



## **AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA**

MACIEL, Álvaro dos Santos

*Estudante de doutorado do Programa de Pós Graduação de Sociologia e Direito*

*macielalvaro@gmail.com*

### **RESUMO**

A pesquisa demonstra a tensão existente entre o direito à igualdade e o direito à diferença na questão das ações afirmativas no Brasil. O objetivo é abordar os fundamentos da justiça distributiva bem como pontos polêmicos atinentes ao tema sob o enfoque de doutrina especializada, tais como John Rawls, Ronald Dworkin dentre outros. Trata-se de um tema atual, haja vista que diversas são as políticas públicas que tentam privilegiar os menos favorecidos por meio de cotas. São apresentadas leis que tratam sobre o tema bem como fundamentações jurídicas, filosóficas e sociológicas. Conclui-se que a análise da ação afirmativa deve ser analisada em suas finalidades, sendo que, se a política afirmativa atende as reais necessidades dos grupos mais vulneráveis reconhecendo o direito à diferença, o princípio constitucional da igualdade será respeitado e, por conseguinte, a ação afirmativa será justa.

**Palavras-chave:** ação afirmativa, direito à igualdade e à diferença, justiça distributiva.

### **ABSTRACT**

The research demonstrates the tension between the right to equality and the right to difference on the issue of affirmative action in Brazil. The goal is to address the fundamentals of distributive justice and controversial points relating to the topic under the approach of specialized doctrine, such as John Rawls, Ronald Dworkin among others. This is a current topic, given that many public policies are trying to focus on the disadvantaged through quotas. Laws are presented that deal with the topic as well as legal reasoning, philosophical and sociological. The conclusion is that the analysis of affirmative action must be analyzed in their purposes, and, if affirmative policy meets the real needs of the most vulnerable groups recognizing the right to difference, the constitutional principle of equality will be respected and therefore affirmative action is fair.

**Keywords:** principle of equality, affirmative action, the right to difference, distributive justice.



Somos todos iguais ou somos todos diferentes? Queremos ser iguais ou queremos ser diferentes? Houve um tempo que a resposta se abrigava segura de si no primeiro termo da disjuntiva. Já faz um quarto de século, porém, que a resposta se deslocou (...) somos diferentes de fato (...), mas somos também diferentes de direito.

É o chamado “direito à diferença”, (...)

Não queremos mais a igualdade, parece. Ou a queremos menos, motiva-nos muito mais, em nossa conduta, em nossas expectativas de futuro e projetos de vida compartilhada, o direito de sermos pessoal e coletivamente diferentes uns dos outros.

(PIERUCCI, Antonio Flavio. *Ciladas da diferença*. 1999, p. 7)

## 1. UMA ABORDAGEM ACERCA DA AÇÃO AFIRMATIVA

Há uma expansão global de políticas afirmativas que visam ao combate das desigualdades como um todo e o reconhecimento de identidades. Nota-se a crescente preocupação em adotar medidas eficazes com o intuito de promover a conscientização de que a igualdade real transcende a mera igualdade formal.

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 2004, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), denominado *Liberdade cultural num mundo diversificado* explicita que:

O que é novo, hoje, é a ascensão de políticas de identidade. Em contextos muito diferentes e de modos muito diversos – desde os povos indígenas da América Latina às minorias religiosas na Ásia do Sul e às minorias étnicas nos Bálcãs e em África, até os imigrantes na Europa Ocidental – as pessoas estão se mobilizando de novo em torno de velhas injustiças segundo linhas étnicas, religiosas, raciais e culturais, exigindo que sua identidade seja reconhecida, apreciada e aceite pela sociedade mais ampla. Sofrendo de discriminação e marginalização em relação a oportunidades sociais, econômicas e políticas, também exigem justiça social. (PNUD, 2004, p. 1)

Além do Brasil, mecanismos que visam melhoria de oportunidades como as ações afirmativas – intituladas “discriminações positivas” na Europa – já foram implementadas em diversos países (Gomes, 2001; Moehlecke, 2002; Piscitelli, 2009), tais como a Índia, África do Sul, Estados Unidos, Austrália, Canadá, Nigéria, Argentina, Cuba, dentre outros.

