

OZIEL FRANCISCO DE SOUSA

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO
DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre,
ao Programa de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

TERMO DE APROVAÇÃO

OZIEL FRANCISCO DE SOUSA

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2006

SUMÁRIO

RESUMO	iv
ABSTRACT	v
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A DOCTRINA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
1.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.3 AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.4 CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
1.5 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS	25
CAPÍTULO 2 - O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.....	35
2.1 O CONCEITO ARISTOTÉLICO DE IGUALDADE	35
2.2 A ORIGEM DA DESIGUALDADE ENTRE OS HOMENS, SEGUNDO JEAN- JACQUES ROSSEAU	48
2.3 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	60
2.4 A DIMENSÃO NEGATIVO-SUBJETIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A IGUALDADE FORMAL E A NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	66
2.5 IGUALDADE MATERIAL: AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO SEU INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO.....	74
CAPÍTULO 3 - AÇÕES AFIRMATIVAS	85
3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS.....	85
3.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS.....	97
3.3 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DE OUTROS PAÍSES	103
3.4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO SISTEMA DAS NAÇÕES UNIDAS	110
3.5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	117
CONCLUSÕES	150
REFERÊNCIAS	158

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo evidenciar que as ações afirmativas caracterizam-se como um importante instrumento para a realização do princípio da igualdade material ou substancial. Para tanto, a análise traz um estudo acerca dos direitos fundamentais, trata do direito fundamental à igualdade e detém-se, por último, nas ações afirmativas. Procura-se, assim, demonstrar que os direitos fundamentais podem vir expressos tanto em princípios como em regras constitucionais, e que a igualdade, direito fundamental de primeira dimensão, não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal-subjetiva, própria do liberalismo. Conclui-se, então, que é imprescindível que o Estado deixe sua posição de neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover a igualdade material-objetiva, que pode ser realizada por intermédio de ações afirmativas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; princípio da igualdade; ações afirmativas.

ABSTRACT

The present research has, as a goal, to make evident that the affirmative action is an important instrument to the fulfillment of a material or substantial equality. With the analysis comes a study about the fundamental rights, with a special focus in the fundamental right to equality, passing to a direct approach to the affirmative action. With this, hopes to demonstrate that the fundamental rights may come in the form of constitutional principles or rules, and that the equality, as a first dimension fundamental right, cannot be understood by a purely formal-subjective logic, inherent to liberalism. The conclusion is that it's necessary that the State abandons a position of neutrality, which has a well proved insufficiency, and start to promote an material-objective equality, that can be achieved with the use of affirmative actions.

Keywords: fundamental rights; equality principle; affirmative action.

INTRODUÇÃO

As relações humanas sempre foram complexas, até mesmo antes de os seres humanos organizarem-se em sociedade. Com a evolução das civilizações, muitas atrocidades foram cometidas entre os diferentes povos, ora em nome da busca pela sobrevivência, ora pela insaciável luta pelo poder, sem qualquer consideração à condição humana. Tempos depois do advento do Cristianismo e do Iluminismo, construiu-se, no mundo ocidental, uma nova formulação da natureza do ser e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e com as da natureza, percebendo-se que ele não existia para o direito e para o Estado, mas estes é que tinham como fim a realização dos valores e das necessidades fundamentais da pessoa.

Não obstante, os horrores da Segunda Guerra Mundial colocaram a descoberto a fragilidade das convicções que até ali se tinham como universais. Mas a reação contra isso, já no Pós-Guerra, levou à consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser observado tanto no plano internacional como no direito interno de praticamente todos os países do ocidente. E assim passou-se a buscar, mais do que em qualquer outra época da história, a valorização do ser humano e maior equilíbrio nas relações sociais. No entanto, no mundo contemporâneo ergueu-se um palco de abismos sociais como nunca vistos: as desigualdades sociais e a falta de condições humanas acentuam-se em praticamente todos os países.

O direito, a razão e o Estado, como importantes agentes transformadores da realidade social, dão-nos, no entanto, a esperança de que dias melhores virão. Os mecanismos já estão suficientemente definidos, e dentre eles pode ser mencionado o princípio da igualdade, presente em praticamente todos os textos constitucionais, inclusive no brasileiro.

Com efeito, desde a antiguidade a igualdade é objeto de estudo pelos filósofos. Entre os pré-socráticos a idéia de igualdade já era presente, e essa igualdade foi posteriormente reconhecida pelo Cristianismo, que a entendia como princípio basilar

da existência humana. Foi, no entanto, com Platão, e, posteriormente, com seu discípulo Aristóteles, que a igualdade mereceu maiores desenvolvimentos, embora presente nos escritos desses pensadores a idéia de uma desigualdade natural que permitia a exclusão, *a priori*, de alguns seres humanos, que não eram considerados cidadãos, categoria só integrada pelos cidadãos livres e pertencentes à *polis*.

Como conseqüência necessária do direito natural, a igualdade natural do homem é também afirmada, mais adiante, nos grandes textos jurídicos de Roma e na doutrina dos Padres da Igreja, embora o fossem assim considerados apenas perante Deus. A partir da Idade Média desenvolve-se a idéia de que a igualdade deveria estar associada à generalidade da lei, afastando-se a concessão de privilégios, embora alguns continuassem admitindo que a lei persistia sendo genérica, ainda que se aplicasse apenas a um grupo ou classe de indivíduos.

Já no século XVIII, Rousseau, sob a inspiração iluminista, cujos ideais viriam a ser proclamados na Revolução Francesa de 1789, em oposição a Aristóteles, mostra-se contrário à escravidão, assinalando que nenhum homem tem autoridade natural sobre os seus semelhantes e que todos os homens são livres e iguais, sendo as desigualdades nascidas das convenções estabelecidas por eles próprios.

O pensamento desse filósofo influenciou, posteriormente, os movimentos revolucionários que ocorreram no século XIX na América do Norte e na França, que deram origem a um elemento capital da política moderna, o constitucionalismo, que acolheu a idéia de uma igualdade de todos perante a lei, de índole puramente formal, representativa e formalizadora da negação de privilégios, anteriormente existente.

É nesse contexto, portanto, que se dá a constitucionalização do princípio da igualdade, que, no Brasil, ocorreu pela primeira vez na Constituição do Império, em 1824, e hoje encontra-se esculpido no art. 5.º da Constituição Federal vigente.

Paulatinamente, porém, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido e desprovido das oportunidades

que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados, impondo-se, pois, a discussão de novas ferramentas e novos métodos que colocassem os primeiros no mesmo nível de partida, surgindo, daí, a necessidade de adoção de uma nova perspectiva de análise do princípio da igualdade, que levasse em consideração sua dimensão material.

Além do princípio da igualdade, outros mecanismos que podem ser utilizados para a diminuição das desigualdades sociais são os (demais) direitos fundamentais e as ações afirmativas. Estas surgem com a constatação da fragilidade e da insuficiência da natureza puramente formal do princípio da igualdade, e constituem importante instrumento de concretização da igualdade material, uma vez que realizam a igualdade de condições na busca do bem comum prometido pelo Estado social.

Tal característica motivou a realização deste estudo, cujo objetivo é analisar as denominadas políticas ou medidas de ações afirmativas, tendo em vista que constituem uma importante ferramenta para a superação da igualdade meramente formal e representam um momento de superação e de transição dessa espécie de igualdade para a igualdade material ou substancial.

Para a elaboração do trabalho, optou-se por um procedimento metodológico centrado em pesquisa bibliográfica capaz de dar conta da análise proposta. O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro deles cuida da doutrina constitucional dos direitos fundamentais, o segundo, do direito fundamental à igualdade e o terceiro, das ações afirmativas.

No Capítulo 1, destinado ao estudo dos direitos fundamentais, são abordados os seguintes temas, em tópicos separados: a relação do Estado com os direitos fundamentais, alguns aspectos conceituais dos mesmos, no qual se procurará delimitá-lo ante a algumas figuras afins, as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, sua classificação funcional, bem como sua estrutura normativa a partir da distinção entre princípios e regras, espécies do gênero normas.

Já na abordagem do direito fundamental à igualdade, no Capítulo 2, faz-se uma incursão sobre o conceito de igualdade em Aristóteles, a quem é atribuída a célebre frase "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", e são

objetos de reflexões, ainda, a origem das desigualdades entre os homens na visão de Jean-Jacques Rousseau e a positivação dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade nos textos constitucionais. Ainda nesse capítulo está demonstrado que a igualdade formal e a não-discriminação são revelações do aspecto negativo-subjetivo do princípio da igualdade, bem como o importante papel das ações afirmativas como instrumento de realização do aspecto material ou substancial desse princípio.

O último Capítulo está destinado exclusivamente ao tratamento das ações afirmativas. Aspectos como sua conceituação, as experiências dos Estados Unidos, do Brasil e de outros países no tocante às ações afirmativas são tangenciados, assim como a configuração dada pela ONU para essas medidas.

Encerra-se a dissertação com um elenco de pontos conclusivos que emergiram da análise.

CAPÍTULO 1

A DOCTRINA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Sarlet¹, a contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Os direitos humanos², à medida em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a reforçar a estrutura básica do próprio Estado, o qual experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa humana. Flávia Piovesan³ menciona que o valor da dignidade da pessoa humana, ineditamente elevado a princípio fundamental pelo artigo 1.º, III, da Constituição Federal⁴, impõe-se como núcleo básico e informador do nosso ordenamento jurídico, como critério de valoração, interpretação e compreensão de todo o sistema constitucional.

Canotilho e Moreira⁵, discorrendo sobre a nossa Constituição da República, destacam que a adoção do denominado Estado Democrático de Direito pela Constituição

¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.12.

²Na visão de Sarlet, os direitos humanos referem-se a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional. Adiante, far-se-á, de forma sucinta, uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

³PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2.ed. , rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. p.44.

⁴Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p.63.

brasileira atual não se trata de mera opção terminológica, acrescentando apenas a qualificação democrática ao Estado de Direito já definido em Cartas que antecederam a vigente. A preocupação de qualificar o Estado de Direito decorre seguramente do propósito de não deixar que este, isoladamente considerado, pudesse ser adotado com um sentido puramente formal, numa perspectiva a-democrática se não mesmo adversa à democracia, como já ocorreu em tempos passados.

A adição da qualificação democrática ao Estado de Direito não significa que as características tradicionalmente associadas a este conceito desaparecem. Significa, distintamente, que tem de ser vislumbradas de forma específica, devendo ser unificadas por esse critério, apontando, em suma, para a realização de uma democracia de cunho material.⁶

É importante salientar que o Estado social contemporâneo difere daquele Estado liberal clássico. Houve uma sensível evolução do Estado tradicional anteriormente vivenciado, que era mero coadjuvante ideário liberal, para o Estado ativamente administrador, elaborador e executor de programas de ação social. O papel do Estado, aqui, é aquele próprio de um agente ativo, atuante, que se movimenta sempre com os olhos voltados para a realização do homem. Transita-se da finalidade de mera conservação para a de transformação efetiva da sociedade.

O Constitucionalismo social, objetivando possibilitar o exercício dos direitos fundamentais, faz a Constituição evoluir da retórica dos direitos individuais para a adoção efetiva de preceitos garantidores da operacionalidade de tais direitos.

Sob o constitucionalismo liberal conferiam-se direitos aos indivíduos de modo que pudessem opor-se à interferência estatal relativamente a tais direitos. No constitucionalismo contemporâneo, além dessas liberdades, confere-se às pessoas a possibilidades de exigir do Estado certas prestações positivas, com atuação

⁶Trata-se de direitos assentados no ideário da igualdade, que demandam prestação positiva por parte do Estado.

concreta e específica, que, segundo Alexy⁷, são mandatos de proteger ou promover algo. Abandona-se relativamente aos direitos individuais a pretensão de omissão do Estado, sendo-lhe imposta proibição de omissão.

Steinmetz⁸ destaca que as constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1998, consagraram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegida uma relação de harmonia.

Sarlet enfatiza que:

além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional, sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente de acordo com a expressão do artigo 5.º, II da Carta Magna, foi cancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.⁹

Em que pese o regime constitucional dos direitos fundamentais ser estabelecido a partir do catálogo constitucional, pode-se afirmar, como faz referido autor, que o rol de direitos fundamentais não se esgota nas normas contidas no Título II já referido, havendo direitos fundamentais escritos e expressos fora do referido catálogo constitucional.

⁷ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.419. Alexy observa que *"Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo em sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidos en el status positivo em sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado em un sentido amplo"*.

⁸STEINMETZ, Wilson. A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.36.

⁹SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.97.

O relacionamento de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional decorre da expressa disposição do parágrafo 2.º do art. 5.º da Constituição Federal:

§ 2.º os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁰ ressalta que a garantia de liberdade do indivíduo, cujo valor os direitos fundamentais pretendem assegurar¹¹, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. De outro ângulo, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade.

Poder-se-ia objetar que o Estado contemporâneo, aqui compreendido tanto o Estado social quanto o Estado Democrático de direito, volta sua feição transformadora somente para os chamados direitos sociais, e que o Estado liberal clássico, com o arquétipo tradicional, já disporia satisfatoriamente acerca dos denominados direitos civis (ou direitos de liberdade e direitos de defesa). Entretanto, não se poderia admitir que o constitucionalismo contemporâneo não se tivesse voltado aos direitos individuais ditos de primeira dimensão. Ao contrário, sua enumeração não só se viu avolumada como, por outro lado, suas garantias foram grandemente robustecidas.

Não se pode negar, entretanto, que a pretensão à omissão ainda é prevalente. Todavia, é certo que se faz presente também a proibição de omissão, no sentido de fazer valer o acesso aos direitos e às garantias fundamentais.

Isso pode ser verificado quando, por exemplo, no plano da função legislativa, se observa a inversão ocorrida na relação lei *versus* direitos fundamentais. Nessa hipótese, segundo a doutrina inicial, estes somente tinham validade no âmbito

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

¹¹Não se quer dizer, de forma alguma, que apenas a liberdade do indivíduo é tutelada via direitos fundamentais. O que se faz é citá-la exemplificativamente.

daquela. Hodiernamente, porém, aquela (lei), é que a estes se subordina (lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais).

