

A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RACIAIS A PARTIR DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

THE EFFICIENCY OF RACIAL POLICY FROM THE THOUGHT OF RONALD DWORKIN

THAÍS ALVES COSTA¹

UFPEL - Brasil
costa.thaisalves@gmail.com

RESUMO: Os modelos de ações afirmativas são um tipo de políticas públicas de cunho racial que visam, *grosso modo*, a promoção da diversidade e da distribuição de renda entre as camadas sociais para reduzir ou equilibrar questões de igualdade. Inserido nessa dinâmica social contemporânea, o objetivo central deste *paper* é analisar se o modelo de ação afirmativa, enquanto desdobramento da teoria liberal igualitária de Ronald Dworkin consegue ser uma política pública executável e eficiente. Para o primeiro momento, discutiremos a possibilidade da teoria de Dworkin oferecer justificativa teórica suficiente para o que ele chama de *policies*, na qual o modelo de ação afirmativa está incluído. Para o segundo, analisaremos a aplicabilidade destes modelos, bem como sua eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa. Política pública. Eficiência.

ABSTRACT: *Models of affirmative action are a kind of racial policy which aimed, roughly, the promotion of diversity and distribution of income between social classes to reduce or balance equality issues. Considering this contemporary social dynamics, the central aim of this paper is to analyze whether the affirmative action model, while deployment of egalitarian liberal theory of Ronald Dworkin, can be an executable and efficient policy. For the first moment, we discuss the possibility of Dworkin's theory offers the sufficient theoretical justification for what he calls the policies, in which affirmative action model is included. For the second, we will analyze the applicability of these models, as well as their efficiency.*

KEYWORDS: *Affirmative action. Policies. Efficiency.*

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos observamos o ressurgimento das políticas públicas como uma forma de orientar as decisões governamentais, bem como na elaboração de propostas para a resolução de conflitos nas decisões jurídicas. Essa matéria ganha destaque no cenário mundial tendo como o seu maior promotor os Estados Unidos da América, surgindo como uma forma de contenção de gastos através de ajustes fiscais, impulsionando o desenvolvimento econômico e promovendo a inclusão social. Todas essas medidas governamentais são voltadas para a coletividade tendo como objetivo *mor* o bem comum do Estado e da sociedade.

¹ Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) e professora em Filosofia EAD na mesma universidade.

Entre os teóricos preocupados com tais questões, podemos destacar o norte-americano Ronald Dworkin, conhecido por travar o debate acerca da teoria democrática e da moralidade pública em assuntos altamente polêmicos como as questões envolvendo aborto, eutanásia, suicídio assistido e mesmo o direito à pornografia. Se concordarmos com Beatty que Dworkin foi o “[...] mais eminente filósofo jurídico do mundo até hoje [...] praticamente ninguém, se é que há alguém, se equipara a ele na capacidade de tratar ao mesmo tempo das grandes questões teóricas e da prática do juiz” (BEATTY, 2014, p.47), podemos imaginar que seu pensamento extrapola discussões circunscritas ao âmbito jurídico, atingindo discussões sobre o ideal de justiça em um Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, o filósofo analisa as principais decisões da corte norte-americana para, em seguida, propor políticas públicas (*policies*) para a resolução dos problemas de justiça, dentre elas as questões étnica-raciais no ensino superior norte-americano, que será o nosso objeto paradigmático para a discussão das políticas públicas.

Nesse sentido, o objetivo central deste texto será discutir criticamente o nascimento das políticas públicas no pensamento de Dworkin e a partir disso lançar mão da análise da políticas públicas mais trabalhada por ele, a saber: as ações afirmativas². Para tal, estabeleceremos uma breve análise do seu modelo de liberalismo igualitário, que permite endossar a política étnica-raciais através das obras *Virtude Soberana* e *Uma questão de Princípio*. Posteriormente, apresentaremos o móbil dessa proposta, sua configuração e aplicação. Por fim, no último momento, tentaremos analisar se esse tipo de política foi ou não satisfatória em seu objetivo empreendido.

I O EMBASAMENTO POLÍTICO DAS POLICIES DE DWORKIN

As *policies* no pensamento de Ronald Dworkin são o que chamamos de políticas públicas³, responsáveis por envolver as metas políticas tendo como consequência uma finalidade coletiva, ou seja, um bem público. Em outras palavras, as políticas públicas podem ser identificadas como os objetivos políticos do governo, tais como: as políticas econômicas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário, de ações afirmativas entre outras. Essas políticas públicas possuem como especificidade “um telos: elas orientam, para um fim previamente estabelecido” (FERRAZ, 2011, p. 150).

Mesmo sendo um conceito recorrente no pensamento dworkiniano, as *policies* só irão “tomar corpo” na década de 80 com a publicação de quatro ensaios denominados *What's equality?* e, posteriormente, publicado no livro *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality* (em português, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*), de 2000. Nesta obra, o autor abordará as questões

² A minha intenção nesse *paper* não será analisar se as ações afirmativas são ou não justas e legítimas, não obstante buscarei, apenas, analisar o tipo de política pública que ela representa, bem como seus fundamentos, execução e eficiência.

³ Ao tratar da política, Dworkin afirma que é “[...] a política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (*Ibidem.*, 2002, p. 36).

envolvendo algumas políticas públicas, das quais utilizaremos como análise as ações afirmativas mediante a discussão de casos específicos que envolvem essa temática, aplicando a sua teoria da igualdade na elaboração de suas conclusões.

A ideia de justiça em Dworkin é pautada na esfera igualitária liberal, de tal forma que compreende a perspectiva de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, a questão em voga é “saber qual é a forma justa de responder à injustiça” (RAWLS, 2000, p.245), ou seja, como evitar que a desigualdade extermine os valores sociais de “liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto respeito” (*Ibid.*, p. 62) que devem sob a ótica da justiça igualitária ser distribuído a todos⁴.