A expressão “ações afirmativas” tem origem Estados Unidos na década de 60 no bojo do movimento pelos direitos civis e como uma das medidas eficazes de combate ao preconceito.<sup>1</sup> Observou-se que a mera revogação das leis segregacionistas era insuficiente para

---

<sup>1</sup> “(...) Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país e o AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – MACIEL, Álvaro dos Santos.



promover a integração dos grupos discriminados. (Moehlecke, 2002; Souza Neto & Feres Jr., 2008).

No entendimento de Lewandowski (2012), ao abordar a questão da política propriamente dita e não o termo que fora escolhido para tal, explica que as políticas afirmativas tiveram início na Índia, sociedade marcada pela estratificação social, pela diversidade cultural e étnico-racial que levou a Constituição de Independência a adotar a discriminação positiva em benefício das classes menos favorecidas.<sup>2</sup>

As ações afirmativas podem ser consideradas como evolução de políticas, eis que contém um comando no sentido de proibir a discriminação que marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo ou da convivência social e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por esta discriminação (Menezes, 2001, p. 88). Para Lopes (2005, p. 83-92), o Estado Democrático de Direito e a proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis.

Na ótica de Menezes (2001, p. 28), ação afirmativa é um mecanismo de inclusão das minorias em postos mais elevados para que estes também usufruam com efetividade das benesses sociais.

Vê-se que são instrumentos manejados por políticas públicas ou privadas cujo objetivo é tentar neutralizar efeitos discriminatórios ao providenciar a concretização da inclusão de classes vitimizadas, seja em decorrência de cor, de gênero, de estratificação social, de religião, de origem, ou mesmo de deficiências, consolidando a necessidade da observância dos princípios atinentes ao pluralismo e o respeito à diversidade nas diversas esferas de convivência.

Medeiros (2002, p. 22) formula uma metáfora que traduz o conceito, os objetivos e o alcance das ações afirmativas:

---

movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos... nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra. Os Estados Unidos completam quase quarenta anos de experiências, o que oferece boa oportunidade para uma análise de longo prazo do desenvolvimento e impacto dessa política". (Moehlecke, 2002, p. 17)

<sup>2</sup> Neste sentido é a tradução livre do art. 16 Constituição da Índia de 1949 realizada por Piscitelli, (2009, p. 84): "Art. 16. (...) (4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos. (4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva em matéria de promoção para qualquer classe ou classes de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos incluídas as quais, na opinião do Estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos."

AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – MACIEL, Álvaro dos Santos.



Imaginem dois corredores, um amarrado e o outro solto. É claro que o corredor solto ganha sempre. Mas um dia a platéia dessa competição imaginária chega à conclusão de que essa situação é injusta. À custa de muita pressão, consegue-se convencer os organizadores a cortar as cordas que prendiam um dos corredores. Só que ele continua perdendo. Motivo: seus músculos estão atrofiados pela falta de treinamento. Se tudo continuar como está, a tendência é de que ele perca sempre. Que fazer para promover a igualdade de condições entre os dois corredores? Alguns sugerem que se dê um treinamento especial ao corredor que estava amarrado. Pelo menos durante algum tempo. Outros defendem uma medida mais radical: por que não lhe dar uma vantagem de dez metros em cada corrida? Logo se ouvem vozes denunciando que isso seria discriminação. Mas há quem defenda: discriminação, sim, mas positiva porque visa promover a igualdade, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade. Essa história ilustra muito bem o conceito de “ação afirmativa” e o debate que o tema desperta na sociedade. Podemos dizer que os negros, as mulheres e outros grupos discriminados são como o corredor amarrado: por muito tempo estiveram presos pelas cordas do racismo e da discriminação, por vezes traduzidos até mesmo em leis. Não podem ganhar a corrida. Mesmo depois de “soltos”, continuam perdendo. Isso porque a discriminação, mesmo que ilegal, prossegue funcionando de forma disfarçada. (...) O objetivo da “ação afirmativa” é superar essas desvantagens e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Isso pode ser feito de várias maneiras. Proporcionar bolsas de estudos e promover cursos de qualificação para membros desses grupos é como dar um treinamento especial para o corredor que estava amarrado (...).

Quanto ao prazo de duração das políticas afirmativas, é importante destacar que devem ter vigência até que sejam sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação. Para Alexy (apud KAUFMANN, 2007), as ações afirmativas são entendidas como instrumentos de política social dotados de temporariedade, cujo objetivo é integrar e aumentar a participação, na sociedade, de grupo de pessoas que tendem a ficar alijadas por razões de raça, sexo, etnia, deficiência física e mental, ou classe social.