Quando se tem em mira a função jurisdicional do Estado, constata-se o afirmado com facilidade, podendo ser tomado como exemplo bastante simples aquele de que a atual Constituição impõe aos julgadores obrigação de não se omitirem, em seus atos decisórios, no tocante ao seu dever de fundamentação. Vale dizer, a Carta proíbe a omissão: os atos decisórios devem ser motivados.

Uma vez abandonada a teoria acerca da gênese dos direitos fundamentais, no sentido de que estes se expressam como autolimitação do poder do próprio Estado situando-os no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo, parece improvável que, volvendo do modelo liberal para o assistencial, nada se teria alterado no tocante aos direitos civis. Ora, robustecida pelo Estado a autolimitação no tocante aos direitos sociais, é óbvio que ao menos algum resquício deve projetar-se no campo daqueles outros direitos.

É sabido que, pela imprescindibilidade de materialização da democracia, a adoção do Estado Democrático de Direito não pode ficar circunscrita ao texto da Constituição. A elaboração das normas infraconstitucionais e sua posterior aplicação é que demonstram a efetividade da transição ou, distintamente, a resistência em aceitá-la.

Mendes¹² enfatiza que a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de o eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Salienta-se que, embora o contexto constitucional brasileiro tenha indicado a alteração de posição (o velho e arcaico Estado liberal abandonado e substituído pelo Estado Democrático de Direito), nossa realidade concreta, contudo, contempla

¹²MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit., p.12.

um exército de excluídos da comunidade política, e até mesmo alijados dos direitos mais elementares do homem.

Canotilho¹³ lembra, por exemplo, que malgrado a previsão pela Carta da aplicabilidade imediata de preceitos regentes de direitos e garantias fundamentais a oferecer oportunidade ímpar para a concretização do Estado Democrático de Direito, essa mudança, todavia, ainda não ocorreu plenamente. Ao contrário, o legislador ainda olvida o conjunto de normas contido no texto constitucional, que densifica a idéia de sujeição do Poder Legislativo às normas nele estabelecidas, seja nos princípios, seja nas regras jurídicas, garantindo ao cidadão, entre outras coisas, a tutela da liberdade, da igualdade e dos demais direitos fundamentais.

Conclui-se este tópico referente ao Estado observando que, com a adoção do Estado Democrático de Direito (como expressão do Estado contemporâneo), as funções do Poder assumem papel distinto. O Estado Democrático de Direito não é equivalente exato do Estado Social. Isso porque o qualificativo democrático, mais abrangente, faz sentir seus reflexos na busca da materialização da democracia também no âmbito da realização dos direitos fundamentais.

1.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde a concepção original dos direitos fundamentais, coincidente com o auge do ideal burguês de sociedade, muitas foram as modificações sofridas pelo conceito desses tais direitos. Se, em um primeiro momento, eram direitos fundamentais tão-só a vida, a liberdade e a propriedade – de modo a restar delimitada uma esfera de atuação pessoal onde seria impossível imiscuir-se o Estado – em tempos posteriores veio a alargar-se e, até mesmo, modificar-se a concepção que informara os ideais iluministas sobre a conceituação dos direitos fundamentais.

¹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1994. p.79.

Essas modificações históricas do conceito tornam difícil delimitá-lo ainda nos dias de hoje¹⁴, já que a própria expressão "direitos fundamentais" não é única, tendo sido apenas uma das expressões utilizadas ao longo dos anos para expressar o que hoje entendemos como direitos fundamentais. Nesse diapasão, antes de se tentar conceituar os direitos fundamentais, faz-se mister fixar o significado das outras expressões utilizadas, equivocadamente, para representar os direitos fundamentais.

Dentre as expressões mais utilizadas, cumpre analisar com maior acuidade as seguintes: *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos da personalidade e situações funcionais*.

A expressão *direitos naturais* implica reconhecer uma gama de direitos que são ínsitos à raça humana, existentes em qualquer circunstância, para qualquer indivíduo, pela simples humanidade deste. Tais direitos seriam decorrência lógica da razão humana, conseqüência da natureza das coisas. Conquanto teses como essa tenha vicejado, hodiernamente não se mais aceita a idéia de que os direitos são simplesmente naturais. Entende-se, pois, que se tratam os direitos fundamentais de direitos positivos, historicamente plasmados, pela vontade popular, nas ordens jurídicas nacionais.¹⁵

¹⁴José Afonso da Silva, cômscio desta dificuldade, faz o seguinte comento: "A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem." (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.175). Jorge Miranda, por sua vez, ressalta a importância de se distinguir os direitos fundamentais das outras figuras afins: "O cotejo com outras designações, algumas das quais ainda freqüentes, mostra as vantagens do termo direitos fundamentais e aponta, ao mesmo tempo para certas distinções que importa salientar para banir quaisquer equívocos." (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v.4. p.52).

¹⁵Se, por um lado, não mais se aceita uma concepção absolutamente naturalística para explicar os direitos fundamentais, não há, também, a total aceitação de que os direitos advêm somente do Estado. A concepção kelseniana, que tinha os direitos como permissões feitas pela ordem jurídica aos particulares, foi deveras relativizada. José Afonso da Silva afirma, quanto aos direitos fundamentais, que "sua historicidade repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo". (**Curso de direito...**, op. cit., p.176).

Também é utilizada a expressão *direitos humanos*, mormente nos tratados internacionais. Ingo Sarlet¹⁶ procura esclarecer a distinção entre as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", mencionando que o primeiro refere-se àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado, enquanto o outro diz respeito àqueles direitos previstos em documentos internacionais, que se referem a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, possuem valor universal. Contra tal expressão objeta-se, ainda, o fato de que não faz sentido imaginar direitos que não sejam humanos, já que estes são, por excelência, os titulares de direitos.¹⁷

Direitos individuais é outra expressão que não se confunde com o atual conteúdo dos direitos fundamentais. Embora de início os direitos fundamentais pudessem ser confundidos com os direitos individuais, já que a gênese de ambos encontra-se no iluminismo, os direitos fundamentais devieram maiores que os direitos meramente individuais, albergando direitos coletivos e difusos. Hoje, pois, apenas os direitos fundamentais de 1.^a dimensão, como a liberdade, a vida e a propriedade, podem ser classificados como direitos individuais.

O referir-se a *direitos públicos subjetivos* também encontra nascedouro nas concepções individualistas do iluminismo. Jorge Miranda¹⁸ conceitua os direitos públicos subjetivos diferenciando-lhes claramente a abrangência da dos direitos fundamentais:

Direitos subjectivos públicos significam direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito privado. Ora, esta simetria poderia inculcar identidade de natureza – quando *a priori* nada a justifica, quando se apresenta extremamente heterogênea a estrutura dos direitos das pessoas garantidos pela Constituição e quando, no mínimo, se afigura duvidosa a qualificação de alguns como direitos subjectivos. Por outro lado, seu âmbito abrange muito

¹⁶SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.33.

¹⁷Digna de menção a tendência de se criar direitos cujos titulares sejam os animais; direitos especiais de proteção dos animais (SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.33).

¹⁸MIRANDA, op. cit., p.52.

mais do que só aquele que nos propomos no presente volume. Abrange não só situações jurídicas activas das pessoas frente ao Estado, como situações funcionais inerentes à titularidade de cargos públicos (...); abrangem situações que cabem no Direito administrativo, no tributário ou no processual (...); e inclui ainda direitos de entidades públicas, enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas, de relações jurídico-financeiras ou de outras relações de Direito público interno. Todas estas razões desaconselham, evidentemente, o emprego do termo direitos subjectivos públicos como sinónimo ou em paralelo a direitos fundamentais.¹⁹

Muitos dos chamados *direitos da personalidade*, expressão também correlata a direitos fundamentais, adquiriram relevância constitucional, principalmente a partir do momento em que a Carta de 1988 instaura, como um dos princípios estruturantes da sociedade brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana. Isto não faz com que se possa, contudo, verificar a total identidade entre *direitos da personalidade* e *direitos fundamentais*. Isso porque nem todos os direitos fundamentais são *direitos da personalidade*, como é o caso do próprio direito de acesso aos tribunais, citado como exemplo por Jorge Miranda.²⁰

Por fim, também as chamadas situações funcionais não se confundem com os direitos fundamentais. As primeiras são caracterizadas como "as situações jurídicas, activas e passivas, dos titulares dos órgãos e, porventura, de certos agentes do Estado e de qualquer entidade pública enquanto tais"²¹. Essas situações funcionais outorgam-se não aos indivíduos, mas sim aos órgãos. No vocabulário de Jorge Miranda, no primeiro caso estão presentes situações jurídicas de membros do Estado-poder, enquanto no segundo caso têm-se de situações jurídicas de membros do Estado-comunidade.

Assim, tendo sido apontados quais os conceitos que não se enquadram na noção de direitos fundamentais, é possível, *a contrario sensu*, delimitar o conceito de *direitos fundamentais*.

¹⁹MIRANDA, op. cit., p.52.

²⁰MIRANDA, op. cit., p.52.

²¹MIRANDA, op. cit., p.52.

De modo bastante genérico, os direitos fundamentais podem ser traduzidos como as "posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas assentes na Constituição".²²

Não obstante sua correção, a definição citada não reflete o conceito de direitos fundamentais de maneira completa, já que tem em vista somente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, considerando-os, tão-somente, em sua relação com os sujeitos de direito. Como se verá doravante, não é somente na esfera subjetiva que se encerra a significância dos direitos fundamentais. Há, também, uma dimensão objetiva de tais direitos, que deve ser levada em consideração quando se os estuda.

1.3 AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, a idéia de direitos fundamentais ligava-se, precipuamente, ao indivíduo, confundindo-se com a noção de direitos meramente subjetivos,²³

²²MIRANDA, op. cit., p.52.

²³Interessante de mencionar-se a reflexão trazida por José Afonso da Silva que, ao diferenciar os conceitos de direitos fundamentais e direitos públicos subjetivos, explica claramente o porquê de não se poder ter as expressões citadas como sinônimas: "Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. Neste sentido, seu exercício ou não, depende da simples vontade do titular, que deles pode dispor como melhor lhe parecer, até mesmo renunciá-los ou transferi-los, além de serem prescritíveis, situações essas incompatíveis com os direitos fundamentais do homem. Cunhou-se, depois, a expressão direitos públicos subjetivos para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do Direito Positivo. A figura do Direito Público Subjetivo, [alerta Perez Luño com razão] é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o liberal, e a umas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social de nosso tempo. Entendida como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos. Pois, ainda na lição do citado autor, tudo aquilo que, para a ideologia liberal, aparecia como direitos públicos subjetivos, ou como esferas de atividade privada contraposta à atividade pública, ou como liberdades limitadoras do poder, passa a ser considerado, sob o prisma do Estado Democrático de Direito superador da involução do Estado Social de Direito, como momentos do próprio poder a este coexistencial, não a ele contraposto. Cumpre, no entanto, advertir, para recusar razão a uma corrente reacionária que nega valor jurídico eficaz aos enunciados dos direitos fundamentais, neles vendo apenas um valor moral, que a eles se aplica a expressão direitos subjetivos sem importar com o qualificativo de privado ou público, quando ela é empregada no

caracterizando-se, os primeiros, como barreiras impostas ao Estado em relação ao campo de atuação dos indivíduos. Em última análise, os direitos fundamentais dessa época podem todos ser reduzidos à mesma base comum, qual seja a construção teórica iluminista de Estado.

Essa concepção individualista dos direitos fundamentais, que só lhes reconhece o caráter subjetivo, não mais se justifica a partir do momento em que se reconhecem os reflexos coletivos da instituição de tais direitos. Há, pois, uma relação de complementaridade entre o individual e o coletivo, que se traduz, nos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, no seguinte:

na realidade, ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas, associadas a concepções atomísticas da sociedade, é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo quanto para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.²⁴

A partir da constatação dessa dupla ótica, sob a qual podem ser analisados os direitos fundamentais, é possível reconhecer-lhes duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva.²⁵ Quer-se atentar, principalmente, para o fato de que as descrições

sentido de direitos oponíveis ou exigíveis, isto é, quando considerada situação jurídica subjetiva de vantagem, dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular. Direito subjetivo no sentido de permissão concedida pelo Direito constitucional objetivo ao homem". (**Curso de direito...**, op. cit., p.176-177). O raciocínio empreendido pelo autor é perfeito no que tange à diferenciação entre direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais. Presta-se, também, a demonstrar como se pode, a partir da noção de direitos públicos subjetivos, caracterizar uma esfera subjetiva dos direitos fundamentais, cujo conceito coincide com aquele outro apresentado por Jorge Miranda (nota 8). O que falta é, justamente, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a que nos propomos no presente capítulo.

²⁴ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001. p.110.

²⁵O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é o mero reconhecimento de que os tais direitos devem estar insculpidos em uma norma objetiva. Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade ensina: "Quando se declara que os direitos fundamentais não constituem hoje apenas direitos subjectivos, mas também direito objectivo, não se quer certamente com isto significar, tão só que as posições jurídicas subjectivas implicam um preceito de direito objectivo que as contenha: isso seria afirmar uma banalidade." (op. cit., p.110).

individualistas dos direitos fundamentais não são mais suficientes para entendê-los em sua inteireza.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é analisada a partir da própria idéia de direito subjetivo, sendo este entendido como a prerrogativa de o indivíduo de realizar, efetivamente, interesses que uma dada norma jurídica lhe reconhece como próprios. Dentro dessa dimensão subjetiva, é possível dar aos direitos fundamentais os seguintes predicados: individualidade, universalidade, permanência e, por óbvio, fundamentalidade.

Primeiramente, os direitos fundamentais, em sua esfera subjetiva, podem ser caracterizados como individuais, na medida em que podem referir-se a seres humanos, individualmente considerados. Assim, conquanto possam haver hipóteses em que os direitos fundamentais não se refiram a um indivíduo²⁶, tão-somente, a rigor devem ser considerados como direitos individuais, assentes na dignidade da pessoa humana, que pressupõe a individualização do ser.