De acordo com a teoria igualitária de justiça de Dworkin, no contexto de um Estado democrático de Direito, a igualdade deve sempre prevalecer em relação à liberdade, uma vez que é a virtude cardinal presente na comunidade política. Dada sua importância, a igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros. Dworkin partirá, assim, do pressuposto de que deve existir a igualdade de qualquer recurso. Caberá ao Estado a função da igualdade no tratamento de seus cidadãos, sendo que há duas formas de entender o direito à igualdade. A saber, (*i.*) o direito a um tratamento igual ou (*ii.*) o direito ao tratamento como igual⁵. O tratamento igual (*i.*) consiste no direito a uma distribuição igualitária de oportunidade, recursos e encargo (*e.g.*, o direito ao voto ou à educação básica), ao passo que o segundo (*ii.*) se configura pelo direito de todos os cidadãos serem tratados com igual consideração e atenção, sendo este um direito inalienável e fundamental⁶. A igualdade de recursos proposta por Dworkin ocorrerá na prática através da justiça distributiva.

Para tanto, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos im pessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns. Para Dworkin, o tratamento igual fundamentará a adoção das políticas públicas (*policies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que visam a diminuir os

⁴ Álvaro de Vita na obra *A justiça igualitária e seus críticos*, explana acerca das injustiças de ordem social afirmando que, “para determinar que espécie de eventos se qualificam como “injustiças”, somos inevitavelmente levados a nos engajar em comparações contrafactuais entre o *status quo* e estruturas institucionais que são alternativas possíveis” (VITA, 2007, p. 220). Nesse sentido, Vita entende por injustiça as privações oriundas da desigualdade e pobreza que dispensamos aos outros.

⁵ Dworkin afirma que a igual consideração e respeito devem ser exigidos da comunidade política, sendo a igualdade de fato a verdadeira virtude soberana da comunidade. De acordo com o filósofo: “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania”. (DWORKIN, 2002, p. IX).

⁶ Cf. Dworkin, R. *Virtude Soberana*. Parte 1 – A Teoria.

problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas. Será através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária na educação que surgirá a ideia de uma política de ação afirmativa calcada no aspecto racial do pensamento de Dworkin. Em outras palavras, ao tentar garantir que a igualdade de recursos seja promovida para aqueles pertencentes às minorias raciais que a ação afirmativa no ensino superior torna-se necessária para a concretização da justiça distributiva no pensamento do autor.

Dworkin almeja que a diversidade racial engendrada pelas ações afirmativas possa diminuir o preconceito enraizado na sociedade norte-americana. E, assim, utilizando como artifício as reservas de vagas no ensino superior como um dispositivo de distribuição social, a política de ação afirmativa seria um recurso de promoção de justiça distributiva igualitária que reconhece as diferenças de caráter social que marcam os negros nos Estados Unidos. Em um primeiro momento, pode até parecer que o jusfilósofo norte-americano defende um posicionamento de discriminação inversa baseado em problemas históricos, ou seja, ele legitimaria a discriminação a favor de grupos sub-representados que foram tratados de forma injusta no passado⁷. Todavia, o argumento de Dworkin é mais elaborado do que simplesmente fazer uma defesa da compensação histórica⁸, pois: “[...] a developing conviction that racial diversity in colleges and professional schools is necessary not as compensation to minorities for past discrimination against them, but as a crucial practical contribution to the entire community’s future” (DWORKIN, 2003, p.3). Quer dizer, tais ações não devem ser vistas como mecanismo de compensação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a participação de todos nos mais diversos setores da sociedade⁹.

Dworkin argumenta que tais ações não devem ser vistas como mecanismo de compensação, mas como medidas de integração, cujo objetivo principal deve ser ajudar a dar fim à discriminação, possibilitando a participação de todos nos mais diversos setores da sociedade. Em outras palavras, o jusfilósofo norte-americano defende um posicionamento de discriminação inversa a favor de grupos sub-representados. O propósito da ação afirmativa seria, segundo Dworkin, o enriquecimento da educação, garantindo um ambiente de ensino pluralista que fosse capaz de preparar os estudantes para viverem em uma sociedade de diversidade. Nesse contexto, parte-se da suposição de que negros podem ter

⁷ A lógica seria a seguinte: “Blacks have been wronged and severely harmed by whites. Therefore white society should compensate blacks for the injury caused them. Reverse discrimination in terms of preferential hiring, contracts, and scholarships is a fitting way to compensate for the past wrongs.” (POJMAN, 1977, p. 428).

⁸ Em relação à discriminação sofrida outrora, Dworkin afirma que: “quando um branco se candidata a um emprego ou a um contrato de construção, a violação de seu direito não é mais justa pelo fato de outros brancos terem tratado mal os membros daquela minoria no passado. Por isso, considerada em si mesma (...) os programas de ação afirmativa se justificam quando surgem para “remediar” de maneira adequada a discriminação passada – ofende profundamente o princípio que ele cita como suposto fundamento da revolução na legislação racial”. (DWORKIN, 2006, p 256).

⁹ Assim, Dworkin afirma que: “as grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre nós”. (DWORKIN, 2012, p. 606).

preferências no exame de admissão no ensino superior como forma de garantir um equilíbrio racial em posições de prestígio que possam beneficiar a sociedade como um todo. Por conseguinte, “tais programas almejam a diversidade no corpo estudantil, reconhecem que a diversidade racial é tão importante quanto a diversidade geográfica ou a diversidade de talentos extracurriculares e ambições de carreira” (DWORKIN, 2005, p. 458). Nesse caso, ser negro é um fator preferencial para o estudante.

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

Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam, em longo prazo, reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente (...) seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana (*Ibid.*, p. 439).

Dworkin afirma que não há como modificar a consciência social de raça fazendo o uso de meios neutros racialmente. Dessa forma, a utilização do critério racial para a escolha dos negros no ensino superior torna-se um fator que não pode ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Nessa medida, fazer uso dessa política pública seria uma estratégia para atacar um problema existente em âmbito nacional, e a sua utilização seria justa e necessária para diminuir o preconceito enraizado na sociedade norte-americana e promover a diversidade.