Em tom uníssono, Mèlin-Soucramaniem (1997) afirma que a discriminação positiva é um tratamento diferenciado que visa favorecer determinados grupos, com o objetivo de reparar desigualdades por um período temporário.

Portanto, a discriminação positiva é uma forma de materialmente igualar a diversidade como mecanismo de justiça. Assim, quando os objetivos das ações afirmativas forem satisfeitos, tais políticas devem ser extintas, sob o risco de manter distinções que não mais se justificariam.



Após este traçar das linhas gerais das ações afirmativas, passa-se a analisá-las no contexto jurídico-positivo brasileiro.<sup>3</sup>

A Constituição Federal de 1988, considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, elenca dispositivos que traduzem a tentativa de igualdade material. Objetiva, como princípio fundamental, construir uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, I, III e IV).

Ademais, para as mulheres e para as pessoas com deficiência estabelece a possibilidade de ações afirmativas assim como prevê o inciso XX do artigo 7º, inciso XX, ao abordar sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher por meio de incentivos específicos, bem como o inciso VII do artigo 37 ao determinar que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência.

Piovesan (2008) destaca diversos instrumentos afirmativos implementados no ordenamento jurídico pátrio<sup>4</sup>, tal como a “Lei das cotas” de 1995 (Lei n. 9.100/95)<sup>5</sup>, que introduziu uma cota mínima de 20% das vagas de cada partido ou coligação para a candidatura de mulheres; o Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto 1.904, de 13 de maio de 1996), que prevê como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em favor de grupos socialmente vulneráveis; o Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto Federal 4.228/02) que contemplou incentivo à inclusão de mulheres, afrodescendentes e portadores de deficiência, como critérios de pontuação em licitações que beneficiem fornecedores que comprovem desenvolver políticas compatíveis com o programa; o Programa Diversidade na Universidade (Lei n. 10.558/02) que estabeleceu a criação de bolsas de estudo e prêmios a

<sup>3</sup> Deu-se em 1980 a primeira formulação de um projeto de lei referente a medidas de políticas afirmativas. O então deputado federal Abdias Nascimento, em seu projeto de Lei n. 1.332, de 1983, propõe uma ação compensatória, que estabelecerá mecanismos de compensação para o afro-brasileiro após séculos de discriminação. Entre as ações figuram: reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática, bem como introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil. O projeto não é aprovado pelo Congresso Nacional, mas as reivindicações continuam (MOEHLECKE, 2002)

<sup>4</sup> Também os Estados federados passaram a adotar políticas de promoção da igualdade material. A Constituição do Estado da Bahia elenca capítulos específicos no que se refere ao afrodescendente e ao índio. O Estado do Paraná, por meio da Lei n. 10.183/92 e Santa Catarina, por meio da Lei n. 10.064/96, prescreveram sanções administrativas às empresas que praticarem atos discriminatórios – no primeiro contra a mulher e no segundo por questões raciais –, prevenindo a impossibilidade de participar em licitações e convênios públicos até a proibição de parcelamento de débitos, dentre outras medidas. O Estado de São Paulo criou regionalmente a Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes (Decreto 48.328/06). Outros Estados também têm adotado políticas de ações afirmativas.  
AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – MACIEL, Álvaro dos Santos.



alunos de instituições que desenvolvessem ações de inclusão no espaço universitário, além de autorizar o Ministério da Educação a estudar, implementar e apoiar outras ações que servissem ao mesmo fim<sup>6</sup>; a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) de 2003, que reforça a eficácia das ações afirmativas e determina a criação de diversos mecanismos de incentivo e pesquisas para melhor mapear a população afrodescendente; criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (Lei n. 10.678/03), que auxilia o desenvolvimento de programas, convênios, políticas e pesquisas de interesse para a integração racial.

Cumprir acrescentar também o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010.) destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

## **2. A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA**

Verifica-se, em diversos ordenamentos contemporâneos, que a justiça transmuta-se em duas concepções clássicas, uma que a caracteriza como cumprimento da legalidade e outra que se fundamenta na igualdade de relações.

Neste diapasão, Bobbio (1997, p. 15) afirma “a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não-observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio de igualdade no qual a lei se inspira”.

A fundamentação de igualdade de relações é um tema complexo, polêmico e controverso.