Quanto à universalidade, empresta-se tal adjectivação aos direitos fundamentais – em sua esfera subjetiva – haja vista que tais direitos são *direitos de igualdade*, não sendo regalias jurídicas outorgadas a um punhado de indivíduos; são direitos que valem, indistintamente, a todos os cidadãos.²⁷

²⁶José Carlos Vieira de Andrade enumera hipóteses em que a individualidade, ínsita aos direitos fundamentais, não parece tão-evidente. É o caso dos direitos de exercício coletivo, dos direitos das pessoas coletivas, os direitos fundamentais naturalmente coletivos e dos direitos de grupos. Contudo, após a análise de todas estas situações, o autor referido conclui pela individualidade dos direitos fundamentais, afirmando: "Podemos, assim, concluir que os direitos subjectivos fundamentais representam posições jurídicas subjectivas individuais, embora em alguns casos, e em certos aspectos eles possam ser directamente encabeçados por pessoas colectivas privadas ou organizações sociais – neste caso estamos perante direitos subjectivos fundamentais por analogia, que devem ser considerados direitos fundamentais 'atípicos' ou 'impróprios'". (op. cit., p.129).

²⁷Mais uma vez, José Carlos Vieira de Andrade analisa supostas exceções à universalidade, consubstanciadas nos direitos outorgados somente a nacionais – excluindo apátridas e estrangeiros – nos direitos cujo gozo exige a maioria e nos direitos sociais específicos de algumas classes (op. cit., p.131-135).

A característica da permanência dá aos direitos fundamentais a idéia de perpetuidade, em oposição à efemeridade. São, pois, os direitos fundamentais instituições sólidas, postas na ordem jurídica sem prazo de validade, podendo viger *ad aeternum*, se assim for a vontade da coletividade.

Por fim, quanto à fundamentalidade, está ela assentada na essencialidade, na extrema importância dos direitos que, por tais características, denominam-se fundamentais. É de José Carlos Vieira de Andrade a seguinte explanação:

Os direitos subjetivos fundamentais têm de ser, ainda, como o nome exige, fundamentais. Referimo-nos aqui, naturalmente, à fundamentalidade do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.²⁸

Embora ocupe posição de destaque na compreensão e descrição dos efeitos jurídicos que decorrem da enunciação dos direitos fundamentais, sua dimensão subjetiva não é suficiente para explicar todas as conseqüências jurídicas citadas, como já foi mencionado. Daí, pois, a necessidade de se reconhecer a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, capaz de albergar os efeitos jurídicos que escapam à sua dimensão subjetiva.

Ingo Sarlet, a respeito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, assinala que

os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas (...), além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Nuño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais...²⁹

²⁸ANDRADE, op. cit., p.136.

²⁹SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.140.

De acordo com esse autor, a todo direito fundamental subjetivo – de defesa do indivíduo contra o Estado – corresponde sua condição, como direito objetivo, de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade do cidadão encontra-se subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais. Cuida-se apenas de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado, sendo, portanto, uma função objetiva reflexiva de direitos subjetivos. Isso, porém, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, que é uma esfera de desenvolvimento de novos conteúdos dos direitos fundamentais, como um reforço ou complementação de sua eficácia normativa, o que enceta vários desdobramentos.

O primeiro desdobramento do reconhecimento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais refere-se à sua eficácia irradiante, no sentido de que os direitos fundamentais, na condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, como modalidade semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição. Associada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a controvertida problemática da sua eficácia na esfera privada, decorrente da idéia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também nas relações privadas, não se constituindo direitos oponíveis apenas aos poderes públicos.

Outro desdobramento do dever geral de efetivação atribuído ao Estado tem relação direta com o dever de proteção do Estado a estes direitos. A ele incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados.

Um último, mas especialmente importante desdobramento do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais seria a função outorgada a esses

direitos sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de instituições estatais e procedimentos tendentes a promover a concretização dos mesmos.

O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, capaz de traduzir os efeitos jurídicos da instituição dos direitos fundamentais que não são alcançados pela esfera subjetiva, portanto, leva, necessariamente, ao questionar se, cabendo ao Estado certa tarefa constitucionalmente imposta, tem o cidadão o direito fundamental de ver essa tarefa cumprida. Dentre os vários exemplos trazidos por José Carlos Vieira de Andrade, dignos de menção são os seguintes:

Se o particular tem direito a aceder aos tribunais administrativos contra comportamentos ilegais da administração que os lesem na sua esfera jurídica, pergunta-se se os particulares não terão direito a que o legislador regule o processo e o juiz aplique as normas legais em termos de assegurar a protecção efectiva dos seus direitos; e se os direitos fundamentais constituem valores comunitários que constituem padrões normativos também para as relações privadas, não terão os indivíduos um direito a que os poderes públicos assegurem, ao nível legislativo, administrativo e judicial, o cumprimento desses valores, por exemplo, nas relações de trabalho, na prestação de serviços essenciais, nos contratos de adesão?³⁰

O surgimento desses direitos a prestações é o corolário de uma "re-subjetivação" das dimensões objetivas, ou seja, a partir dos efeitos objetivos da enunciação de certos direitos fundamentais, constroem-se direitos subjetivos. Assim, ao lado dos tradicionais direitos subjetivos, que podem ser entendidos como direitos a ações negativas do Estado – já que se caracterizam como limites ao agir estatal – são inseridos direitos a prestações positivas do Estado, cujo nascedouro está, justamente, nos efeitos da consagração dos direitos fundamentais, contidos em suas dimensões objetivas.

Nesse diapasão, abeberando-se no raciocínio de Alexy, podem ser vislumbradas duas espécies de direitos fundamentais: os direitos fundamentais a uma prestação negativa do Estado – ou, ainda, direitos de defesa – e os direitos

³⁰ANDRADE, op. cit., p.138.

fundamentais a uma prestação positiva do Estado.³¹ Os primeiros correspondem à esfera subjetiva dos direitos fundamentais; os segundos, à esfera objetiva.

No caso dos direitos fundamentais a uma ação negativa, tem-se que o cidadão possui o direito fundamental de um *non facere* estatal, ou seja, de uma abstenção do Estado. No dizer de Ingo Sarlet, "de acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado e sua liberdade pessoal e de propriedade"³². Tais direitos, por conseguinte, implicarão a delimitação de uma área de atuação do indivíduo, dentro da qual é defeso ao Estado agir.

Robert Alexy³³ divide esses direitos a ações negativas em: direitos ao não impedimento de ações,³⁴ direitos à não afetação da propriedade ou de situações jurídicas³⁵ e direitos à não eliminação de posições jurídicas.³⁶ Tais categorias de

³¹Robert Alexy traz a seguinte conceituação, de forma elucidativa: "*Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto.*" (ALEXY, op. cit., p.419). Sérgio Moro adota a mesma classificação trazida por Alexy (in MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.104-110).

³²SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.167.

³³ALEXY, op. cit.

³⁴Alexy enuncia genericamente tal espécie de direito da seguinte forma: "*a' tiene frente al Estado un derecho a que este no le estorbe la realización de la acción h*". (ALEXY, op. cit., p.191). Na verdade, o "estorvar" estatal pode, segundo o autor, manifestar-se de maneiras diversas. Assim, pode o Estado estorvar uma ação do particular impedindo-a ou dificultando-a, sendo vários os graus de intensidade em que pode se manifestar tal impedimento ou dificuldade. Ainda, além de impedir uma certa ação pela proibição, o Estado pode torná-la juridicamente impossível.

³⁵Quando se fala em propriedade, não se refere ao direito de propriedade, mas sim a uma situação estável em que se encontra o sujeito de direito. Robert Alexy traz os seguintes comentários: "*Ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio.*" (ALEXY, op. cit., p.192).

³⁶O direito fundamental à não eliminação de posições jurídicas, segundo Alexy, manifesta-se, genericamente, na seguinte equação: "*a' tiene frente al Estado un derecho a que este no elimine la posición jurídica PJ de 'a'*". O autor explica que "*una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas*". (ALEXY, op. cit., p.194).

direitos encerram-se na esfera subjetiva dos direitos fundamentais, na medida em que exigem que o Estado permaneça inerte. Além dessas categorias de direitos, pode ser considerada como direitos de defesa a maior parte dos direitos políticos, das garantias fundamentais e dos direitos sociais, alguns já contemplados no primeiro catálogo.³⁷ São direitos cuja realização não exige a intervenção do Estado e sim a sua não intervenção.

Os direitos a ações positivas, por sua vez, são conceituados de maneira diametralmente oposta aos direitos a ações negativas, como demonstra a própria nomenclatura. Robert Alexy³⁸ exemplifica a dúplice existência de um direito a uma prestação negativa do Estado em um mesmo dispositivo que alberga um direito fundamental a uma prestação positiva. Tal dispositivo é o art. 2.º, § 1.º, da Constituição Federal Alemã, que garante, tanto positiva quanto negativamente, o direito à vida, na medida em que proíbe o assassinato organizado pelo Estado – implicando um *non facere* estatal –, mas também exige que o Estado tome medidas efetivas para proteger a vida contra *intervenções arbitrárias de terceiros*.

Alexy divide os direitos a ações positivas do Estado em direitos a ações fáticas e direitos a ações normativas. Contudo, tal classificação pode, ainda, ser complementada pela divisão das classes apontadas em direitos fundamentais de proteção³⁹, direitos fundamentais à organização e ao procedimento⁴⁰ e os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais⁴¹. Nesse ponto, a classificação de Alexy aproxima-se daquela adotada por José Carlos Vieira de Andrade para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que se

³⁷Essa é a posição de Ingo Sarlet (**A eficácia...**, op. cit., p.169).

³⁸ALEXY, op. cit., p.188.

³⁹ALEXY, op. cit., p.435.

⁴⁰ALEXY, op. cit., p.435.

⁴¹ALEXY, op. cit., p.482.

manifestam as garantias institucionais⁴², o dever estadual de proteção⁴³, as normas de organização e processo⁴⁴ e os direitos a prestações estatais⁴⁵.

Feitas tais observações sobre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, torna-se importante, ainda, apresentar uma classificação funcional de tais direitos.

1.4 CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se observar, na doutrina, diversas classificações engendradas pelos diferentes autores. Canotilho⁴⁶, tendo por objeto de estudo a Constituição e a Teoria Constitucional Portuguesa, afirma que, quanto às funções, os direitos podem ser divididos em quatro grandes grupos: funções de defesa ou de liberdade; funções de prestação estatal; função de proteção mediante terceiros⁴⁷ e função de garantia de participação⁴⁸; Neste trabalho, serão analisadas apenas as duas primeiras classes acima mencionadas.

⁴²ANDRADE, op. cit., p.138.

⁴³ANDRADE, op. cit., p.141.

⁴⁴ANDRADE, op. cit., p.145.

⁴⁵ANDRADE, op. cit., p.150. Além desses efeitos constantes da dimensão objetiva, o autor citado ainda previu outros, como, por exemplo, a interpretação do direito ordinário sob a perspectiva dos direitos fundamentais (p.154).

⁴⁶CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit., p.401-406.

⁴⁷A função de proteção contra terceiro reside na idéia de que, enquanto muitos direitos fundamentais são oponíveis em face do próprio Estado, diretamente, outros, o são perante terceiros. Tais, porém, impõem um dever ao Estado no sentido de proteger perante terceiros os seus titulares. São exemplos o dever de proteger o direito à vida, a inviolabilidade do domicílio e o direito de associação. Nesses casos, a função de proteção perante terceiros obriga o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis, como, por exemplo, a regulação do casamento de forma a assegurar a igualdade entre os cônjuges.

⁴⁸A função de garantia de participação encerra uma concepção inovadora dos direitos fundamentais, aparece ligada à idéia de democratização da democracia, prestigiando a defesa dos direitos de participação dos cidadãos nas organizações para assegurar a transparência democrática e a relevância do procedimento como instrumento de legitimação. Como exemplo dessa função pode-se citar a participação dos cidadãos na gestão da coisa pública mediante inúmeros Conselhos (comunitários, a implementação do orçamento participativo, CNSS etc.).

Quanto às funções de defesa ou de liberdade, os direitos fundamentais, segundo o autor português, cumprem a função de defesa dos cidadãos sobre duas perspectivas, quais sejam: a) constituem, no plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo, impondo um não-fazer às ingerências estatais (ex.: vedação de veiculação de lei que venha eliminar o direito à livre manifestação) e b) implicam, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva – por exemplo: direito subjetivo de livre manifestação do pensamento) e de exigir omissões dos poderes públicos, para evitar agressões lesivas (liberdade negativa – exemplo: exercer o direito de livre manifestação do pensamento sem impedimentos ou discriminações por parte do poder público).

Tais funções, como se pode perceber claramente, ligam-se diretamente à esfera subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, aos direitos fundamentais a prestações negativas.

Quanto às funções de prestação estatal, pode-se dizer que se afirmam direitos originários a prestações quando, a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desse direito. Ocorre quando a garantia da proteção jurídica pressupõe uma atuação positiva dos poderes públicos. Ressalva-se, entretanto, que alguns dos direitos previstos no capítulo dos direitos econômicos, sociais e culturais são verdadeiros direitos, com a característica de poderem ser de pronto demandados (por exemplo, a liberdade de profissão e liberdade sindical), enquanto outros são direitos à prestação dependentes de uma atividade mediadora do próprio Estado.

Na realidade, verifica-se, de um modo geral, a divisão dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações. Ingo Sarlet, com efeito, sobre a classificação sob o ângulo funcional dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, afirma que

todas as formulações – e nisto reside sua maior vantagem – vieram, em nosso entender, ao encontro da necessidade de se enunciar uma proposta de classificação afinada com as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, evitando, de tal sorte, as desvantagens das demais classificações, que, neste aspecto, acabam pecando por sua incompletude. Além disso, a classificação de acordo com o critério funcional é suficientemente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo, bem como por propiciar elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.⁴⁹

Mais adiante, observa esse autor que as diferentes funções dos direitos fundamentais, ainda que nem sempre e não todas ao mesmo tempo, podem reunir-se na mesma norma que os consagra, sendo comum a própria convivência das perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva. Acrescentar mais de um critério de classificação nessas propostas, calcadas no parâmetro das funções, seja na qualidade de direito subjetivo, seja como decorrência da perspectiva objetiva, poderia colocar em risco a necessária elasticidade e o próprio rigor lógico e sistemático da classificação. Além do mais, torna-se imprescindível a advertência de que as categorias referidas no texto da Constituição, tais como direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos políticos etc., fatalmente restarão deslocadas na medida em que serão enquadradas sob outro critério.⁵⁰

E é exatamente por esses motivos que a classificação apresentada por Robert Alexy, no tocante às funções dos direitos fundamentais, converge e confere com as duas primeiras categorias daquela proposta por Canotilho: o autor germânico divide os direitos fundamentais, quanto ao aspecto da funcionalidade, em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações, de natureza fática ou jurídica. Os direitos prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos de prestações em sentido amplo, que englobam, a seu turno, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento, e em direitos a prestações em sentido

⁴⁹SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.162.