Ademais, Dworkin salienta que a diversidade racial no ensino superior e, conseqüentemente, na vida social é necessária para que os negros possam encontrar profissionais negros em todas as áreas profissionais. Essa diversidade torna-se necessária, não com o intuito de que profissionais brancos trabalhem apenas com brancos e negros apenas com negros, mas para que a associação inter-racial diminua “a atitude de considerar os negros como raças e não como indivíduos” (*Ibid.*, p. 440), oferecendo uma espécie de exemplos raciais que permitiria o reconhecimento individual na sociedade, bem como de tomar os indivíduos como ser em si. Parte-se da abstração de que se as crianças negras visualizarem médicos e advogados negros, elas crescerão mais motivadas a também seguirem essas profissões de prestígio. Dworkin afirma que não é que meninos e meninas não possam se espelhar no sucesso de brancos, mas que, dado o atual grau de preconceito racial, tal sucesso significa pouco ou quase nada para as crianças negras (Cf. DWORKIN, 2005, p. 440). O que importa é que essas crianças mudem seus antigos paradigmas na medida em que se reconhecem enquanto pertencentes a uma raça, que detém profissões de prestígio social como

direito e medicina. É possível identificar claramente que essa defesa de Dworkin é pautada no argumento da autoestima, isto é, as ações afirmativas deveriam existir não somente com intuito de que os beneficiados sejam reconhecidos na sociedade, como também, para que melhorem sua autoestima.

Na obra *O Direito da Liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a Lei dos Direitos Civis tomou força na década de 1970 e início de 1980, de tal forma que se voltou contra as discriminações subjetivas e estruturais¹⁰. Nesse sentido, as formas de erradicar essa discriminação se dão por meio de dois princípios básicos, sendo o primeiro a proibição de qualquer política que possa gerar a discriminação, ou seja, a imposição de que todas as formas de discriminação estrutural são ilegais. Essa discriminação é caracterizada pelo oferecimento desproporcionalmente pequeno de vagas em empregos para aquelas pessoas que não são negras. Tal discriminação, segundo Dworkin, deve ser evitada a menos que esse procedimento seja requisito indispensável para a prática negocial. Como consequência desse primeiro princípio, os tribunais de direito passam a ter o cuidado para que as condições de emprego e salário não sejam promotoras de discriminação por sexo ou raça¹¹. Por sua vez, o segundo princípio analisado por Dworkin é o da permissão de que tanto as instituições públicas quanto as privadas pudessem lançar mão de políticas públicas (*policies*) para proporcionar algum tipo de favorecimento a grupos minoritários nos processos de admissão de pessoal, a fim de que possam elas contribuir para a erradicação “das consequências estruturais de gerações de injustiça” (DWORKIN, 2006, p. 249) que esses grupos veem sofrendo ao longo dos anos.

2 CONFIGURAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS E O SEU PANO DE FUNDO

O móbil dessa política pública nos Estados Unidos ocorre devido ao *background* de escravidão e políticas segregacionistas passadas, o que gerou grandes desníveis educacionais e de renda entre brancos e negros. Dentre os principais casos envolvendo políticas segregacionistas encontramos, *Plessy versus Ferguson*, responsável por iniciar o período segregacionista, passando por *Brown versus Board of Education*, no qual, há o uso das medidas estruturantes (*structural reform*), até a decisão do caso *Bakke*, que em parte favoreceu as ações afirmativas.

¹⁰ As discriminações estruturais eram reconhecidas pela constituição norte-americana e a sua erradicação se dava por meio de um objetivo público de primeira importância. Para Dworkin, esse tipo de discriminação nasce no seio das contratações de brancos e negros, nas quais, é possível perceber extrema disparidade. Acerca disso, o filósofo exemplifica com o caso *Wards Cove Packing Co. v. Alioto*, no qual as contratações de uma fábrica de enlatados no Alasca foi observada. Constatou-se que, os trabalhos subalternos, desagradáveis e difíceis eram realizados por negros, por outro lado, os trabalhos mais bem pagos e que dispunham de alojamentos e refeições de qualidade eram realizados por brancos. Tendo em vista essa disparidade, o tribunal de apelação estabeleceu que a empresa deveria provar a necessidade de tal situação para a efetivação e continuação dos negócios. (Cf. DWORKIN, 2006, p. 250).

¹¹ Warren Burger ao julgar o caso *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971 e expor o princípio da não discriminação pela primeira vez da história da Constituição norte-americana, afirma que: “o objetivo do Congresso ao promulgar o título VII [da Lei de Direitos Civis] é claro... Práticas, procedimentos ou provas neutros na aparência, e até mesmo neutros...quanto à intenção, não podem ser conservadores se colaboram para ‘congelar’ o *status quo* criado por práticas discriminatórias anteriores”. (BURGER, *apud* DWORKIN, 2006, p. 248).

Através desses casos jurídicos é possível perceber o quanto os direitos foram se modificando em curto espaço de tempo. Por se tratar de um estudo jurídico norte americano, é imprescindível ressaltar que a principal fonte do direito em questão é o *Common Law*¹², ou seja, o direito parte dos precedentes para nortear as decisões jurídicas.

A primeira decisão marcante para a luta pelos direitos civis foi o caso *Plessy versus Ferguson* de 1896¹³, que questionava as leis segregacionistas da época. Ocorre que, na Louisiana, uma lei segregacionista estipulava que haveria vagões separados para brancos e negros (*colored*) nos trens. Homer Plessy, um jovem que tinha um oitavo de ancestralidade negra e morava em New Orleans comprou uma passagem para o vagão de brancos e ao embarcar avisou a um funcionário a sua condição. Após o aviso, ele foi convidado a se retirar do vagão e, como não aceitou mudar-se para aquele reservado para não brancos, acabou sendo preso e processado. Durante o julgamento, determinou-se que a reserva de acomodações no transporte ferroviário seriam “separadas, mas iguais”, ou seja, os negros deveriam utilizar apenas, os vagões que lhe forem destinados, sob a pena de serem expulsos do mesmo pela força policial, além de multa e prisão. Da mesma forma, os brancos não poderiam utilizar os vagões destinados aos não brancos. Plessy, então, deu início a uma demanda judicial afirmando que a legislação estadual violava a décima terceira e décima quarta emenda constitucional. Todavia, esses argumentos foram rejeitados tanto pela instância estadual, quanto pela Suprema Corte Norte-Americana, considerando que a décima terceira emenda apenas proibia a reinserção da escravidão, e a décima quarta não seria aplicável ao caso, pois a separação de raça não sugeria que uma era superior à outra. Dessa forma, a suprema corte concluiu que não havia inconstitucionalidade nesse tipo de determinação desde que a companhia ferroviária disponibilizasse acomodações iguais para todos.