Candau (2008) explica que a matriz da modernidade enfatizou a questão da igualdade. A igualdade de todos os seres humanos, independentemente das origens raciais, da nacionalidade, das opções sexuais, enfim, a igualdade é uma chave para entender toda a luta da modernidade pelos direitos humanos. No entanto, parece que hoje o centro de interesse se deslocou, e em que pese a igualdade não seja descaracterizada, o tema da diferença é posto

---

<sup>5</sup> Essa lei foi posteriormente alterada pela Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que, ao estabelecer normas para as eleições, dispôs que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

<sup>6</sup> É nesse contexto que foram adotados programas de cotas para afrodescendentes em universidades – como é o caso da UERJ, UNEB, UnB, UFPR, entre outras (Piovesan, 2008).





muito mais em evidências nas pesquisas e nos debates. Ao citar Pierucci (1999), traz à lume inquietantes considerações acerca da valorização da diferença.

Rawls (2002), em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, pressupõe que a desigualdade é inerente à condição do homem sendo este um “egoísta racional” que pode superar este jugo ao se vincular a outros indivíduos visando a concretização de princípios da vida em comum. Para que a escolha dos princípios não seja distorcida por esses interesses individuais, ela ocorre por trás do “véu de ignorância”, ou seja, os agentes devem ignorar sua posição original – posição atual e/ou chances futuras na sociedade.

Rawls (2002, p. 03) ao fomentar temas como a justiça distributiva e a igualdade de oportunidades preconiza que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais como a verdade é o dos sistemas de pensamento”. Tal afirmativa demonstra sua convicção na justiça como um sistema que prevalece a qualquer outro dentro da sociedade, e como consequência disso, é possível se afirmar que em uma sociedade justa, as leis e as instituições merecem especial atenção quanto à proporcionalidade de sua aplicação e, quando quedarem-se injustas precisam ser modificadas ou até mesmo revogadas.

Uma sociedade fulcrada em parâmetros de justiça detém uma característica essencial, tal qual o reconhecimento e aceitação dos mesmos princípios de justiça que deflagra o agir conforme os ditames por ela estabelecidos. “Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.” (RAWLS, 2002, p. 03).

Assim, todo cidadão deve ser receptor daquilo que lhe é de direito de acordo com sua capacidade, porém com especial atenção aos que estão em posição social desprivilegiada, valorizando, portanto, o princípio da diferença.

(...) ninguém merece a maior capacidade natural que tem, nem um ponto de partida mais favorável na sociedade. Mas, é claro, isso não é motivo para ignorar essas distinções, muito menos para eliminá-las. Em vez disso, a estrutura básica [da sociedade] pode ser ordenada de modo que as contingências trabalhem para o bem dos menos favorecidos. Assim somos levados ao princípio da diferença se desejamos montar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido ao seu lugar arbitrário na distribuição de dotes naturais ou à sua posição inicial na sociedade sem dar ou receber benefícios compensatórios em troca. (Rawls, 2002, p. 108).

É de se ressaltar então que, os talentos advindos da distribuição que a própria natureza se encarregou de premiar a cada um, ou a posição que cada indivíduo ocupa na estratificação social não seriam elementos para se aquilatar a justiça nem mesmo a injustiça; o



que concretiza a justiça ou o seu oposto é o modo pelo qual as instituições sociais irão manejá-las.

Rawls (2002, p. 79), ao aliar o princípio da igualdade de oportunidades – também chamado de oportunidade equitativa<sup>7</sup> com o princípio da diferença, propõe o que define como igualdade democrática. Neste escólio, cabe a exemplificação de Kymlicka (1996, apud MOEHLECKE, 2004):

Aqueles que nasceram com alguma deficiência não possuem uma igual oportunidade de adquirir benefícios sociais, e sua ausência de sucesso não tem nenhuma relação com suas escolhas ou esforços. Se estivermos genuinamente interessados em remover desigualdades não merecidas, então a visão dominante de igualdade de oportunidades é inadequada.

Ainda que não tratem do mesmo objeto, o princípio da diferença proposto por Rawls apresenta várias similitudes com as políticas de ação afirmativa. Assim, as desigualdades dos dons naturais e/ou posições menos favorecidas advindas de gênero, raça, etnia, por questão de deficiências, dentre outras, não são merecidas e por isso, devem ser compensadas de alguma forma (Moehlecke, 2004). Ao se referir acerca do princípio da diferença, Rawls (2002, p. 107) enfatiza a necessidade da atenção que ser atribuída a determinadas pessoas como forma de compensação:

O princípio determina que a fim de tratar as pessoas igualitariamente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade.