⁵⁰SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.165.

estrito, que correspondem às prestações sociais materiais, aplicando-se a ambos a distinção entre os denominados direitos originários e direitos derivados à prestação.

Schmitt⁵¹, por sua vez, enfatiza que as prestações positivas dirigem-se, com diferentes graus de eficácia: 1) aos órgãos governamentais competentes para revisar a Constituição; 2) aos órgãos competentes para editar leis infraconstitucionais e 3) às demais autoridades do Estado, sobretudo àquelas integrantes do Poder Executivo, exteriorizando o efeito vinculatório, complexo e totalizante que caracteriza esse instituto jurídico-constitucional.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma posição ativa dos poderes públicos.

Feita a menção à classificação funcional dos direitos fundamentais, cabe analisar, doravante, sob qual estrutura normativa apresentam-se tais direitos.

1.5 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Para que se possa chegar à estrutura normativa dos direitos fundamentais, faz-se mister perscrutar se tais direitos são esculpidos em normas-regra, normas-princípio, ou se, ainda, encontram-se enunciados por normas de natureza dual, que se

⁵¹SCHAFFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.56.

comportam tanto como regras quanto como princípios. Nesse diapasão, é imprescindível proceder-se à diferenciação entre regras e princípios.

Uma possível distinção entre regras e princípios – focando especialmente os princípios e regras constitucionais, pode ser encontrada na obra de J. J. Gomes Canotilho⁵², que se utiliza da tipologia regras e princípios para descrever o sistema encerrado pela Constituição Portuguesa. Afirma esse autor ser o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático português um sistema normativo aberto de regras e princípios. Tal afirmação também seria válida quanto ao sistema jurídico vigente no Brasil, expresso na Constituição de 1988. Mas o que significaria tal conceituação?

Trata-se de um sistema jurídico (1), pois é um sistema dinâmico de normas; é aberto (2), pois possui normas capazes de modificação, de acordo com as modificações no mundo fático, estando sempre atinentes aos conceitos de "verdade" e "justiça", em todas as suas possíveis acepções; é, também, um sistema normativo (3), porquanto objetive estruturar a sociedade e reger condutas, por meio de normas; por fim, é um sistema de regras e princípios (4), pois suas normas revelar-se-ão tanto como princípio quanto como regras.

A partir do momento em que temos um sistema composto por normas, as quais são o gênero de duas espécies, a saber, as regras e os princípios, é preciso fazer a distinção entre essas duas últimas. Para tal intento, o autor utiliza alguns critérios, como o grau de abstração, o grau de determinabilidade, o caráter de fundamentalidade, a proximidade da idéia de direito e a natureza normogênica.

Primeiramente, há de ser considerado o grau de abstração. Os princípios, por natureza, seriam mais abstratos que as regras, já que estas primam, ao menos idealmente, pela concretude. Quanto ao grau de determinabilidade, seriam os princípios sempre mais indeterminados que as regras, carecendo aqueles de "mediações" do juiz ou do legislador, para que alcancem sentido mais determinado;

⁵²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.375.

quanto a isso, as regras teriam aplicação direta, com menor grau de "intervenção" do juiz e do legislador na determinação do seu conteúdo.

A fundamentalidade dessas duas espécies de normas seria de graus diferentes. Enquanto os princípios são normas precípua em um sistema, as regras são ulteriores, de natureza não tão fundamental e sim específica.

Outra distinção que poderia ser feita, segundo o autor, seria quanto à proximidade do conceito de direito. Neste caso, entende-se serem os princípios mais próximos aos ideais que se buscam com o direito. Nas palavras de Larenz, seriam os princípios *standards*, padrões, enquanto as regras podem ser de conteúdo meramente formal, sem toda a carga axiológica que permeia, necessariamente, um princípio.

Finalmente, seriam os princípios normas de natureza normogênica, já que seu conteúdo informa as regras, ou seja, sobre a base dos princípios, constroem-se as regras.

Conforme menciona Alexy⁵³, com base nos critérios apresentados, pode-se defender três diferentes teses totalmente diversas quanto à distinção entre regras e princípios. A primeira, afirma que qualquer tentativa de proceder-se à distinção entre regras e princípios é vã, na medida em que os diversos critérios apresentados podem ser combinados de diferentes maneiras, nem sempre levando a resultados coerentes.

A segunda tese seria aquela que acredita na possibilidade de divisão das normas jurídicas entre regras e princípios, ressaltando, contudo, que tal divisão é apenas uma divisão de grau e não de qualidade. Segundo noticia Alexy⁵⁴, os partidários dessa tese dão especial importância ao critério que se vale do grau de generalidade das normas para distinguir entre regras e princípios; daí crerem haver apenas uma diferença de grau.

⁵³ALEXY, op. cit., p.419.

⁵⁴ALEXY, op. cit., p.87.

A terceira e última corrente, a que é esposada por Alexy, afirma que regras e princípios possuem diferenças não somente de grau, mas de qualidade. Para que se entenda tal tese, faz-se mister avançar mais nas explicações feitas pelo autor germânico, passando à conceituação de regras e princípios. É com base nessa tese que se explicará a estrutura dos direitos fundamentais.

Os princípios são fundamentalmente diferentes das regras não só pelo fato de encerrarem proposições mais gerais e abstratas, mas também pelo fato de serem mandados de otimização.⁵⁵ Com isso, quer se significar que os princípios ordenam que certa ação seja realizada na maior medida possível, ou seja, podem os princípios conter diferentes níveis de realização, que variam de acordo com as circunstâncias concretas. Isso faz com que os princípios sejam aplicados de maneira diferenciada, de acordo com o caso concreto, já que em cada caso será diferente o grau máximo de realização da imposição normativa, dependendo das circunstâncias fáticas.

Diferentemente dos princípios, as regras são normas que não comportam diferentes graus de realização. Assim, ou a regra é cumprida ou não é, não havendo diferentes possibilidades de cumprimento. Como afirma Alexy, nisto reside a diferenciação qualitativa entre regras e princípios:

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más, ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo factica e jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁵⁶

As diferenças qualitativas entre regras e princípios influem na resolução que se dá aos conflitos entre regras e princípios. De fato, como se verá, a resolução para a situação em que duas normas, quando aplicadas independentemente, gerem

⁵⁵Essa é a expressão que Paulo Roberto Cogo Leivas (LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre, 2002. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. p.18) utiliza para traduzir o mandato de 'optimización', trazidos na versão espanhola da obra de Alexy.

⁵⁶ALEXY, op. cit., p.88.

resultados opostos será diferente, quando tais normas forem princípios, do que quando forem regras.

As regras, na medida em que não admitem diferentes graus de cumprimento ou realização, só admitem duas soluções para os conflitos: i) imaginando-se as regras A e B, ter-se-á que a regra A é válida, o que gera a invalidade de B, ou vice-versa. Nestes casos, os conflitos de regras geralmente são resolvidos pelas regras tradicionais como *lex specialis derogat generalis* ou *lex posteriori derogat anteriori*; ii) em uma segunda hipótese, imaginando-se as mesmas regras A e B, insere-se em uma delas uma cláusula de exceção, que justamente afasta a aplicação do enunciado somente na hipótese da regra outra. Assim, teríamos que A deve ser, salvo na hipótese de B. Traduzindo o exemplo para termos práticos, Alexy⁵⁷ traz duas regras como exemplos: a primeira diz ser proibida a saída da sala de aula, antes do tocar do sinal de intervalo; a segunda afirma ser obrigatória a saída da sala de aula em hipótese de incêndio. Assim, dada uma situação em que se deflagrasse incêndio em sala de aula antes do sinal de intervalo, seriam os alunos obrigados a permanecer em sala até que batesse o sinal – por força da primeira regra – ou, ao contrário, deveriam eles sair da sala de aula imediatamente? Por evidente, que a segunda regra deve ser vista como a inserção de uma cláusula de exclusão na primeira, que passa a ter o seguinte enunciado: "É proibida a saída da sala de aula antes do devido sinal, salvo em caso de incêndio." Caso seja impossível inserir tal cláusula de exceção, uma das regras deve ser invalidada.

No caso da colisão de normas caracterizadas como princípios, a solução encontrada é diferente da solução para o conflito de regras. Como já visto, os princípios comportam diferentes níveis de realização ante o caso concreto, o que faz com que seja possível que um princípio prepondere em relação ao outro, sem que isso implique a invalidação do último. O que ocorre é que as circunstâncias que permeiam o caso concreto levam à preponderância de um princípio ou de outro.

⁵⁷ALEXY, op. cit., p.88.

Esto es lo quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.⁵⁸

Esta consideração da dimensão do peso está justamente na necessidade que tem o intérprete de, em um dado caso concreto, ponderar os princípios conflitantes, a fim de aferir-lhes o devido peso, ante o caso posto à sua apreciação.

Com isso, pode-se verificar que a decisão entre um princípio e outro, no caso concreto, está vinculada às condições fáticas e jurídicas que dão maiores peso a um princípio perante o caso concreto. Neste sentido, instaura-se entre os princípios conflitantes uma relação condicionada de precedência, na qual a precedência de um princípio sobre outro depende, necessariamente, das condições fáticas e jurídicas existentes no caso.⁵⁹

Dessa diferenciação feita entre os conflitos entre princípios e regras decorre o fato de tais tipos de normas possuírem um diferente caráter *prima facie*⁶⁰. Explica-se: como já foi mencionado, os princípios são mandados de otimização, ou seja, determinam que algo seja realizado com o maior grau possível, tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas. Neste sentido, não é correto afirmar que os princípios possuam mandados definitivos, mas somente mandados *prima facie*, já que a realização dos mandados contidos nos princípios depende das circunstâncias fáticas e jurídicas que podem determinar diferentes graus de realização de um princípio, ou a preponderância *in casu*, de um princípio sobre o outro. Assim, os

⁵⁸ALEXANDER, op. cit., p.89.

⁵⁹"La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente." (ALEXANDER, op. cit., p.92).

⁶⁰ALEXANDER, op. cit., p.90.

princípios dependem sempre do cotejo com os princípios opostos, de acordo com as possibilidades fáticas.

As regras, ao contrário, possuem, na maioria das vezes, mandados definitivos, ou, se não totalmente definitivos, ao menos em um grau maior do que os princípios. Só se entende que as regras não expressam mandados totalmente definitivos ante a possibilidade de inclusão, em uma regra, de uma cláusula de exceção, o que pode ocorrer, inclusive, pelo reconhecimento, ante o caso concreto, da preponderância de um princípio oposto ao princípio em que se apóia a regra.⁶¹

Feita a distinção entre regras e princípios, deve-se entender o porquê da instituição de ambas as espécies normativas. A seguir, pois, analisar-se-ão hipóteses de sistemas somente de regras e somente de princípios.

Caso houvesse um sistema somente de regras, prevaleceria a segurança jurídica, visto que todas as condutas e situações estariam regradas em um sistema fechado, imutável. Todavia, sem que os princípios pudessem flexibilizar tal sistema, o mesmo dificilmente estaria apto a regrar efetivamente uma sociedade que é, eminentemente e por sua própria natureza, mutável. Destarte, o engessamento do sistema, por fim, causaria sua ruína, ante a ineficácia de regrar o meio social.

Por outro lado, caso se concebesse um sistema formado de princípios apenas, não haveria segurança jurídica nenhuma. Temerosos estariam os destinatários de um sistema de normas totalmente aberto e mutável, que não obedecesse a regras determinadas, de modo que toda e qualquer situação por mais simples que fosse

⁶¹Nesses casos as regras adquirem, também, um caráter *prima facie*, o qual, entretanto, é oposto ao caráter *prima facie* inerente aos princípios. Paulo Roberto Cogo Leivas bem explica esta diferença: "Um princípio cede quando um princípio oposto no caso concreto possui peso maior. Uma regra, contudo, não cede quando o princípio oposto tem um maior peso do que o princípio que apóia a regra. Ademais, não podem ser olvidados os chamados princípios formais, que conferem mais força às regras ao estabelecer que as regras impostas por uma autoridade legitimada para isso têm de ser seguidas e não devem ser afastadas sem fundamento em uma prática transmitida. Somente se a tais princípios formais não se der nenhum peso, o que teria como consequência, segundo Alexy, o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*."

estaria sujeita à ponderação entre princípios fundamentais. Para Alexy, um sistema composto somente por princípios não leva suficientemente a sério a ordem constitucional.

Desse breve apanhado, conclui-se pela necessidade da coexistência de regras e princípios dentro de um sistema constitucional. Com o advento de regras e princípios, mantém-se a segurança jurídica, mas se adaptam as regras fixas à especificidade dos casos concretos, ponderando-se nestes os princípios que se adequam à situação proposta, sempre mantendo estreita relação com a "justiça" e o "direito", como conceitos primordiais, à medida que os princípios permitem respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.

Com a instituição dos princípios dentre as normas constitucionais, abre-se a possibilidade de que a Constituição realize-se de forma gradual, não perdendo sua "força normativa", mesmo perante as modificações ocorrentes no meio social. Destarte a compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica, quer se trate de um texto constitucional garantístico, quer se trate de um texto constitucional programático (ex.: Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988).

Os direitos fundamentais, justamente por estarem insertos no sistema constitucional, possuem uma estrutura dupla. Segundo Alexy⁶², tal caráter duplo manifesta-se quando na norma de direito fundamental se inclui uma cláusula restritiva, por força de um princípio oposto, havendo, pois, necessidade de ponderação.