As leis segregacionistas continuaram sendo totalmente aplicadas até o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*¹⁴, quando a doutrina do “separados, mas iguais” foi vigorosamente mitigada, tendo o seu fim em 1967 com *Loving versus Virginia*¹⁵. Após o fim dessas políticas públicas que mantinham a hierarquia entre indivíduos e grupos pautada nas características individuais, cria-se um dispositivo jurídico que busca afirmativamente equalizar as desigualdades entre os

¹² Acerca do *common law*: “o termo designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. Da maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através do processo legislativo”. (DWORKIN, 2002, p. 37. [N.T.]).

¹³ Confira: *Plessy versus Ferguson* (1896) em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Porém, essa não foi a primeira decisão tendo em vista a doutrina “separate, but equal”, mas a responsável pela sua consolidação. A primeira foi o caso *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. Link disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. E, depois, *Pace versus Alabama* em 1883. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>>.

¹⁴ Confira em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>.

¹⁵ Confira o caso *Loving versus Virginia* em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>>.

grupos. Assim, a discriminação deixou de ser por meio das leis segregacionistas, para tornar-se a discriminações positivas. O movimento de luta por políticas públicas que voltadas para as ações afirmativas nas universidades surge na prática como luta pela igualdade e para fins de igual proteção (*equal protection*).

A primeira política com a ideia de preferências para determinados grupos surgiu na Índia sob o nome de “política de reservas” (*reservation policies*). Apesar de haver indícios de que preferências desse tipo já haviam sido usadas ainda na Índia britânica¹⁶, seu termo só foi inserido nos textos legais do país quando, a partir da promulgação da constituição indiana, em 1949¹⁷, surgiu uma série de emendas constitucionais. Dentre essas emendas a reforma do artigo 15 da Constituição do país que autorizava ao Estado o uso de qualquer provisão especial para garantir o progresso de qualquer uma das classes sociais. A partir de então, vários grupos sociais passaram a ser beneficiados por essa que é a mais ampla política do gênero no mundo.

Apesar da experiência indiana, essa discussão somente tomou corpo nos Estados Unidos a partir de 1961, quando John Kennedy registrou a expressão *affirmative action* na ordem responsável pela criação do Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego, *i.e.* na ordem executiva 10925. A proposta da “Ordem Executiva de Kennedy situava-se no terreno do combate à discriminação, antecipando um dos aspectos da Lei dos Direitos Civis” (MAGNOLI, 2009, p.85), pois o que a ordem previa era a associação da “noção de ‘ação afirmativa’ com as obrigações de contratar empresas ou empregar pessoas sem levar em conta suas raças, credo, cor ou origem nacional”¹⁸. Nesse sentido, as primeiras ações “was clearly *not* calling for group preferences or quotas” (SOWELL, 2004, p. 124), consistindo na não discriminação de cunho étnico-racial, bem como da inserção de programas inclusão de pessoas deficientes, programas de aleitamento gratuito para crianças carentes, descontos nos transportes públicos para idosos entre outros programas que não se valiam de beneficiar minorias étnicas raciais. Em relação à questão racial, a ordem previa que os empregadores contratassem “*without regard to group membership*” (Ibidem). Nesse sentido, as ações afirmativas eram pautadas na não discriminação dos indivíduos. Ou as situações que fossem comprovadamente racistas deveriam ser não só combatidas como remediadas, através da interferência de tribunais de direito para garantir, em conformidade com a lei, a reparação das vítimas da conduta discriminatória.

Posteriormente, por intermédio do Plano Revisado da Philadelphia, de 1969, ocorreu a associação das ações afirmativas como um “remédio” para uma situação indesejada socialmente, cabendo atenção especial para a discriminação do sujeito. Conquanto, a evolução das ações afirmativas para percentuais numéricos deu-se a partir de 1970, quando diretrizes passaram a fazer referência à “results-oriented

¹⁶ Segundo Sowell: “India has also had affirmative action policies longer than any other nation, beginning in British colonial times, and then provided for in its constitution when it became an independent country in 1947”. (SOWELL, 2004, p. 23).

¹⁷ Confira a Constituição Indiana: <<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%202Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>>.

¹⁸ *Idem.*, *Ibidem.* Para saber mais acerca da Ordem Executiva 10.925, vide: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.

procedures” (*Ibid.*, p. 125), no qual deveria ser aumentado materialmente o número de minorias nos empregos, instaurando, assim, objetivos e cronogramas (cf. SOWELL, 2004). Nessa mesma década são implantadas as ações afirmativas nas universidades norte americanas, dando início a uma série de disputas judiciais envolvendo a legitimidade de tais políticas.

Segundo Magnoli, quando as ações afirmativas foram realmente implantadas nos Estados Unidos no início da década de 70, durante o governo de Nixon, não houve a preocupação na definição do que seria raça, haja vista que essa determinação já havia sido feita durante as leis segregacionistas por intermédio da regra da gota de sangue¹⁹. Todavia, com as ações afirmativas, vários casos acerca do princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda foram questionados.

O caso *DeFunis versus Odegaard*²⁰ de 1974 foi um dos primeiros casos contrários às ações afirmativas e consistia na alegação de que o programa de ações afirmativas da Faculdade de Direito da Universidade de Washington violava a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana. Posteriormente, surgiu o caso *University of California versus Bakke*²¹ em 1978, que foi um dos casos mais famosos da literatura jurídica norte-americana sobre a temática. Nesse caso a Suprema Corte Americana vedou o emprego de cotas, ou números fixos de vagas a serem preenchidas por membros do grupo discriminado afirmativamente, porém consideraram válido a adoção de políticas sensíveis à raça que envolvessem outros critérios além da raça. E, por fim, em 1995, tendo em vista o precedente do caso: *Andarand Constructors versus Peña*²², o veredito determinou que todas as políticas federais que tivessem como embasamento a classificação racial deveriam passar pela análise de controle de constitucionalidade²³. Com todos esses casos elencados,

¹⁹ Muitas das leis antimiscigenação se valiam de frações para estipular o quanto de mistura no sangue colocava alguém fora da raça branca. Em alguns estados o limite era de 1/16 de “sangue negro”, enquanto em outros estados era 1/32. Devido a essas dificuldades, adotou-se a regra de uma gota de sangue (*one drop rule*), ou seja, bastava uma gota de sangue negro para que o indivíduo não fosse mais considerado branco. Nos estados do sul e sudeste, as leis segregacionistas, além de abranger o casamento, abrangiam as relações sexuais, os transportes públicos, banheiros, escolas, hospitais, restaurantes, teatros, reformatórios e bibliotecas. Para esse controle, as certidões de nascimento vinham escritas: brancos ou *colored* (não brancos) de acordo com a raça do sujeito. Segundo Magnoli, na Carolina do Norte, uma lei proibia o intercâmbio de livros escolares de branco para não branco e, nas situações em que houvesse o empréstimo para uma pessoa não branca, esse livro seria de uso exclusivo desse.