Ademais, Rawls demonstra àqueles que consideram injusta a compensação, e aqui se poder subentender as ações afirmativas, por supostamente atentar contra a noção de mérito. É questionado o quão meritórios são os dotes naturais ou as posições sociais desfavoráveis. No que se refere ao tema, o desenvolvimento das habilidades detém uma perspectiva problemática uma vez que seu caráter depende de ligações a uma família privilegiada e de circunstâncias sociais, que é dissonante de caracteres meritórios.

Talvez alguns pensarão que uma pessoa com maiores dons naturais mereça aquelas vantagens e o caráter superior que tornou possível seu desenvolvimento. Porque é mais digno neste sentido, merece as maiores vantagens que puder alcançar com seus dons. Esta visão, entretanto, é

<sup>7</sup> Rawls (2002, p. 109) enfatiza a sua objeção ao princípio da oportunidade equitativa por conduzir a uma sociedade meritocrática.





certamente incorreta. Um dos pontos recorrentes de nossos juízos analisados até agora é que ninguém merece o seu lugar na distribuição dos dons naturais, mais do que mereça seu ponto de partida na sociedade. Afirmar que um homem merece o caráter superior que lhe permite esforçar-se para cultivar suas habilidades é igualmente problemático, pois seu caráter depende largamente de uma família privilegiada e de circunstâncias sociais, pelas quais não tem mérito algum. Não parece aplicar-se a noção de merecimento a tais casos. Dessa forma, o homem representativo mais privilegiado não pode dizer que o mereça e, portanto, que tenha direito a um esquema de cooperação no qual lhe seja permitido adquirir benefícios de modo que não contribuam ao bem-estar alheio. (Rawls, 1973)

Por conseguinte, Rawls promove um debate acerca de ideais meritocráticos, promovendo objeção da tradição liberal estabelecida na idéia de igualdade de oportunidades e de sua respectiva concepção de mérito, em algumas situações sociais.

Nas políticas de ação afirmativa, como ressalta Moehlecke (2004) há uma relação complexa de igualdade que se baseia nos direitos individuais, ao propor uma redefinição da igualdade de oportunidades liberal, introduzir a utilização de particularidades grupais.

Em que pese não seja o objetivo deste trabalho abordar os contrapontos à teoria de Rawls, tangencialmente aponta-se que no entendimento de Fraser (2006)<sup>8</sup>, a ação afirmativa não se relaciona apenas como a justiça social no campo da distribuição, e sim como justiça social na esfera do reconhecimento de valores culturais diversificados e identidades marginalizadas, integrando-os à sociedade.

O debate sobre ações afirmativas permite diversas conexões entre filosofia política, teoria crítica e teoria social. Acredita-se que a questão da igualdade seja a principal delas. Como aponta Nancy Fraser, embora a perspectiva distributiva tenha prevalecido, pelo menos, nos últimos 150 anos, ela tem sido substituída por uma perspectiva do reconhecimento.<sup>9</sup> É o que Fraser denomina risco da substituição. (...) Por que o projeto universalista moderno de garantia formal da igualdade não se realizou a contento? Acredita-se que a produção da desigualdade baseada na diferença foi o esteio do fortalecimento das políticas de reconhecimento. (FRASER, 2002 apud LIMA, 2010).<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Neste sentido explica Neves (2005): Para Fraser (1997) “é preciso romper com a dicotomia das teorias da justiça contemporâneas, as quais ou privilegiam as injustiças socioeconômicas – como o fazem os autores que pregam uma justiça pautada na redistribuição dos bens, como Rawls (1971) ou Sen (2001), por exemplo –, ou se restringem às injustiças culturais, como Taylor (1992), Honneth (1997) ou Young (1990). Para Fraser, que toma as questões de raça e de gênero como paradigmáticas, ‘os eixos da injustiça são simultaneamente culturais e socioeconômicos’, razão pela qual é necessário unir os critérios de redistribuição e de reconhecimento na construção de uma sociedade justa.”

<sup>9</sup> No campo teórico, o reconhecimento tornar-se-á um tema importante na crítica que alguns autores – Taylor (1989), Sandel (1982), Walzer (1983), entre outros – endereçarão às teorias de justiça distributivas que, na esteira dos trabalhos de John Rawls (1971) se desenvolvem a partir das décadas de 1970 e 1980.