Para explicar tal situação, esse autor utiliza um conceito da liberdade artística, que enuncia pela seguinte expressão: "A arte é livre." *Prima facie*, pode se traduzir tal expressão como: "Estão proibidas todas as intervenções do Estado no campo pertencente à arte." Se tal expressão fosse entendida como uma regra completa, implicaria um direito ilimitado, o que não pode proceder, na medida em que, dependendo do caso concreto, os princípios que se opõem à liberdade artística

⁶²ALEXY, op. cit., p.495.

podem prevalecer. Assim, impõe-se a inclusão de uma cláusula restritiva genérica, que pode ser expressa da seguinte forma:

Estão proibidas as intervenções do Estado em atividades que pertençam ao campo da arte, quando não são necessárias para o cumprimento daqueles princípios opostos, de cunho constitucional – que possam referir-se a direitos fundamentais de terceiros ou a bens coletivos – e que devido às circunstâncias do caso tenham precedência sobre o princípio da liberdade artística.

Esta, pois, a estrutura dos direitos fundamentais: possuem o caráter de regras, tendo em vista que se aplicam sem necessidade de serem ponderados em relação a outra norma. Entretanto, possuem também a característica de princípios, já que as cláusulas restritivas genéricas que se lhes inserem são baseadas em princípios contrapostos aos princípios que embasam os direitos fundamentais.

E é exatamente por essa perspectiva que se encontra a resolução dos conflitos entre princípios jusfundamentais opostos, cujo resultado é a criação de um enunciado não absoluto, mas limitado por uma cláusula restritiva. Tal cláusula restritiva faz com que, em determinadas condições, um dos princípios jusfundamental tenha preeminência sobre o outro. Instaura-se, pois, entre os princípios jusfundamentais, uma relação condicionada de precedência. Nesses casos, como bem afirma Paulo Roberto Cogo Leivas:

As circunstâncias do caso levarão a uma graduação da intensidade de intervenção e do grau de importância. Assim, sob certas circunstâncias, o princípio jusfundamental-social X terá um grau de importância leve, sob outras circunstâncias ele terá um grau grave. Do mesmo modo a intervenção nos princípios colidentes, v.g., no princípio democrático. Sob certas circunstâncias a intensidade de intervenção nesse será leve, sob outras poderá ser grave.⁶³

Dessa forma, para que haja um direito fundamental definitivo, há de se apresentar uma tal situação, na qual o grau da necessidade de satisfação do princípio jusfundamental seja mais grave que a intensidade da intervenção – ou avilte – que tal satisfação causa no princípio contrário.

⁶³LEIVAS, op. cit., p. 97.

Robert Alexy explica que:

De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuales son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros, pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y bienes colectivos.⁶⁴

A partir desse raciocínio, é possível definir quais direitos fundamentais pode o indivíduo ter, traçando-se regras gerais, que devem ser aplicadas aos casos concretos, nos quais será verificada a existência do direito fundamental. Assim, para que se caracterize uma prestação, baseada em um princípio jusfundamental como um direito fundamental definitivo, alguns requisitos devem estar presentes⁶⁵: i) a prestação deve ser urgentemente necessária, de modo que o seu não atendimento implique lesão ao princípio da liberdade fáctica; ii) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático, bem como os princípios que se opõem, na ordem constitucional, ao princípio que embasa a prestação jusfundamental-social, devem ser lesados em uma medida relativamente reduzida, de modo que seja razoável suportar a lesão a tais princípios, em prol da realização do direito fundamental.

⁶⁴ALEXY, op. cit., p.494.

⁶⁵ALEXY, op. cit., p.495.

CAPÍTULO 2

O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

2.1 O CONCEITO ARISTOTÉLICO DE IGUALDADE

A definição do conceito de igualdade, dado ser assunto de grande complexidade⁶⁶, foi objeto de estudo dos filósofos desde os tempos primitivos. Especialmente importantes, contudo, como ocorre com grande parte dos conceitos filosóficos, são as idéias primordiais sobre igualdade traçadas na antiguidade clássica.

Os estudos clássicos sobre o que seria igualdade remontam à fase dos filósofos pré-socráticos, estendem-se a Sócrates, Platão e Aristóteles, chegando, por fim, aos pós-socráticos. Neste sentido, noticia-nos Canotilho:

O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade material e da idéia de humanidade. "Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos" defenderá o sofista Antífon; "Deus criou todos os homens livres, a nenhum fez escravo", proclamava Alcidas. No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um nomos unitário que os converte em cidadãos do grande Estado Universal.⁶⁷

A importância da igualdade para os gregos liga-se diretamente ao desenvolvimento da democracia clássica, sendo deste pressuposto primordial. De fato, de acordo com o relatado por Tucídides, na célebre oração aos mortos de Péricles, feita

⁶⁶Sobre a aridez do tema, Celso Ribeiro Bastos afirma que "é o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos". (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.179).

⁶⁷CANOTILHO, **Direito constitucional...**, op. cit., p.375.

ao final do primeiro ano da guerra do Peloponeso, a igualdade aparece no elogio feito pelo célebre orador ao sistema de governo ateniense.⁶⁸

Não obstante, embora, como visto neste brevíssimo explanatório, seja amplo o tema do conteúdo da igualdade na antiguidade clássica, o presente trabalho limita-se ao estudo do conceito de igualdade engendrado por Aristóteles, conceito este que já traz dificuldades suficientes para a sua análise.

Comum, quando do estudo do conteúdo da igualdade na obra de Aristóteles, encontrar autores que atribuam ao estagirita a enunciação da igualdade como *tratar de modo igual os iguais e desigual os desiguais*⁶⁹. Conquanto tal concepção seja encontrável na obra aristotélica, não se deve reduzir a noção de igualdade do filósofo ao mero tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, sob pena de aprender os conceitos engendrados por Aristóteles de modo estanque, apartados do contexto em que se inserem nos escritos do pensador.

⁶⁸Este é o trecho do discurso referido, como trazido a nós por Tucídides: "Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos, ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito de que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição." (TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Trad. Mário da Gama Kury. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1987. p.109).

⁶⁹Como exemplo de tal concepção, cabe citar o seguinte trecho: "Enquanto ideal almejado, a igualdade, tanto como aspiração política e social, quanto como princípio jurídico, revela-se, desde a Grécia Antiga, pedra de toque de inúmeras teorias jurídicas e de projetos políticos. É o que se pode observar nas obras jurídicas contemporâneas. O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção de sua desigualdade." (RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: RT, 2002. p.22). Também José Afonso da Silva reduz o raciocínio aristotélico a tal colocação: "Aristóteles vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais." (SILVA, J. A. da, **Curso de direito...**, op. cit., p.212).

Antes de tudo, é necessário que se esclareça que o tema da igualdade está diretamente ligado, em Aristóteles, ao estudo da justiça. Por tal razão, não é possível que se entenda o que tem o estagirita por *igualdade*, sem que se entenda, também, o que quer ele por *justiça*, razão pela qual o presente estudo ater-se-á, de início, ao que foi dito pelo pensador mencionado sobre justiça.⁷⁰

Aristóteles principia seu estudo sobre a justiça apontando a multiplicidade de sentidos que podem ser emprestados ao termo; tal equivocidade na definição da justiça não impede, contudo, que esta seja objeto de estudo. De fato, o filósofo parte justamente da ambigüidade dos termos justiça e injustiça, a fim de que lhe seja possível definir quais os múltiplos conteúdos a permearem tais significantes⁷¹. O que faz o filósofo é, tendo em mente que "muitas vezes, um estado é reconhecido pelo seu contrário"⁷², definir as situações em que um homem⁷³ é tido como injusto, para que seja possível, *a contrario sensu*, definir quando é o homem justo.

A partir desse raciocínio, Aristóteles⁷⁴ enumera vários "tipos" de justiças possíveis, ou melhor, vários significados possíveis para a justiça. Aqui, interessantes as palavras de Eduardo C. B. Bittar: "Compreenda-se, pois, em quantos sentidos se

⁷⁰Utilizar-se-á, como referência principal a obra "Ética a Nicômaco" (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.47).

⁷¹Aristóteles traz o seguinte raciocínio: "Ora, 'justiça' e 'injustiça', parecem ser termos ambíguos, mas, como os seus diferentes significados se aproximam uns dos outros, a ambigüidade passa despercebida, ao passo que nos casos em que os significados se afastam muito um do outro, a ambigüidade, em comparação, fica evidente; por exemplo (aqui é grande a diferença de forma exterior), como o emprego ambíguo da palavra *kleis* para designar a clavícula de um animal e aquilo com que se tranca uma porta. Assim, como ponto de partida, determinemos as várias acepções em que se diz um homem injusto." (ARISTÓTELES, **Ética...**, op. cit., p.104).

⁷²ARISTÓTELES, **Ética...**, op. cit., p.104.

⁷³Manter-se-á neste capítulo o termo 'homem' com o significado de 'ser humano', como o empregaram os clássicos aqui revisitados.

⁷⁴ARISTÓTELES, **Ética...**, op. cit., p.104.

diz o homem injusto (*ádikos*), para que se compreenda em quantos sentidos se diz o homem justo (*dikos*). O homem injusto é ora aquele que não respeita a igualdade (*ánisos*), ora aquele que não respeita a lei (*paránomos*), ora aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo (*pleonéktēs*)."⁷⁵

Sendo certo, pois, que a noção aristotélica de justiça – como já visto – não se resume em apenas um conceito, cumpre analisar com maior detença as diferentes nuances que pode assumir a justiça para o filósofo, somente com tal análise será possível definir o que Aristóteles entende por igualdade, tendo em vista a íntima ligação entre tais conceitos em sua obra.

O primeiro conceito que se percebe quando da leitura dos escritos aristotélicos sobre justiça reunidos na "Ética a Nicômaco" é o de "justiça total". Tal espécie de justiça seria encontrável no agir daquele que é respeitador das Leis⁷⁶ e que sempre tem em vista, quando de suas ações, o reflexo social destas.⁷⁷

O simples respeito à Lei era visto como um ato de justiça, pois a Lei é que obriga – as leis mal elaboradas o fazem com menor eficiência – a prática de atos

⁷⁵BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.88.

⁷⁶Daí ser possível nomenclar tal espécie de justiça como justo legal, como o faz Eduardo C. B. Bittar (Op. cit., p.89).

⁷⁷Aristóteles, neste sentido, acaba por identificar a justiça total com o cumprimento das Leis. Por evidente, tal concepção parte de uma noção ideal de lei, que, infelizmente, nem sempre é condizente com a realidade. O raciocínio aristotélico que demonstra, ao mesmo tempo, a identificação do justo total com o cumprimento da lei e o apego à noção Ideal desta última, vem presente no seguinte trecho: "Desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme a lei são justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a Lei, e dizemos que cada um deles é justo. Nas disposições sobre todos os assuntos as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que compõem para a sociedade política." (ARISTÓTELES, **Ética...**, op. cit., p.105).

virtuosos⁷⁸, de forma que o homem mero respeitador da Lei agiria sempre de modo virtuoso.

Embora possa parecer que a justiça total seja uma das espécies de virtude, trata-se, em verdade, de um conceito que coincide com a virtude; no dizer de Aristóteles, "não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira"⁷⁹. Eduardo C. B. Bittar clarifica tal raciocínio:

Este tipo de justiça é o gênero, o sentido mais amplo que se pode atribuir ao termo. A justiça total é também chamada de justiça universal ou integral, e tal se deve ao fato de ser a abrangência de sua aplicação a mais extensa possível. Pode-se mesmo afirmar que toda a virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é neste sentido que se denomina justiça total ou universal. De fato, pode-se entendê-la como sendo a virtude completa ou perfeita (*arete téleia*) em relação ao semelhante, e não em absoluto.⁸⁰

Ao tratar dessa espécie de justiça, Aristóteles não traça quaisquer comentários sobre a igualdade. Importante, todavia, que se tenha clara a noção de justiça total, a fim de que seja possível compreender o que será dito sobre a igualdade, cujo estudo depende da apreensão dos conceitos atinentes ao próximo tipo de justiça – o justo

⁷⁸Dentre os atos virtuosos, Aristóteles cita os atos do homem corajoso, do temperante, do calmo, entre outros. Tais virtudes – bem como a própria definição de virtude – são apresentadas nos capítulos que antecedem a análise da justiça na "Ética a Nicômaco". A título ilustrativo – e para que o conceito seja lembrado nas vezes em que se citar o vocábulo neste trabalho – cumpre definir o que Aristóteles entende por virtude. Para o filósofo, virtude seria uma disposição (**Ética...**, op. cit., p.47) que torna o homem bom e que faz com que bem desempenhe sua função. Tais objetivos só podem ser alcançados pelo homem que age dentro de um justo-meio, pois as virtudes, por natureza, são destruídas ou pelo excesso ou pela carência (**Ética...**, op. cit., p.42). Assim, *verbi gratia*, no caso da coragem, o homem que agir sempre de modo corajoso em demasia pecará pelo excesso e será visto como temerário. Por outro lado, o homem que agir sempre de modo pouco corajoso pecará pela falta, e será tido como covarde. Verdadeiramente corajoso, pois, será o homem que agir dentro de um meio-termo, localizado dentre os marcos que delimitam a temeridade e a covardia. A definição aristotélica de virtude, que traz consigo a idéia de justo-meio, é a seguinte: "A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente, no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo." (**Ética...**, op. cit., p.49).

⁷⁹ARISTÓTELES, **Ética...**, op. cit., p.105.

⁸⁰BITTAR, op. cit., p.88.

particular – além de suas duas subespécies: o justo particular distributivo e o justo particular corretivo. Como ficará claro a seguir, a cada uma dessas subespécies corresponde uma noção diferente de igualdade.

Em verdade, a própria noção de justiça particular deve ser entendida como espécie contida dentro do gênero que é a justiça total. O justo particular, por conseguinte, será não a virtude em si – como o é o justo total – mas apenas parte desta. O que faz com que tais conceitos sejam diferentes é a menor amplitude do justo particular; de fato, enquanto o justo total diz respeito ao agir de um indivíduo perante toda a coletividade, o justo particular é mais restrito, servindo para qualificar apenas as ações do indivíduo em relação a outro indivíduo. A figura do "outro" está presente tanto no justo total quanto no particular, mas somente no primeiro ela coincide com a coletividade.⁸¹

A justiça particular, como espécie do justo total, divide-se, por sua vez, em *justiça particular distributiva* e *justiça particular corretiva*. Aristóteles define estas subespécies dessa forma:

Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde uma das espécies é a que se manifesta na distribuição das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos.⁸²

Do que foi citado acima fica clara a definição de justiça particular distributiva como aquela que se deve realizar na distribuição de cargos, bens e honrarias. Por referir-se explicitamente à constituição – embora tal termo não possuísse, para Aristóteles, o significado exato com o que o entendemos hoje⁸³ – a realização do

⁸¹Justamente por isso Eduardo C. B. Bittar afirma que "o justo particular, participando do gênero constituído pelo justo legal, apresenta a mesma característica básica, ou seja, a alteridade. No entanto, ao justo total aplica-se uma noção mais ampla de alteridade, uma vez que a ação do homem justo se dirige à comunidade como um todo" (BITTAR, op. cit., p.93).