²⁰ Para saber mais sobre a decisão do caso *DeFunis* confira: *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). É possível encontrar uma análise mais detalhada dos casos *DeFunis v. Odegaard* e *Regents of University of California v. Bakke* em meu artigo “A relação entre justiça igualitária e políticas públicas em Ronald Dworkin”, na obra *Contratualismo Moral e Político na Contemporaneidade*. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.editorappgfilufrrj.org/wp-content/uploads/2015/03/Contratualismo-moral-e-pol%C3%ADtico-na-contemporaneidade-Anais-do-I-Congresso-Internacional.pdf>>.

²¹ Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>.

²² Confira em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/andarand-constructors-inc-v-pena/>>.

²³ A metodologia de julgamento americana de escrutínio (*Scrutiny*) avalia se uma dada legislação fere ou não a cláusula de *equal protection*, ou seja, adota-se um controle de constitucionalidade para aferir valor à natureza do bem ferido, bem como à classificação do indivíduo ou grupo. São três os níveis de análise: *i. Rational basis teste* (quando os bens analisados não são fundamentais); *ii. Intermediate Scrutiny* (situações em que tanto a finalidade como os meios devem ser relevantes); e *iii. Strict Scrutiny* (é a análise rigorosa, ou seja, os bens precisam ser absolutamente necessários).

é possível perceber o quão delicado e importante é adotar esse tipo de política pública no contexto norte-americano.

3 A APLICAÇÃO DA DE AÇÃO AFIRMATIVA

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

Dentre os tipos de ações afirmativas adotadas nos Estados Unidos, podemos destacar as fortes (*strong affirmative action*) e as fracas (*weak affirmative action*)²⁴. Segundo Pojman, as ações afirmativas fracas,

involves such measures as the elimination of segregation (namely the idea of 'separate but equal'), widespread advertisements to group not previously represented in certain privileged positions, special scholarships for the disadvantaged classes (e.g., all the poor), using under representation or a history of past discrimination as a tie breaker when candidates are relatively equal, and the like (POJMAN, 1977, p. 420).

Essas políticas fracas consistem em apoiar socialmente as minorias. Sua efetivação pode ocorrer por intermédio de um programa social que fornece tutores para estudantes negros ou bolsas de estudo específicas para as minorias, garantindo por intermédio dessas políticas, a igualdade de acesso, *i.e.*, a igualdade de partida e não a igualdade de chegada. Envolvendo medidas positivas que poderiam ser de origem estatal ou voluntária, tais políticas visavam à garantia de que os candidatos a vagas em empregos ou universidade estivessem cientes de que há posições abertas e serem incentivados a aplicar. Essa é uma forma de assegurar que “previously excluded groups were made aware of new opportunities now open to them, so as to be able to take practical steps to prepare for and apply for such opportunities” (SOWELL, 2004, p. 124). Para isso, o pertencente ao grupo discriminado deve saber da possibilidade e ser incentivado, sem que outros tipos de medidas posteriores pudessem ser utilizadas.

As políticas afirmativas enfraquecidas envolveriam, por exemplo, a publicização das vagas de um determinado emprego através de anúncios em revistas que possuíssem maioria negra como leitores, ou programas de televisão e rádio em que o público alvo fosse os negros. Outras modalidades seriam o envio

²⁴ Segundo Nagel ações afirmativas fracas são: “Programs that attempt to ensure that previously underrepresented groups are sufficiently well qualified so as to be able to apply for those jobs in which they were not represented.” (NAGEL, *In defense of strong affirmative action*, p. 05).

de representantes dessa empresa para recrutar candidatos em feiras de minorias e disponibilizar fundos e cursos para ajudar os negros a se prepararem melhor para as entrevistas. Uma empresa que adotasse as ações afirmativas fracas poderia se valer de todas essas medidas, porém, seria apenas no âmbito de auxiliar, enquanto forma de criar possibilidades para que o candidato consiga competir, muito embora a vaga não seria escolhida tendo em vista a raça, pois no processo de escolha não deveria haver preferências²⁵. Não obstante, o objetivo da ação afirmativa fraca é de garantir o conhecimento de todos da existência de determinado cargo ou vaga disponível, ou seja, “enlarging the pool of applicants, then hiring on the basis of competence” (MACKINNON, 1995, p. 244).

Nesse âmbito, os negros somente receberiam atenção extra na fase inicial do processo, ou seja, quando a empresa estaria tentando angariar candidatos para se submeterem ao processo seletivo. Entretanto, nenhuma atenção extra seria dada na fase final do processo, quando os sujeitos seriam avaliados, exclusivamente, por sua competência técnica. Na educação esse tipo de ação afirmativa envolveria a garantia de maior divulgação do ambiente universitário para o grupo minoritário, cabendo, inclusive, o investimento em cursos gratuitos com monitores que contribuíssem para um melhor aproveitamento do negro nos testes de aptidão.

Em contrapartida, as ações afirmativas fortes “involves more positive steps to eliminate past injustice, such as reverse discrimination, hiring candidates on the basis of race and gender in order to reach equal or nearly equal results, and proportionate representation in each area of society” (POJMAN, 1977, p. 420). Segundo Nagel, “strong affirmative action is justifiable in limited application when it is relied upon as a means of remedying an historical injustice that has yielded a serious social evil (e.g., the on average lower socio-economic status of African-Americans)” (NAGEL, *In defence of strong affirmative action*, p.08). Nesse sentido, tal política defende que a distribuição de vagas específicas para determinados grupos deve ser considerado com o intuito de aumentar a presença desses nas universidades e mercados de trabalho. Nessa lógica, por vezes pode ocorrer de ser escolhido um candidato menos qualificado em detrimento de um mais qualificado, sem que isso seja considerado uma injustiça.