<sup>10</sup> Neves (2005) detalha que, “em trabalhos posteriores, Fraser (2000) propõe um modelo interpretativo baseado no *status (status model)* para compreender as demandas por reconhecimento das identidades e de facilitar a compreensão da justiça tanto em termos distributivos como de reconhecimento (...) As críticas mais importantes a AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – MACIEL, Álvaro dos Santos.



Vê-se, por conseguinte que, atualmente a questão da diferença assume determinada importância que transforma-se num direito, não só o direito dos diferentes a serem iguais, mas o direito de afirmar a diferença com reconhecimento social.

Percebe-se que a produção da desigualdade baseada na diferença fortaleceu as políticas de reconhecimento.<sup>11</sup> Esse processo em que os binômios igualdade/desigualdade e igualdade/diferença<sup>12</sup> ganharam complexidade e tem produzido fortes embates analíticos e políticos.

(...) a relação entre igualdade e diferença torna-se um tema espinhoso na medida em que impregna e ao mesmo tempo transborda a questão da cidadania. O potencial integrador da igualdade opera como idéia extraordinariamente potente para equacionar em registros distintos tanto a questão da desigualdade quanto a questão da diferença: a primeira concebida no plano das disparidades socioeconômicas, das condições a perpetuarem o acesso desigual aos recursos materiais; a segunda entendida no terreno da atribuições do status da cidadania, da delimitação do conjunto de iguais que formam a comunidade política, isto é, da identidade. (LAVALLE, 2003).

Dworkin (2005) na obra intitulada *A virtude soberana*, se coloca como outro marco teórico que pretende resgatar o ideal da igualdade distributiva ao sustentar o igualitarismo liberal em que as pessoas por terem certa responsabilidade por suas escolhas não farão jus a uma distribuição equânime das riquezas, salvo quando a desigualdade material decorrer de circunstâncias alheias às vontades dos indivíduos.

Nós assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluimos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [...] Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos pessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos que outros — geralmente os oficiais de nossa comunidade — foram injustos conosco. A

---

essas teses versam sobre a dicotomia entre justiça redistributiva e justiça pautada no reconhecimento. (YOUNG, 1997, p. 148), por exemplo, critica a separação entre economia e cultura, que embasa essa dicotomia. Para ela, numa linha próxima aos trabalhos de Pierre Bourdieu sobre a reprodução social, não se pode separar a cultura da economia, pois são inúmeras as interconexões entre ambas. Razão pela qual, sob sua ótica, Fraser não teria percebido “o reconhecimento cultural como um meio para a justiça econômica e política”

<sup>11</sup> A premissa básica para os autores que desenvolvem uma teoria pautada no reconhecimento é que este é fundamental para o processo de formação da identidade pessoal e que, por isso, deve ser considerado um importante critério de justiça em uma sociedade (NEVES, 2005).

<sup>12</sup> Para Candau (2008) não se trata de afirmar um pólo e negar o outro, mas de articulá-los de tal modo que um nos remeta ao outro.



distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental em ética de primeira pessoa.[...] Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque estava além de nosso controle. (DWORKIN, 2005).

Deste modo o critério da escolha-circunstância coloca a liberdade no cerne da igualdade distributiva (FERRAZ, 2007).

A igualdade de recursos, em resposta ao questionamento de Sen (1992) – “igualdade de quê?” – dentro de um enfoque do igualitarismo liberal é o que Dworkin (2005) defende em seus entendimentos, para que assim os indivíduos possam enfrentar suas decisões e escolhas, e não a controversa igualdade de bem-estar que os mesmos podem alcançar com esses recursos.

Dessa forma, as ações afirmativas têm relação, principalmente, com a redistribuição de ônus e benefícios entre os membros da sociedade. Sua finalidade, discriminar por meio de ações que promovam a distribuição equânime dos bens, por si só mitigará os efeitos da discriminação outrora praticada e embasa a justiça distributiva, através da qual, os indivíduos ou os grupos reivindicam vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social. (GOMES, 2001, p. 67).