⁸²ARISTÓTELES, *Ética...*, op. cit., p.107.

⁸³Sobre o significado do termo "constituição" para Aristóteles há de se verificar ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.173.

justo distributivo pressupõe a existência de uma relação de subordinação⁸⁴ entre o indivíduo – ou indivíduos – a quem é ou são distribuídos os cargos, bens ou honrarias, e o Estado.

Justamente no ponto em que inicia a descrição do justo particular distributivo, o estagirita faz explícita menção à igualdade, relacionando-a com a justiça, na medida em que afirma que se o injusto é iníquo, o justo é eqüitativo, donde conclui que como o igual é o ponto intermediário, o justo será o meio-termo. A justiça realiza-se, portanto, na medida em que se realize também a igualdade. Entretanto, tal igualdade, como já mencionado, assume diferentes acepções, dependendo de qual subespécie do justo particular se está a tratar.

No caso da justiça particular distributiva, a igualdade – assim como a justiça – traduz-se em uma *proporção geométrica*⁸⁵ entre os sujeitos e os cargos, bens e honrarias que recebem do Estado, estabelecida de acordo com um critério de diferenciação dos sujeitos constantes da constituição, que define, em verdade, não quem possui méritos para receber algo do Estado, mas o que é ter mérito. Por tal razão, este critério diferenciador variará de acordo com o tipo de governo definido pela constituição. O pensador de Estagira bem define a importância do mérito para a definição da justiça distributiva – e da igualdade, nessa sua acepção –, assim como a variância do conceito de mérito de acordo com o tipo de governo:

Ademais, isto se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito de cada um", pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam com a condição de homem livre; os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.⁸⁶

⁸⁴BITTAR, op. cit., p.98.

⁸⁵BITTAR, op. cit., p.98.

⁸⁶ARISTÓTELES, *Ética...*, op. cit., p.109.

De acordo com o citado acima, a igualdade, no caso do justo distributivo, será uma igualdade proporcional, já que a quantidade – e a qualidade – dos cargos, bens ou honrarias outorgados pelo Estado aos particulares deve ser proporcional ao quanto cada um dos indivíduos realiza o critério distintivo pela Constituição. Assim, v.g., no caso da oligarquia, quanto mais abastado o indivíduo, mais importantes os cargos a lhe serem conferidos, mais valiosos os bens e as honrarias a ele concedidos.

Nessa espécie de justo enquadra-se a noção de igualdade existente na tão repetida frase *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Afasta-se, pois, a idéia de um mesmo tratamento a todos os indivíduos, indistintamente; ao conceder cargos, bens e honrarias, deveria o Estado, na concepção aristotélica, tomar em consideração, com base em critérios previamente definidos, as diferenças entre os indivíduos e, de acordo com tais diferenças, atribuir a cada um o que é seu. Exemplificativamente, se uma cidade-estado, na qual estivesse instalada uma oligarquia, atribuísse o exercício de uma mesma magistratura tanto a um homem riquíssimo quanto a um paupérrimo, estaria infringindo a igualdade e agindo de modo injusto, uma vez que não tivesse em consideração, com tal agir, o critério distintivo presente na constituição, *in casu*, a quantidade de bens materiais dos indivíduos. Em suma, tal critério distintivo, ou seja, o mérito define quem são os iguais e quem são os desiguais.⁸⁷

A segunda subespécie de justiça particular descrita por Aristóteles é a corretiva. Tal baseia-se não em uma relação de subordinação entre os indivíduos e o Estado, mas em uma relação na qual os sujeitos encontram-se em um mesmo patamar, em coordenação. Embora tal esmiuçar não esteja no interesse do presente

⁸⁷Eduardo C. B. Bittar define bem a igualdade no justo particular distributivo, ressaltando a importância do mérito como critério distintivo entre os indivíduos: "O mérito desigualdade aqueles que de acordo com ele são desiguais, ao mesmo tempo em que iguala aqueles que segundo esse mesmo são desiguais, devendo tal relacionamento vincular qualquer tipo de decisão distributiva para aquele que se mantenha uma ordem geométrica entre os governados. Sendo o meio termo (méson) a igualdade proporcional, os extremos comporão a desigualdade, seja por excesso, seja por defeito." (BITTAR, op. cit., p.98).

estudo – cujo enfoque principal deve ser o estudo da justiça em Aristóteles, mas somente no que pertine à igualdade –, vale citar que a justiça particular distributiva alcança tanto as relações entre particulares, regidas pela voluntariedade, quanto aquelas involuntárias.

A noção de igualdade que se liga ao justo particular corretivo é fundamentalmente diferente daquela encontrada no justo particular distributivo. Neste último caso, tem-se uma igualdade geométrica e proporcional, visto que os cargos, os bens e as honrarias são distribuídos de acordo com o mérito que diferencia os indivíduos, de modo que seja possível, com base em tal critério, definir quem são os iguais e quem são os diferentes. Já no segundo caso, do justo particular corretivo, a igualdade não se baseia em uma proporção estipulada com base no mérito; trata-se, isto sim, de uma igualdade absoluta, que não faz distinções entre os indivíduos. Daí a explicação de Eduardo C. B. Bittar: "De fato, o termo justiça, em sua acepção particular e corretiva vincula-se à idéia de igualdade perfeita ou absoluta, dada a irrelevância do mérito dos sujeitos. Não se tem presente aqui qualquer espécie de relatividade, pois não se têm em conta os méritos, as qualificações, as igualdades ou desigualdades que possam existir entre os sujeitos que se relacionam."⁸⁸

A igualdade, nesse caso, diz-se aritmética, pois ambas as partes, em situação ideal, encontram-se à mesma distância do justo meio que representa a justiça. O que ocorre é que, em situação de injustiça, uma das partes recebe mais benfezejas do que malefícios, enquanto outra recebe malefícios em demasia e quase nada em benfezejas. Se forem nomenclados, como o faz Aristóteles, o recebimento de um malefício *perda* e o recebimento de uma benfezeja *ganho*, tem-se que a igualdade, neste caso, é a mediania entre perda e ganho. O pensador grego explica tal raciocínio ao conceituar a justiça particular corretiva:

⁸⁸BITTAR, op. cit., p.88.

Assim, o igual é o intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio termo entre os dois é, como já vimos, o igual, que chamamos justo; portanto, a justiça corretiva será o meio termo entre perda e ganho.⁸⁹

Percebe-se, pois, do exposto, que a igualdade, no caso da justiça corretiva, pressupõe um estado de desigualdade inicial; vale dizer, a igualdade aritmética será o estado de coisas a ser alcançado após a reparação de uma situação de desigualdade ou – o que implica o mesmo – injustiça. Justamente por tal razão é que a justiça baseada nessa igualdade aritmética é dita corretiva, visto ter como escopo a correção de uma situação de desigualdade que, por conseguinte, é injusta. Tal correção dá-se com o retorno das partes ao *status quo ante*⁹⁰, que caracterizava a situação de igualdade que fora vulnerada.

É fácil de perceber, com a breve explanação feita sobre o justo particular corretivo, que a noção aristotélica de igualdade nem sempre corresponde ao jargão *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. De fato, somente a igualdade geométrica, presente no justo particular distributivo, pode ser resumida por tal dito, já que a igualdade aritmética – presente no justo particular corretivo – não permite a eleição de qualquer critério distintivo entre os particulares, tendo-os como absolutamente iguais.

Não obstante tudo o que até agora se explanou sobre a igualdade e a justiça na obra de Aristóteles, séria restrição deve ser feita à aplicação que os conceitos expostos possam ter tido na época do filósofo, bem como em toda a civilização helênica. Por mais que o estagirita apresente duas formas de igualdade – uma que trata os homens como iguais no limite de suas diferenças e outra que os vê como absolutamente iguais – não é possível transportar cegamente tais idéias para as democracias modernas e crer que tal era o que vigorava no mundo clássico; fazê-lo

⁸⁹ARISTÓTELES, *Ética* ..., op. cit., p.111.

⁹⁰BITTAR, op. cit., p.99.

seria retirar os escritos aristotélicos do período histórico em que surgiram, o que levaria à distorção dos conceitos de igualdade e justiça tidos como corretos para Aristóteles.

Quando o filósofo grego afirma que, no justo particular distributivo, os homens devem ser tratados como iguais, na medida de seu mérito, ou quando afirma, no caso do justo particular corretivo, que os homens devem ser tidos como absolutamente iguais, não tem em mente o caráter universalista próprio das democracias modernas; ou seja, afirma que *todos os homens são iguais* – ou ao menos comparáveis, de acordo com seu mérito, entre si – mas, ao mesmo tempo, *nem todos os seres humanos são tidos como homens*, não no que tange ao gênero, mas sim no que diz à capacidade genérica de possuir e exercer direitos.

De fato, no modelo democrático clássico nem todos os seres humanos eram tidos como capazes de serem cidadãos. No que tange à igualdade e à justiça, pode-se afirmar que somente aos cidadãos era dado participar das relações de subordinação e coordenação que caracterizam o justo particular distributivo e o corretivo, respectivamente. Este caráter segregacionista da democracia clássica fica bastante evidente quando se estuda o dito sobre os escravos por Aristóteles, em "Política":

Existe, na espécie humana, seres tão inferiores a outros quanto o corpo o é em relação à alma, ou a besta ao homem; são aqueles para os quais a utilização da força física é o melhor que se consegue. Segundo os nossos princípios, tais indivíduos são destinados por natureza à escravidão; pois para eles não há nada mais simples do que obedecer. Assim é o escravo por instinto; pode pertencer a outrem (também lhe pertence ele de fato), e não tem razão mais do que suficiente para dela experimentar um vago sentimento; não possui a razão em sua plenitude. Os outros animais que não a possuem seguem as expressões exteriores.⁹¹

Evidentemente, dado o que diz o estagirita, que aos escravos não será dado receber cargos, bens ou honrarias do Estado, nunca se lhes aplicará o justo particular distributivo e nem a idéia de igualdade geométrica que lhe corresponde. De igual

⁹¹ARISTÓTELES, *Política*, op. cit., p.18.

modo, não serão eles tidos como absolutamente iguais aos outros homens, no caso do justo particular corretivo, pois a relação de igualdade aritmética – que é o *status quo ante* a ser recuperado – não existe para seres cuja inferioridade em relação aos outros é pressuposta.

Essa concepção de igualdade, aliás, não está presente exclusivamente na obra aristotélica. Alvacir Alfredo Nicz observa que Platão também reconhece, tal como se dá com Aristóteles, que alguns homens nasceram para assumir a posição de comando, outros para figurarem na de comandados: "Platão, filósofo dessa época, reconhece também a existência da escravidão e teoriza, à semelhança de Aristóteles, que alguns homens nasceram para comandar, outros para obedecer."⁹²

⁹²NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n.163, p.262, jul./set. 2004 (separata). Importante observar, também, que para Nicz, embora essa crença tenha sido abalada na fase estóica e com o advento do cristianismo, foi apenas na Idade Média que ocorreu a verdadeira e definitiva ruptura com essa compreensão do homem. Embora o cristianismo pregasse que todos os homens eram iguais entre si, e que todos tinham direito ao acesso à felicidade plena e eterna, reduzia o âmbito de aplicação dessa teoria às relações do homem perante Deus, é dizer, todos os homens eram iguais apenas perante Deus. O cristianismo, portanto, não teria chegado a combater a escravidão desde o ponto de vista da subordinação de um homem a outro homem, sob o argumento de que não lhe cabia interferir na estrutura econômica e social do mundo. São elucidativos os seguinte trechos: "Essa crença somente veio a ser abalada com os estóicos e cristãos. Mas foi na Idade Média que se presenciou a inteira ruptura dessa tese. As novas escolas e os novos pensadores, aliás, receberam a influência do cristianismo quanto à nova concepção do homem. O pensamento cristão abrange dois aspectos evolutivos dos direitos do homem: a dignidade da pessoa humana e a fraternidade universal. Segundo o cristianismo, todos os homens são iguais entre si, destinados, portanto, à mesma felicidade eterna. A fraternidade e a igualdade universais hipotecam a todos os homens os mesmos direitos. Ao Estado cabe reconhecer os direitos que o indivíduo possui por natureza. (...) O cristianismo acentuou a igualdade de todos perante Deus. A obediência de homens livres e escravos é somente a Deus. A escravidão que permaneceu existindo era decorrente da organização social vigente. Não competia ao cristianismo, como religião, alterar a estrutura econômica e social do mundo. Assim, a escravidão era relegada a segundo plano, como mera formalidade na organização social. Livres e escravos conviviam pacificamente em pé de igualdade, ainda que uns fossem livres e outros fossem escravos." (NICZ, op. cit., p.262).

Fica claro, pois, que aos escravos – e também aos estrangeiros⁹³ – são inaplicáveis os conceitos de justiça de Aristóteles. O filósofo estuda a igualdade, de fato, mas, por conta de época em que vive e da sociedade na qual se insere, exclui das relações de igualdade e justiça grande parcela dos seres humanos que com ele compartilhavam o meio social. Repise-se que o problema da teoria aristotélica não é o fato de considerar que nem sempre os homens são absolutamente iguais, como no caso da justiça distributiva; tal distinção, de uma forma ou de outra, permaneceu ligada ao conteúdo que se dá ao princípio da igualdade até hoje. O problema que se apresenta reside no fato de que a noção aristotélica de igualdade, em qualquer uma de suas acepções, seja geométrica, seja aritmética, exclui, *a priori*, grande parcela de pessoas, em relação às quais não se pode nem efetuar uma comparação com os ditos cidadãos, pois as primeiras são, praticamente, não humanas.