As ações afirmativas fortes podem ser de duas naturezas: *i.* sistema de cotas ou *ii.* sistema de bônus, também chamado de políticas flexíveis sensíveis à raça ou *goals*. As cotas (*i.*) estabelecem uma exigência numérica para admissão em empregos ou promoções. Em outras palavras, é a destinação de certo percentual de vagas para determinado grupo desfavorecido²⁶. Essa exigência numérica consiste em um percentual a ser ocupado numa instituição de ensino. Há, ainda, taxas e metas estatísticas que são responsáveis por medir e alcançar o progresso

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

²⁶ A exemplo disso, “uma quota poderia ser imposta em um clube campestre se lhe fosse dito para admitir cinco membros de um grupo minoritário específico em um ano” (RACHELS, 2014, p. 319).

relativo à presença desses grupos nas instituições de ensino. Segundo Gomes, “as cotas são a modalidade mais extrema de ação afirmativa. São, por essência, por natureza, algo bastante heterodoxo, pois fogem ao esquema normal de observância do princípio da igualdade”²⁷. Em geral, as cotas são mais fortes que outros tipos de ação afirmativa, pois representam um valor numérico a ser preenchido, independente do mérito do candidato. Todavia, em algumas situações ela perde o seu sentido forte, é o que Nagel afirma:

A quota may be a method of either weak or strong affirmative action, depending on the circumstances. It amounts to weak affirmative action – a safeguard against discrimination – if, and only if, there is independent evidence that average qualifications for the positions being filled are no lower in the group to which a minimum quota is being assigned than in the applicant group as a whole. This can be presumed true of unskilled jobs that most people can do, but it becomes less likely, and harder to establish, the greater the skill and education required for the position. At these levels, a quota proportional to population, or even to representation of the group in the applicant pool, is almost certain to amount to strong affirmative action (NAGEL, *A defense of affirmative action*, p. 05).

Por outro lado, as políticas sensíveis racialmente (*ii.*), “apenas consideram a raça como um fator na tomada de decisão. Nenhuma quota é imposta” (GOMES *apud* PAIM, 2003 p. 73). Nesse caso, não há garantia de vagas, apenas é adicionado, nos processos de seleção, uma pontuação à nota do candidato pertencente a esse grupo pré-definido, o que lhe garante uma vantagem em relação aos demais. Segundo MacKinnon,

Goals are usually thought of as ideals to be sought but which we are not absolutely required to reach. Goals can be formulated in terms of percentages or numbers. As of now, federal contractors and all institution with fifty or more employees and that receive federal funds of \$50,000 or more must adopt affirmative action plans (MACKINNON, 1995, p. 244).

No âmbito educacional, cabe à universidade a escolha do plano de ação afirmativa que pretende seguir para alcançar seus objetivos sociais. Essas políticas

²⁷ GOMES *apud* PAIM, 2003, p. 73. Segundo Gomes, “iniciar programas de ações afirmativas fazendo cotas não é a melhor maneira. Devem-se buscar maneiras mais sutis, mais inteligentes, como aquelas que envolvam a utilização pelo Estado dos trunfos institucionais que ele tem. Um deles é o poder, a bolsa, o orçamento. Se o Estado utiliza os mecanismos orçamentários para incentivar instituições públicas, e até mesmo instituições privadas, a tomarem iniciativas de integrar as pessoas marginalizadas, isso não é cota. E está atendido o objetivo” (*Idem, ibidem*). A exemplo disso, no caso Bakke, a Suprema Corte considerou válidas as ações afirmativas sensíveis à raça em detrimento das cotas raciais. Na análise do caso Bakke, a corte da Califórnia considerou esse sistema válido em detrimento da política de cotas. Confira os capítulos 14 e 15 da obra *Uma questão de Princípio* de Dworkin.

sensíveis à raça geralmente englobam vários elementos no processo de admissão e mesmo sendo consideradas mais flexíveis que o sistema de cotas, podem ser mais ríspidas, quando, por exemplo, a nota de corte para o ingresso via ação afirmativa é tão alta que acaba desfavorecendo o candidato à vaga.

4 ESSA POLÍTICA ÉTNICO-RACIAL PODE SER CONSIDERADA EFICIENTE?

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

Para Dworkin²⁸, esse exame estatístico foi uma estratégia providencial para a manutenção das ações afirmativas que vinham sofrendo constantes derrotas como a sua proibição na Universidade da Califórnia, posteriormente estendida para todas as instituições do estado²⁹ e na Universidade de Washington. Além disso, a decisão Bakke abriu precedentes para a declaração de inconstitucionalidade dos programas de cotas fixas³⁰ como ocorreu no caso Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas³¹.

Dworkin utiliza essa pesquisa para fazer o estudo atento dos benefícios das ações afirmativas, dentre eles, o significativo aumento de negros admitidos nas universidades norte-americanas. Em 1951, por exemplo, quando ainda não havia ações afirmativas, das 19 melhores instituições de ensino dos Estados Unidos, havia um total de 63 negros admitidos, o referente a 0,8 % por instituição. Ao passo que, em 1989, por intermédio das ações afirmativas, o número de admitidos nas mesmas instituições foi de 6,7 %. Bowen e Bok calcularam que, caso não tivesse sido adotado a política de preferência racial, esse aumento teria sido entre 2,1 e 3,6. Para Dworkin, “seria um erro grave, porém, supor que esses negros ‘retroativamente rejeitados’ eram desqualificados para a formação que receberam” (DWORKIN, 2012, p. 552). Apesar disso, a nota dos brancos era substancialmente mais alta que a dos negros em todos os exames escolares. Para Bowen e Bok

²⁸ Cf. DWORKIN, 2012 Capítulo 11: *Ação afirmativa: Funciona?*

²⁹ Por 14 votos contra 10 a Universidade da Califórnia optou, em 1995, pela exclusão de qualquer programa que objetivasse beneficiar qualquer grupo étnico em todos os departamentos da universidade. Em 1996, por intermédio da aprovação do Projeto 209, essa proibição estendeu-se a todo o estado com base na não discriminação racial, de gênero ou nacionalidade em qualquer serviço educacional público. Para saber mais confira: The coalition for Economic Equity *versus* Wilson, 122 EM 692, 1997. Disponível em: <<https://casetext.com/case/coalition-for-economic-equity-v-wilson-3>>.