Ao analisar o caso de DeFunis<sup>13</sup>, Dworkin (2002, p. 349) defende que tal análise propicia o reconhecimento da distinção existente entre a igualdade como política e a igualdade como direito. A fim de analisar tal questão o autor faz a seguinte indagação: *que direito a igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?*

Para responder esta pergunta, Dworkin (2002, p. 349 *et seq.*) apresenta a sua concepção de direito a igual tratamento e a concepção de direito ao tratamento como igual:

O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual, em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar

<sup>13</sup> Dworkin apresenta um fato que ocorreu em 1945 com um negro chamado Sweatt que foi recusado de ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, sob a alegação de que uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a Universidade, bem como apresenta um fato que ocorreu em 1971, com um judeu chamado DeFunis, em virtude deste não ter ingressado na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, apesar de ter atingido uma média alta nos exames realizados.



coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

Noutras palavras, para o referido autor (2002, p. 350), o direito ao tratamento como igual é fundamental, sendo que o direito ao igual tratamento seria derivado, sendo que, nem sempre o direito ao tratamento como igual implicará em adoção de um direito a igual tratamento.

Dworkin (2005, p. 461) afirma que há diferenças entre programas de ação afirmativa por cotas (reserva de vagas para a minoria) e planos mais flexíveis que fazem da raça apenas um fator na composição das vagas, porém, tais diferenças seriam apenas administrativas e simbólicas. De fato, Dworkin ressalta que um programa flexível provavelmente será mais eficiente, uma vez que permitirá o acesso maior das minorias quanto ao total de candidatos for maior. Contudo, a diferença existente entre tais programas não respalda qualquer distinção constitucional, salvo se ficar constatado que um programa de cotas viole direitos constitucionais de uma forma que não ocorra com os sistemas flexíveis.

Além disso, assevera que o argumento utilitarista possui alguns questionamentos que não ocorrem com os argumentos de ideal, quais sejam: o que seria bem-estar médio ou coletivo? Como podem ser calculadas as perdas e os ganhos dos indivíduos a fim de respaldar a afirmação de que os ganhos superam as perdas? (DWORKIN, 2002, p. 358)

Os argumentos favoráveis a um programa que discrimine em favor dos negros, por exemplo, são ao mesmo tempo utilitaristas e ideais. Os argumentos utilitaristas se baseiam, mesmo que indiretamente, em preferências externas, enquanto que os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento de que uma sociedade mais igualitária será melhor, independente de seus membros preferirem a desigualdade, sendo que este argumento, segundo o autor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual. (DWORKIN, 2002, p. 364-365).

Ou seja, de acordo com as lições de Dworkin, o argumento utilitarista que se respalda nas preferências pode aparecer num argumento igualitário, mas se forem analisadas as diversas preferências existentes na sociedade, tal argumento igualitário se demonstrará enganoso.

Ademais, os argumentos utilitaristas que pretendem justificar a segregação não são errados apenas em seus detalhes, mas também inapropriados em princípio. Isto porque em



outros casos, a contabilização das preferências externas viola os direitos dos cidadãos de serem tratados como iguais, considerando que em alguns casos, o sucesso das preferências pessoais de um candidato dependerá da estima e aprovação dos outros (DWORKIN, 2002, p. 366).

Dessa forma, Dworkin (2002, p. 368) conclui que os argumentos favoráveis a um programa de admissão que discrimine os negros, por exemplo, em admissão nas universidades, são argumentos utilitaristas baseados em preferências externas, violando o direito constitucional dos negros de serem tratados como iguais.

O referido autor ressalta a importância de se estabelecer as diferenças necessárias para o entendimento das injustiças decorrentes das classificações raciais. Em razão disso, defende (DWORKIN, 2002, p. 369) que um programa de admissão preferencial poderá não criar uma sociedade mais igualitária – mas não é correto afirmar que tais programas são injustos, mesmo quando funcionam, pois o autor afirma que é necessário ter cautela para que a Cláusula de Igual Proteção não seja utilizada para fraudar a igualdade.

Dworkin afirma que uma política não deve se adequar às preferências da sociedade, mas sim às reais necessidades dos membros que pertencem aos grupos mais vulneráveis. Tal concepção visa dar efetivação à justiça material, por meio de uma postura ativa do Estado.

Dessa forma, o que vai respaldar um programa de ação afirmativa será o respeito aos direitos dos indivíduos de serem tratados como iguais, mas tal afirmação do autor só será compreendida através do conceito de igualdade num sentido material, não meramente formal.

De fato, o argumento ideal que se baseia na concepção de que uma sociedade igualitária será uma sociedade melhor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual.