Feitas tais considerações, vê-se que a igualdade na condição de ser humano não está presente na obra do filósofo, que exclui dessa condição aqueles que não possuem o *status* de cidadão, como os escravos, os estrangeiros e as mulheres. No que tange ao seu aspecto material, porém, seus ensinamentos são, até hoje, importantes na compreensão do princípio constitucional da igualdade e, conseqüentemente, do objetivo das ações afirmativas.

⁹³Fustel de Coulanges traz o seguinte trecho em sua obra clássica, que ilustra como os conceitos atinentes à igualdade e à justiça não se aplicavam ao estrangeiro na democracia clássica. No trecho citado, o autor explica como o cidadão de uma dada cidade-estado não possuía direito algum em outras cidades-estado, justamente por ser tido como estrangeiro: "No estrangeiro, ao contrário, não tendo nenhuma participação na religião, ele não tinha, portanto, nenhum direito. Se entrasse nos limites sagrados que o sacerdote havia traçado para a assembleia, ele era punido com a morte. Se ele houvesse cometido um delito, era tratado como escravo e punido sem nenhuma forma de processo, a cidade não lhe devia nenhuma forma de justiça." (COULANGES, Numa Diniz Fustel de. **A cidade antiga**. Curitiba: Juruá, 2002. v.1. p.169).

2.2 A ORIGEM DA DESIGUALDADE ENTRE OS HOMENS, SEGUNDO JEAN-JACQUES ROSSEAU

No tópico antecedente restou demonstrado que a igualdade na concepção aristotélica tinha sempre como pressuposta a desigualdade natural entre aqueles tidos como humanos e os que eram meros escravos, de tal sorte que somente em relação aos primeiros era possível fazer quaisquer comparações que resultassem em juízos de igualdade ou desigualdade. Tal noção, como igualmente visto, era tributária de uma sociedade na qual a escravidão era perfeitamente aceita e instituída.

Interessante, neste momento, proceder à comparação entre a noção de igualdade – e desigualdade – encontrada em Aristóteles, com aquela presente em Rousseau⁹⁴. Com tal comparação espera-se demonstrar tanto as diferenças entre os conceitos como a possível evolução do conceito de Rousseau em relação ao do estagirita.

A fim de estudar o dito por Jean-Jacques Rousseau sobre a igualdade, ter-se-á como referência o seu "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens", de 1754⁹⁵, obra que, para alguns⁹⁶, encerra em seu bojo a idéia do "nobre selvagem", tão atribuída ao filósofo, segundo a qual o homem em estado de natureza seria aquele que mais se aproximara da felicidade, tendo o progresso das ciências e da sociedade somente afastado a raça humana de tal conquista.

⁹⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.269.

⁹⁵ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit.

⁹⁶Veja-se Bertrand Russel, que traz o seguinte comentário sobre Rousseau: "O homem civilizado está corrompido; quem está realmente de posse da virtude é o nobre selvagem. Esses pontos de vista foram posteriormente desenvolvidos no seu Discurso sobre a desigualdade (1754). Voltaire, que recebeu um exemplar no ano seguinte, despejou uma torrente de sarcasmos sobre o autor, afronta que acabou provocando uma rixa entre os dois." (RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p.382).

Logo ao início de sua obra, Rousseau define a existência de dois tipos de desigualdade: uma dita natural ou física, que consiste nas diferenças de sexo, idade, saúde, constituição do corpo, do espírito e da alma; a outra dita moral ou política, sendo expressa, segundo o filósofo, "nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o de serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles"⁹⁷. Esta segunda espécie de desigualdade depende da convenção estabelecida ou autorizada pelo consentimento dos homens quando da criação da sociedade.

Percebem-se aqui, claramente, as sementes lançadas pelo filósofo, que desabrocharão, mais tarde, em 1762, no "Contrato Social". Ao afirmar que a desigualdade moral ou política reside na convenção estabelecida ou autorizada pelo consentimento dos partícipes da primeira sociedade, o filósofo francês está, em verdade, a traçar as linhas mestras da teoria do Contrato Social. Esta ligação entre tais obras fica mais evidente quando se tem em vista o trecho do Livro I do "Contrato Social", no qual Rousseau explana qual a natureza do pacto social que inicia a sociedade em si⁹⁸:

Suponhamos os homens, chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de estilo de vida, pereceria. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto. Essa soma de forças só pode nascer de um concurso de muitos; sendo, porém, a força e a liberdade de cada indivíduo os instrumentos primordiais de sua conservação, como poderia ele empenhá-los sem prejudicar e sem negligenciar os cuidados que a si mesmo deve? Essa dificuldade, reconduzindo ao meu assunto, poderá ser

⁹⁷RUSSEL, op. cit., p.382.

⁹⁸ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.37-38.

enunciada como segue: "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo, assim, tão livre quanto antes". Esse é o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece.⁹⁹

Da leitura do trecho citado fica evidente que o contrato social é o instrumento pelo qual, segundo Rousseau, é possível aos homens – então em estado de natureza, ou seja, vivendo em um estado "pré-social" – superar as dificuldades que seriam inafastáveis individualmente. Tal contrato seria baseado na liberdade dos partícipes da sociedade, que, justamente por serem livres, seriam capazes de abrir mão de parcela desta liberdade, a fim de que tivessem garantida a parcela restante. Em outras palavras, por meio do contrato social os homens deixam o estado de natureza e congregam-se em sociedade, e o fazem abrindo mão de parte de sua liberdade e colocando-se sob a disposição da vontade geral. Não obstante, sob a égide do contrato social, os partícipes da sociedade devem permanecer tão livres quanto seja possível.

Do breve exposto sobre a teoria do contrato social, ao compará-la com o que diz Rousseau sobre os tipos de desigualdade, concluiu-se que a desigualdade política ou moral principia justamente com o início da sociedade, ou seja, a partir do momento em que se acorda o contrato social. Note-se, portanto, logo de início, que o contrato social, ao mesmo tempo em que permite aos homens superar as dificuldades que o estado de natureza lhes impõe, marca o início da desigualdade entre os homens, que antes só se faziam diferenciar por suas características inatas como a saúde, a forma física, a idade e o sexo.

⁹⁹Na medida em que Rousseau vê o Contrato Social como uma solução para a superação das dificuldades encontradas no estado de natureza, sem que com isso o indivíduo abra mão de toda a sua liberdade, mas apenas de parcela desta, é possível verificar o desacerto de quem, como Bertrand Russel, afirma o seguinte: "O contrato social está escrito num tom bastante diferente. Com essa obra, Rousseau alcança o apogeu de sua teoria. Ao transferirem seus direitos para a comunidade como um todo, os homens, como indivíduos, perdem todas as suas liberdades". (op. cit., p.382). Fica claro, na leitura do trecho citado da obra do filósofo francês, que a manutenção da liberdade é imprescindível para que se instale o Contrato Social, com o qual há de superar-se o estado de natureza.

Para estudar qual a origem da desigualdade moral – já que quanto à natural é inútil inquirir¹⁰⁰ – Rousseau procura retroceder ao estado de natureza em que se encontravam os homens antes da congregação em sociedade, para entender como se deram os primeiros passos em direção à criação da idéia de coletividade nestes seres humanos de períodos históricos anteriores. Interessante notar que, com isso, o filósofo busca delimitar bem a existência de uma época em que os seres humanos eram diferentes apenas quanto a características definidas pela própria natureza, sem quaisquer diferenças de posses, nobreza ou qualquer espécie de poder. Ao fazê-lo Rousseau afirma, indiretamente, que os homens são, em essência, iguais ou, ao menos, iguais no que tange à condição humana; ou seja, todos os homens podem ser comparados em um juízo de *igual-diferente*.

Nisso a teoria de Rousseau difere da de Aristóteles, já que esta última parte do pressuposto que nem todos os homens são igualmente humanos, como no caso dos escravos, a respeito dos quais sequer era possível realizar qualquer juízo de *igual-diferente*. Rousseau deixa bastante clara sua posição no sentido de afirmar a igualdade entre os homens, quanto à sua natureza humana, quando afirma não existir qualquer vinculação entre a desigualdade natural e a política. Para o filósofo, não se pode "procurar a existência de qualquer ligação essencial entre essas duas igualdades, pois, em outras palavras, seria perguntar se aqueles que mandam valem necessariamente mais do que os que obedecem e se a força do corpo ou do espírito, a sabedoria e a virtude sempre se encontram nos mesmos indivíduos, na proporção do poder ou da riqueza".¹⁰¹ Rousseau afasta-se totalmente da concepção de sociedade vigente à época de Aristóteles ao afirmar que "tal seria uma boa

¹⁰⁰Como clarifica o próprio filósofo: "Não se pode perguntar qual a fonte da desigualdade natural, porque a resposta estaria enunciada na simples definição da palavra." (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.241).

¹⁰¹ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.242.

questão para discutir entre escravos ouvidos por seus senhores, mas que não convém a homens razoáveis e livres, que procuram a verdade".¹⁰²

Buscando o homem em seu estado de natureza, Rousseau imagina uma época ancestral, em que o ser humano está inserido no meio ambiente do mesmo modo que os outros animais, não dominando o fabrico de ferramentas e utensílios, tendo o próprio corpo como único instrumento.¹⁰³ Por tal razão, o corpo deste "homem selvagem" é mais ágil, forte e rápido do que o do "homem civilizado", já amolecido pelas facilidades que lhe propiciou a indústria.

Esse "homem selvagem", vislumbrado pelo pensador francês, vivia só e sem quaisquer vestes, instrumentos ou outros tipos de posses.¹⁰⁴ Vivia o ser humano guiado somente pelo instinto¹⁰⁵, sem alimentar quaisquer tipos de relações afetivas com os seus semelhantes, mesmo aqueles que lhe eram consangüíneos; inexistia, pois, neste estado natural, qualquer vínculo familiar.

¹⁰²ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.241.

¹⁰³ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.244.

¹⁰⁴Rousseau não via os bens materiais como necessários à sobrevivência do homem neste estado de natureza, como se percebe do seguinte transcrito: "Finalmente, a menos que se suponham esses singulares e fortuitos concursos de circunstâncias dos quais falei em seguida e que poderiam muito bem jamais ter acontecido, é claro e sem contestação ser possível que o primeiro a arranjar vestes e uma habitação ofereceu a si mesmo, desse modo, coisas pouco necessárias, pois tinha passado até então sem elas e também por não poder imaginar como não poderia ele suportar, feito homem, um gênero de vida em que vivia desde a infância." (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.248). Neste ponto, parece haver certa contradição no raciocínio do autor, já que aponta o desenvolvimento das indústrias e, conseqüentemente, dos bens materiais, como um dos fatores que levaram o homem a abandonar o estado de natureza e acordarem o pacto social, o qual inicia um estado no qual existem desigualdades políticas. Curioso, pois, que aponte o pacto social como necessário para que os homens superem as dificuldades grandes demais para serem vencidas individualmente. Neste sentido, o desenvolvimento das indústrias parece, sim, necessário.

¹⁰⁵ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.249, 250 e 266.

À medida que o homem vai aprendendo a construir seus instrumentos, passa a ter mais tempo livre, o qual emprega na criação de novas comodidades, e assim por diante. Este processo de evolução é visto por Rousseau como maléfico à humanidade, que, a partir desse ponto, tornar-se-ia escrava das próprias comodidades que cria.¹⁰⁶ Sendo que a perda de tais comodidades passa a gerar nos homens muito mais infelicidade do que a felicidade que gerava a sua posse.

De igual modo, o homem desenvolve relações interpessoais, antes inexistentes, já que no estado pleno de natureza cada indivíduo vivia *per se*. Esse desenvolvimento faz com que "o outro" tenha um papel fundamental na própria definição que cada um faz de si, sem que os indivíduos procurem o autoconhecimento.¹⁰⁷

O desenvolvimento das relações entre os indivíduos também é visto por Rousseau como maléfico à humanidade. Segundo o filósofo, a partir do momento em que se desenvolvem os relacionamentos entre as pessoas, estas passam a sentir necessidade de ser reconhecidas pelos seus compadres, donde surgem vícios de caráter como a inveja, a vaidade, o desprezo e a vergonha. Do mesmo modo que ocorre com as comodidades materiais, o homem acostuma-se não só à companhia de seus semelhantes, mas à resposta deles perante suas ações. Segundo Rousseau, neste ponto,

¹⁰⁶"Nesse novo estado, numa vida simples e solitária, com necessidades muito limitadas e os instrumentos que tinham inventado para satisfazê-las, os homens, gozando de um lazer bem maior, empregaram-no na obtenção de inúmeras espécies de comodidades desconhecidas por seus antepassados; foi o primeiro jugo que, impensadamente, impuseram a si mesmos e a primeira fonte de males que prepararam para seus descendentes, pois, além de assim continuarem a enfraquecer o corpo e o espírito, essas comodidades, perdendo pelo hábito quase todo o seu deleite e degenerando ao mesmo tempo em verdadeiras necessidades, a privação se tornou muito mais cruel do que doce fora a sua posse, e os homens sentiam-se infelizes por perdê-las, sem terem sido felizes por possuí-las. (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.268).

¹⁰⁷Por isso, ao criticar a vida em sociedade, Rousseau afirma que "perguntando sempre aos outros o que somos e não ousando jamais interrogarmo-nos a nós mesmos sobre esse assunto, em meio a tanta filosofia, humanidade, polidez e máximas sublimes, só temos um exterior enganador e frívolo, honra sem virtude, razão sem sabedoria e prazer sem felicidade" (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.288).