³⁰ Como já vimos o caso Bakke não previu a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa sensível à raça, mas somente o sistema de cotas.

³¹ Confira: Cheryl J. hopwood *versus* State of Texas, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932. Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>>.

tamanho diferença foi originária das excelentes escolas básicas pelas quais os estudantes brancos passaram por toda a vida estudantil.

Dworkin se vale das 626 páginas da referida pesquisa para defender que as ações afirmativas nos Estados Unidos foram bem sucedidas, apesar de reconhecer a falta de mais pesquisas nessa área³². Dentre os dados apresentados pelos pesquisadores há informações como o aumento da média das notas dos estudantes negros no SAT³³ em 1989, que foi maior que a média dos estudantes negros em 1951 (anterior às ações afirmativas). Porém, o índice de evasão dos negros nas melhores escolas foi de 11 % a mais que a de estudantes brancos. Essa análise da pesquisa *The Shape of the River* vai de encontro à outra pesquisa realizada entre 1984 e 1987 por Stephan e Abigail Thernstrom, a qual relatou que, entre as 300 universidades importantes analisadas, o índice de evasão dos alunos brancos é de 43%, enquanto de alunos negros eram de 66%, ou seja, uma diferença de 23% de evasão a mais dos alunos negros³⁴. Bowen e Bok associaram essa evasão ao fato de muitos negros serem de famílias mais pobres, abandonando a faculdade por motivos financeiros. Outra hipótese lançada pela dupla para justificar o baixo desempenho dos alunos negros em relação aos brancos, mesmo quando os dois grupos tiveram as mesmas notas no SAT, foi de que a má formação em técnica de estudos bem como a estereotipagem na faculdade prejudicou seu desenvolvimento. Dos dados publicados pela dupla, contribuindo para o argumento de que as ações afirmativas funcionaram, o que chama mais a atenção de Dworkin, é o fato de que as notas dos negros do SAT que estavam matriculados nas escolas mais exigentes foram bem mais altas em 1989 do que em 1951, o que demonstraria não só a evolução dos negros, como também a formação em proporções maiores na medida em que for mais seletiva a escola frequentada.

Porém, se por um lado a ação afirmativa demonstrou ter sido bem sucedidas, apesar da falta de uma análise econômica adequada, por outro, ela teve uma receptividade desastrosa em algumas regiões, levando a sociedade a optar pelo seu fim. Foi o que ocorreu, por exemplo, em 2014, quando após um plebiscito foi vetado qualquer tipo de tratamento preferencial a indivíduos ou grupos com base em raça, sexo, origem, cor ou etnia na admissão em instituições públicas de ensino superior de Michigan. Isso demonstra que mesmo um tipo de política com boa fundamentação teórica pode não ser bem vista pela maioria da sociedade, mesmo quando o objetivo em questão seja a inclusão social.

Há uma dificuldade enorme em equalizar os elementos que envolvem a relação ação afirmativa e o critério raça ou etnia. Basta observar que, mais recentemente, além dos casos do plebiscito vem ocorrendo decisões judiciais

³² Segundo Dworkin: “O estudo de *River* tem limitações, evidentemente, que os autores tiveram o cuidado de reconhecer. A pesquisa estatística por mais substanciais que sejam os dados e minuciosas as técnicas, não é uma experiência de laboratório, e embora os autores demonstrem considerável engenhosidade na pesquisa e no uso de controles e de outros métodos em suas conclusões, algumas delas, conforme os autores assinalam, inevitavelmente contêm hipóteses”. (DWORKIN, 2012, p. 548).

³³ SAT é um exame de admissão para as Universidades norte-americanas, sendo constituída de questões de múltiplas escolhas de diversas matérias mais a redação.

³⁴ Confira essa pesquisa publicada na obra: *America in Black and White: one nation, indivisible*, de Stephan Thernstroms e Abigail Thernstroms.

excludentes. É o exemplo do caso Hopwood *versus* University of Texas law School³⁵, no qual a sentença suspendeu o uso de ações afirmativas para a admissão na Universidade do Texas, interrompendo inclusive o precedente do caso Bakke que configurava como a exclusão das cotas, mas não das ações afirmativas com a raça sendo apenas um dos fatores dentre outros, como dito anteriormente. Em 1997, o estado da Califórnia aprovou a Proposição 209, segundo a qual: “The state shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting”³⁶, que deu fim à política de preferências no estado. Em 1998 lei similar foi adotada no Estado de Washington, a chamada iniciativa 200. Outro caso também polêmico foi Parents *versus* Seattle³⁷, em 2007, quando a sentença proibiu a adoção de critérios raciais em seleções afirmando que,

Ações governamentais que dividem o povo por meio da raça são essencialmente suspeitas, pois tais classificações promovem noções de inferioridade racial e conduzem a políticas de hostilidade racial; reforçam a crença, sustentada por tantos durante tanto tempo de nossa história, de que os indivíduos avaliados pela cor de sua pele; endossam argumentações baseadas na raça e a concepção de uma nação dividida em blocos raciais, contribuindo desse modo para uma escalada de hostilidade racial e conflito³⁸.

Hoje, as cotas estão abolidas na Califórnia, Flórida, Arizona, New Hamshire, Ocklahoma, Washington, Texas, Michigan e Nebraska. É possível observar que apesar de haver eficiência por um lado, temos dificuldades nas reações dos agentes por outro. Nesse sentido, cabe ao Estado promotor continuar adequando essa política à realidade local, uma vez que sabemos que esse tipo de política é um conjunto decisório que precisa ser mantido em equilíbrio. O Estado pode até estar fundamentado filosoficamente e buscar com baixo custo implementar uma política pública, porém, o processo decisório é parte da análise racional do processo, que

³⁵ Confira: Cheryl J. Hopwood *versus* State of Texas, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Fifth Circuit, 78 F. 3d 932. Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>>. Cheryl Hopwood era uma garota branca, criada apenas por sua mãe e enfrentou grandes dificuldades financeiras para conseguir concluir o ensino médio. Hopwood conseguiu entrar para a Universidade da Califórnia, em Sacramento e, após algum tempo, tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, que era considerada uma das melhores do país. Embora tenha alcançado uma nota consideravelmente alta para entrar no curso, Hopwood teve o seu ingresso negado, tendo em vista que a universidade utilizava-se de um programa de ação afirmativa que privilegiava minorias negras e descendentes de mexicanos nascidos nos Estados Unidos. Assim sendo, pertencentes desses grupos conseguiram ingressar no curso com médias escolares mais baixas e alcançaram um menor aproveitamento nos exames de admissão. Hopwood levou seu caso à justiça federal alegando ter sido discriminada. E a resolução do caso foi favorável para Hopwood e as cotas fixas foram proibidas no Estado.

