudica. As políticas de ação afirmativa, neste sentido, não significam a anulação ou uma restrição do direito fundamental da igualdade, mesmo quando tratam a alguns de maneira que se sintam prejudicados. Sua implementação constitui uma efetivação de justiça em favor daqueles que seriam prejudicados caso só se considerasse a igualdade formal, ou seja, daqueles que têm sua imagem associada ao preconceito, à inferioridade, à incapacidade, etc. Deste modo, elas se mostram justas, tanto para os que se favorecem delas quanto para aqueles que não se favorecem. Pois elas os põem nas mesmas condições de disputa de vagas em universidades, empregos, cargos, etc., ou seja, elas materializam para os dois grupos o tratamento com igual respeito e consideração.

Deste modo, é possível afirmar que, seguindo a concepção Dworkin, as políticas de ação afirmativa não contradizem o direito fundamental dos cidadãos, ou seja, o direito de todos de serem tratados como iguais perante a lei. Porém, desde que obedecem às seguintes condições: primeiro, que se trate de uma busca de efetivação de justiça visando o futuro, não uma compensação do

passado. E segundo, como decorrência da primeira, que tenham um caráter de justiça distributiva, isto é, que signifiquem uma redistribuição equânime de ônus, direitos, e outros “bens” e benefícios entre os membros da sociedade.

Portanto, de acordo com o que foi argumentado, de uma sociedade que pratica as políticas de ação afirmativa, dentro dessas condições, pode-se dizer que é uma sociedade que trata os seus cidadãos como iguais, ou seja, pode-se dizer que é uma sociedade igualitária e, portanto, justa.