Contudo, deve ser feito um acréscimo nesta afirmação, no sentido de que o conceito de sociedade igualitária deve ser analisado de forma conjunta com o conceito de dignidade humana, pois é justamente a dignidade humana que sustentará o tratamento diferencial dado às minorias.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformação, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade, tanto em relação à época, ou em relação a



determinado grupo e deslocando o foco para a valorização das diferenças sem descaracterizar os preceitos da igualdade.

O Direito, para concretizar a justiça, se utiliza dos critérios isonômicos, ora determinando o equilíbrio, ora o desequilíbrio positivo, uma vez que há desigualdades provenientes de inúmeras divergências, dentre elas as desigualdades humanas, que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Rawls intensifica os debates ao propor a justiça distributiva. Dworkin expõe suas idéias ao debater casos jurídicos que ocorreram nos Estados Unidos. Contudo, de igual modo, seus argumentos são de suma importância para o debate sobre a legalidade e justiça das ações afirmativas.

Talvez as ações afirmativas não estejam respaldadas tão somente na concepção de justiça compensatória, que transmitiria a idéia de limitação de sua concessão, visto que só poderia ser “compensado” quem porventura tivesse um direito violado, sendo que somente poderia ser “penalizado” quem causasse, de fato, tal violação.

Por meio da distribuição igual de oportunidades, deve ser dado tratamento diferenciado às classes menos favorecidas, o que não significa dizer que os demais sofrerão por pertencerem à classe não incluída nas ações afirmativas, pois essas pessoas já estão em posição de vantagem, sendo medida de justiça dar tratamento diferenciado.

Portanto, a análise de uma ação afirmativa deve ser direcionada para as suas finalidades. Se a medida for necessária para que seja efetivada a justiça material, ou seja, se a política afirmativa atende às reais necessidades dos grupos mais vulneráveis, o princípio constitucional da igualdade estará sendo respeitado e, por conseguinte, a ação afirmativa será justa ao reconhecer o direito à diferença viabilizando a inserção da diversidade no sistema democrático.





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAYMA, Fátima. Reflexões sobre a constitucionalidade das cotas raciais em Universidades Públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. *Ensaio: aval.pol.públ.Educ.*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, June 2012.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 37, Apr. 2008. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782008000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782008000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 Set. 2013

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, Mar. 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 Set. 2013.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, 2002.

\_\_\_\_\_. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, nº 14-15, 2006.

\_\_\_\_\_. *Justice interruptus: critical reflections on the pos-socialist condition*. Nova York/Londres, Routledge, 1997.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HONNETH, Axel. Recognition and moral obligation. *Social Research*, 64 (1): 16-35, 1997.

KAUFMANN, R. F. M. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? uma análise histórico-jurídico comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KYMLICKA, W. *Contemporary political philosophy: an introduction*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

LAVALLE, Adrian. Cidadania, igualdade e diferença. *Lua Nova*, n. 59, 2003.

AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A TENSÃO ENTRE O DIREITO À IGUALDADE E O DIREITO À DIFERENÇA – MACIEL, Álvaro dos Santos.



LEWANDOWSKI, R. *Íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandoski na ADPF sobre cotas*. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

LIMA, Márcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 87, July 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002010000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 Set. 2013.

LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *A Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: A efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: LTR, 2005.

MEDEIROS, Carlos Alberto. *Racismo, preconceito e intolerância*. São Paulo: Atual, 2002.

MÈLIN-SOUCRAMANIEM, F. *Le Principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1997.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. São Paulo: USP/Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/2002.

\_\_\_\_\_. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 25, n. 88, Oct. 2004. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302004000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302004000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 Set. 2013.

NEVES, Paulo Sérgio da C.. Luta anti-racista: entre reconhecimento e redistribuição. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 20, n. 59, Oct. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092005000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092005000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 Set. 2013.

PIERUCCI, Antonio Flavio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Editora 34, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, Dec. 2008. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 28 Set. 2013.

PISCITELLI, R. M. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do desenvolvimento humano 2004: liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: Mensagem, 2004.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971.



\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. Trad. Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

SEN, Amartya. *A desigualdade reexaminada*. São Paulo: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. *Inequality reexamined*. Oxford, Oxford University Press, 1992.

SOUZA NETO, C. P.; FERES JÚNIOR, J. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, direitos sociais e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and the "politics of recognition"*. Princeton, Princeton University Press, 1992.

TAYLOR, Charles. *The sources of the self*. Cambridge, Harvard University Press, 1989.

WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. Oxford, Blackwell, 1983.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, Princeton University Press, 1990.