³⁶Proposição 209, artigo 31 da Constituição da Califórnia. Disponível e, <<http://vote96.sos.ca.gov/Vote96/html/BP/209text.htm>>.

³⁷ Parents involved in community schools *versus* Seattle School Dist. No. 1 551 U.S. 701 (2007).

³⁸ Supreme Court of United States, *apud*, Magnoli, 2009, p. 135.

mais do que criar regras exige o reconhecimento por parte da sociedade, do contrário, essa política de consequência no longo prazo, perde-se já no curto prazo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política pública por seu aspecto interdisciplinar exige uma série de fatores a ser observada para ser ou não considerada eficiente. Através da teoria jurídica e política do Dworkin entendemos como surge na esfera jurídica, entre regras e princípio, as *policies*, *i. e.*, as políticas públicas. Por meio do modelo político fortemente igualitarista que exige a igualdade de fato, não cabendo mais o apelo meramente formal, do jusfilósofo apreendemos a necessidade desse tipo de política inclusiva e distributiva que aliada ao passado de políticas segregacionistas e da atual desigualdade social norte-americana são molas propulsoras para políticas sensíveis racialmente. Apesar de todo esse embasamento filosófico a continuação das *policies* exige o controle de sua execução e eficiência, o que determinará a dinâmica do governo.

Como visto, as políticas públicas étnico-raciais afirmativas nos Estados Unidos desde a sua implementação até hoje, passaram por diversas alterações, incluindo modificações via legislações federais e estaduais. Em alguns momentos tornou-se mais incisiva, como no caso da mutação de ação afirmativa fraca para a forte até o seu fim em alguns locais, seja através da decisão popular ou judicial. Longe de querer fazer juízo de mérito quanto a sua justificabilidade e legitimação, o que essas constantes alterações e polêmicas demonstraram foi que o ciclo das políticas públicas, envolve muito mais elementos que apenas as questões teóricas, administrativas ou de fundamentação de política pública, mas também a sua execução e avaliação, reconhecendo o seu processo dinâmico e de aprendizagem, que permite a sua constante evolução, que passa como condição *sine qua non* pela aceitação da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSON, J. E. *Public policymaking*. An introduction. Boston: Houghton Mifflin Company, 2003. p. 1 – 34.
- ASTIN, Alexander, *What matters in College? Four critical years revisited*. San Francisco: Jossey-Bass, Inc., 1993.
- BEATTY, David. *A essência do Estado de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- BOWEN, William; BOK, Derek. *O Curso do Rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- _____. *The shape of the river*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

- _____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O direito da liberdade: a constituição moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. The Court and the University. *The New York Review of Books*, 2003, p. 01-10.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAZ, Carlos Adriano. Observações acerca de um modelo pós-positivista de fundamentação do Direito: Dworkin e a ideia de “interpretação construtiva”. *Filosofia Unisinos*, p.148-160, mai/ago 2011.
- GHODOOSI, Farshad. *The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements*, 94 Neb. L. Rev. 685, 2015.
- INDIA. The Constitution of India. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LAWUYI, Olatunde Bayo. Ethnicity, political leadership and the search for a stable nigerian society. *Scandinavian Journal of Development Alternatives*. Sep–Dec, 1992.
- MACKINNON, Barbara. *Ethics: theory and contemporary issues*. New York: Wadsworth Publishing Company, 1995.
- MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Editora Contexto, 2009.
- MENEZES, P.L. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NAGEL, Thomas. *In defense of strong affirmative action*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fFzYaZ484GcJ:instruct.uwo.ca/philosophy/162f-001/nagel.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.
- PAIM, Paulo. *Sabatina do Dr. Joaquim Barbosa Gomes*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- PERRY, S. Interpretation and methodology in legal theory. *Law and interpretation*. Oxford: Clarendon, 1995. p. 97–135.
- POJMAN, Louis. The moral status of affirmative action. *Public Affairs Quarterly*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1977.
- POUND, Roscoe. *The case for the Law*. New Haven: Yale University Press, 1922.

RACHELS, James. Em defesa das cotas. *A coisa certa a se fazer: leituras básicas sobre filosofia moral*. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Rower v. Ewans: o amor que não ousa dizer o nome. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Rogério Luiz Nery. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, 64, Florianópolis, p. 57-84, jul. 2012.

SOWEL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

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

UNITED STATES. U.S. *Constitution of the United State*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

UNITED STATES. Department of Justice. Equal Employment Opportunity Commission. *Executive Order 10.925*, 6 mar. 1961. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

_____. *Title VI of the Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>. Acesso em: 28 de outubro de 2016.

UNITED STATES. In The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *Cheryl J. hopwood v. State of Texas*, 78 F. 3d 932 (1996). Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C94/94-50569.CV0.wpd.pdf>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. *The coalition for Economic Equity versus Wilson, 122 EM 692, (1997)*. Disponível em: < <https://casetext.com/case/coalition-for-economic-equity-v-wilson-3>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

UNITED STATES. *Andarand Constructors versus Peña* (1995). Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

_____. *Brown versus Board of Education of Topeka* (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

_____. *City of Richmond versus Croson, 1989 (156.448 U.S.469)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html>. Acesso em 17 de novembro de 2016.

_____. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. *Loving versus Virginia* 388 U.S. 1 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. *Pace versus Alabama* (1883). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. *Parents Involved in Community Schools versus Seattle School Dist. No. 1* 551 U.S. 701 (2007). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

_____. *Plessy versus Ferguson* (1896). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

_____. *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. Disponível em: <<https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

_____. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

UNITED STATES. U.S. Supreme Court of California. *The coalition for Economic Equity versus Wilson*, 122 EM 692 (1997). Disponível em: <http://www.pacificlegal.org/document.doc?id=459>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *O liberalismo igualitário: Sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulos: WMF Martins Fontes, 2008.