Cada um começou a olhar os outros e a desejar ser ele próprio olhado, passando assim a estima pública a ter um preço. Aquele que cantava ou dançava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais astuto, ou mais eloquente, passou a ser considerado o mais considerado, e foi esse o primeiro passo para a desigualdade quanto para o vício, dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo, e, de outro, a vergonha e a inveja. A fermentação gerada por esses novos germes produziu, por fim, compostos funestos à felicidade e à inocência.¹⁰⁸

É fácil de perceber o contraste entre o estado natural, em que só se faziam mostrar as desigualdades naturais, e este estado de sociedade incipiente apresentado por Rousseau. Se no estado de natureza os homens viviam sós, desnudos e sem quaisquer posses, agora passam a viver em conjunto, com vestes para proteger-lhes do frio e com instrumentos que lhes facilitam a vida. O que busca demonstrar o filósofo é que, à medida que os homens passam a sentir a necessidade de se afirmar por meio do conceito que lhe nutrem os outros, passam, igualmente, a entenderem-se como diferentes – melhores ou piores – que seus semelhantes de acordo com os conceitos alheios. Assim, cria-se uma das espécies de desigualdade moral, inexistente na natureza, pois os homens mais estimados pelos outros – por conta de seu domínio da palavra, das artes ou de qualquer habilidade humana – passam a ser vistos como diferentes destes e, por isso mesmo, objeto de admiração e inveja.

De igual maneira, se no estado de natureza os homens não se distinguiam por suas posses – já que nada tinham –, nesse estado de sociedade incipiente, os homens que possuem mais ferramentas levam vantagem em relação aos demais, pois são capazes de realizar as tarefas do dia-a-dia com menor fadiga e em menos tempo. À medida que se tornam mais sofisticadas as ferramentas, maior o conforto que trazem àqueles que as possuem e, por conseguinte, maior o *status* auferido por estes, devido às ferramentas que possuem. Com o passar do tempo e o desenvolvimento da moeda, não a posse dos objetos em si diferencia os homens, mas a posse do dinheiro, com o qual se pode ter acesso a quaisquer bens. Instaura-se, pois, mais um tipo de desigualdade moral, que inexistia no estado natural.

¹⁰⁸ROUSSEAU, *Discurso...*, op. cit., p.269.

A partir desse raciocínio, Rousseau funda no direito de propriedade as principais desigualdades morais que passam a existir com a sociedade civil. Mais do que isso, o filósofo embasa a própria sociedade civil no direito de propriedade, cuja instituição confunde-se com o próprio nascimento daquela. Estas as palavras do pensador:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer, *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não poupariam aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: "Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém".¹⁰⁹

A afirmação do direito de propriedade – consequência do próprio desenvolvimento da agricultura¹¹⁰ – gerou a necessidade de instituição de leis, já que as diferenças de posses entre os homens levaram a um estado em que os pobres "viram-se obrigados a receber ou roubar sua subsistência da mão dos ricos".¹¹¹

Em tal situação, caracterizada por Rousseau como um verdadeiro estado de guerra entre os ricos e pobres,¹¹² é que se propõe aos menos abastados uma união, em uma coletividade sob a égide das leis, que protegeriam a todos, fazendo com que cessassem os excessos dos mais ricos e a penúria dos mais pobres.¹¹³

¹⁰⁹ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.265.

¹¹⁰ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.272.

¹¹¹ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.274.

¹¹²ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.275.

¹¹³Rousseau traz, ilustrativamente, o conteúdo do suposto discurso que teria convencido os homens mais pobres a abrir mão da liberdade que possuíam – já que, justamente por não terem posses, aproximavam-se mais do estado de natureza – em prol da instituição de um governo que a todos protegesse: "Unamo-nos para defender os fracos da opressão, conter os ambiciosos e assegurar a cada um a posse daquilo que lhe pertence; instituamos regulamentos de justiça e paz, aos quais todos sejam obrigados a conformar-se, que não abram exceção para ninguém e que, submetendo igualmente a deveres mútuos o poderoso e o fraco, reparem de certo modo os caprichos da fortuna. Em uma palavra, em lugar de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-nos num poder supremo que nos governe segundo sábias leis, que protejam e defendam todos os membros da associação, expulsem os inimigos comuns e nos mantenham em concórdia eterna." (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.275).

A partir daí, contudo, instituiu-se o governo e perpetuou-se a exploração dos fracos pelos poderosos.¹¹⁴

O que ocorre é que, a partir do momento em que se funda o governo, surgem as magistraturas – os cargos públicos – em cujo processo de escolha também se instaura a desigualdade moral, visto que, na maioria das vezes, os escolhidos para as magistraturas eram os mais ricos, os mais idosos ou, genericamente, aqueles que se destacavam em algo na coletividade. O que faz com que se instaure – ou se acentue – a desigualdade moral, neste caso, é o *status* social que os ocupantes de cargos públicos passam a ter; note-se que a desigualdade dá-se não pelo poder que permeia as magistraturas, mas pelo simples fato de se ser magistrado.

Por fim, há de se ter claro que as várias funções das magistraturas implicam a atribuição de poderes igualmente vários; o abuso ou o mau-uso destes poderes leva à instituição de mais uma espécie de desigualdade moral, por conta do poder que, em tese, a própria coletividade conferiu ao indivíduo, mas que este utiliza para oprimi-la.

Ao apresentar esses diferentes momentos da história da sociedade, Rousseau traça uma espécie de "linha do tempo", que representa o próprio desenvolvimento da vida em sociedade; tal linha é marcada pelos momentos-chave que representam o surgimento das espécies de desigualdade moral. Assim, se se imaginar o homem, ao início da linha, em seu estado de natureza – só distinguindo-se dos seus semelhantes pela desigualdade natural –, ter-se-á como primeiro marco instaurador da desigualdade a instituição do direito de propriedade e das leis que o garantem; o segundo marco seria a instituição das magistraturas; o terceiro, por fim, o abuso do poder, que lhe retira a legitimidade e transforma seu detentor não mais em agente público, mas em tirano. A cada um destes marcos Rousseau atribui um

¹¹⁴Vale ressaltar que, embora ficciosa, a idéia de Rousseau sobre o surgimento do governo civil não encerra uma visão utópica sobre a sociedade. De fato, o filósofo deixa bastante evidente que com a instituição do governo e das leis, "deram-se novos entraves ao fraco e novas forças ao rico" (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.275).

juízo de desigualdade entre os homens. Destarte, a partir da instituição do direito de propriedade e das leis, distinguem-se os homens por serem ricos ou pobres; com a instituição das magistraturas, são eles classificados como poderosos ou fracos; com a transformação do poder legítimo em poder arbitrário, distintos são os homens por serem tidos como senhores ou escravos, instaurando-se, pois, o estado de maior desigualdade moral possível.¹¹⁵ Rousseau afirma que¹¹⁶

É este o último grau de desigualdade, o ponto extremo que fecha o círculo e toca o ponto de que partimos; então, todos os particulares se tornam iguais, porque nada são, e os súditos, não tendo outra lei além da vontade do senhor, nem o senhor outra regra além de suas paixões, as noções do bem e os princípios da justiça desfalecem novamente; então tudo se governa unicamente pela lei do mais forte e, conseqüentemente, segundo um novo estado de natureza, diverso daquele outro, por ser este um estado de natureza em sua pureza, e o outro, fruto de um excesso de corrupção.¹¹⁷

Note-se que Rousseau apresenta os estados de desigualdade moral como contrários à igualdade – ou desigualdade – natural, mas, ao mesmo tempo, necessários ao desenvolvimento da vida em sociedade, a qual, por sua vez, é fundamental para o próprio desenvolvimento da raça humana, já que só se dá quando os obstáculos do estado de natureza tornam-se tamanhos, a ponto de serem intransponíveis pelos homens individualmente considerados.

O que fica evidente ao se analisar os escritos de Rousseau sobre a desigualdade é que, para o filósofo, no estado de natureza os homens são verdadeiramente bons, felizes e iguais – com a ressalva óbvia das desigualdades

¹¹⁵Essas são as palavras do filósofo que ilustram o explicado: "Se seguirmos o processo da desigualdade nessas diferentes revoluções, verificaremos ter constituído seu primeiro termo o estabelecimento da lei e do direito de propriedade; a instituição da magistratura, o segundo; sendo o terceiro e último a transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Assim, o estado de rico e pobre foi autorizado pela primeira época; o de poderoso e de fraco pela segunda; e, pela terceira, o de senhor e escravo..." (ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.283).

¹¹⁶ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.286.

¹¹⁷Mais tarde, no Contrato Social, Rousseau retoma o tema do pretense "direito do mais forte", afirmando-o inexistente, pois, na medida em que se baseia somente na força, basta ser o mais forte para ter direito a sobrepujar aquele que antes assim se afirmava. A este respeito, conferir Rousseau (**Do contrato...**, op. cit., Capítulo III, Livro Primeiro, p.31 e segs.).

naturais.¹¹⁸ Não obstante, pode-se afirmar que a criação da sociedade não possui, para o filósofo, maldade intrínseca; o que torna a sociedade má é justamente o fato de que a transposição para o estado social deu-se por acaso e não de modo racional.¹¹⁹ "O governo nascente não teve uma forma constante e regular. Malgrado todos os trabalhos políticos dos mais sábios legisladores, o estado político permaneceu sempre imperfeito, porque era quase obra do acaso e porque, apenas iniciado, o tempo, descobrindo os defeitos e sugerindo os remédios nunca pode corrigir os vícios de constituição."¹²⁰

Assim, Rousseau, ao apontar os estados de desigualdade moral que nascem praticamente junto com a sociedade, não está a afirmar que onde houver vida em sociedade haverá desigualdade moral. De fato, pode-se ler a obra do filósofo de modo mais coerente e entender que o que ele afirma é a existência da desigualdade moral na sociedade por conta do modo irracional como esta se formou.

¹¹⁸Para Rousseau, o homem, em seu estado de natureza, é livre de qualquer maldade e malícia, como se percebe na segunda nota deste capítulo. Interessante, pois, que se tenha em vista o contraponto de Hobbes, para quem o homem é, por natureza, mau e competitivo, fazendo de tudo para sobrepujar os seus semelhantes. Para o filósofo inglês existem causas de discórdia social que são inerentes à natureza do homem, quais sejam: a competição, a desconfiança e a glória. "A primeira leva os homens a atacar os outros visando lucro. A segunda, a segurança. A terceira, a reputação. Os primeiros praticam a violência para se tornar senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos dominados. Os segundos, para defendê-los. Os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente endereçado a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, amigos, nação, profissão ou seu nome." (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.97-98). Diferentemente de Rousseau, que vê o homem em um estado natural de paz e tranqüilidade, o qual só é quebrado pela instituição da sociedade, Hobbes vê o homem primitivo em estado de guerra, que só se finda com a instituição de um poder social maior. Nicz sintetiza da seguinte forma a posição de HOBBS: "Para Hobbes, o estado de natureza gera uma constante luta entre os indivíduos, justificando, assim, a criação do Estado." (NICZ, op. cit., p.262).

¹¹⁹O contrato social será a ferramenta com a qual, mais tarde, Rousseau acreditará ser possível a transição do estado de natureza para o estado civil.

¹²⁰ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.277.

Nesse sentido, Rousseau não está a exigir que retornemos ao estado de natureza para que possamos ser iguais; o que deve ser feito, em verdade, é utilizar a razão – e o direito – como ferramenta por meio da qual se corrigem as diferenças exacerbadas entre os seres humanos. Tal resta evidente quando Rousseau, ao findar o seu discurso, afirma o seguinte:

Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada somente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente e na mesma proporção, com a desigualdade física – distinção que determina, suficientemente, o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades, enquanto à multidão faminta falta o necessário.¹²¹

Interessante será notar como a definição acima exposta aproximar-se-á do que, mais tarde, será o princípio da igualdade. De fato, a noção trazida por Rousseau vincula a igualdade moral, instituída pelo Direito positivo, a uma correspondente igualdade natural, que justifique a primeira e que torne razoável o *discrímen*. Os exemplos apresentados pelo pensador – uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio etc. – referem-se a situações nas quais a desigualdade moral existente entre os homens não se justifica – e até torna-se absurda – perante as diferenças físicas existentes. Do mesmo modo, pode-se deduzir que em situações em que inexistam diferenças físicas – e nestas, cumpre lembrar, o filósofo inclui as diferenças de caráter e de capacidade intelectual, além das meramente físicas, como a força – não poderá o direito positivo tratar de maneira diferenciada os homens. São, pois, as desigualdades naturais – e não as morais – que devem definir quem o direito trata de modo igual ou diferente.

Aqui, realmente, pode-se utilizar a expressão tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, já que tem se como pressupostas as diferenças meramente naturais, que não desqualificam os sujeitos como humanos.

¹²¹ROUSSEAU, *Discurso...*, op. cit., p.288.

2.3 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Positivção é a forma com que as normas jurídicas são colocadas para o conhecimento de toda a sociedade, seja aos cidadãos, leigos e letrados, seja aos juristas e aplicadores da lei. Designa a forma de manifestação das normas jurídicas, ou seja, é o modo peculiar de manifestação do direito. É por meio dessa positivção das normas que é possível descrever e analisar qualquer fenômeno jurídico. O direito positivo opõe-se às concepções de direito natural, à exata medida que é posto pela própria sociedade, ao contrário do segundo.

Alexy¹²² afirma que na busca de uma identificação das normas de direito fundamental, poder-se-ia lançar mão de um critério abstrato e de um critério concreto. Pelo primeiro, são erigidos critérios independentes de uma determinada ordem constitucional positiva, a partir do qual se poderiam identificar os direitos fundamentais. Pelo segundo, a identificação das normas de direito fundamental faz-se a partir e de dentro de uma determinada ordem constitucional, distinguindo-se essencialmente, no âmbito jurídico-positivo, quais normas são de direito fundamental, e quais não são.

Se abordarmos os direitos fundamentais sob o ângulo da ordem constitucional vigente, o que não seria imune a objeções, seria imprescindível erigir critérios que permitissem distinguir, no âmbito constitucional concreto, quais são as normas de direito fundamental. Para o jurista alemão, pode-se recorrer a três critérios para a identificação das normas de direito fundamental numa ordem positiva concreta: o material-estrutural, o estrutural e o formal.

Pelo critério material-estrutural, os Direitos Fundamentais seriam aqueles direitos pertencentes ao fundamento ou estrutura do Estado, e, como tais, reconhecidos na Constituição Federal. Sob este critério Hesse¹²³ diz que os direitos fundamentais seriam identificados a partir de uma específica concepção de Estado. A grande

¹²²ALEXY, op. cit., p.496.

¹²³HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

inconveniência desse critério, observa esse autor, é que a Constituição torna-se refém de uma única dimensão valorativa dos direitos fundamentais, enfraquecendo significativamente a sua normatividade constitucional.

O critério puramente estrutural, por sua vez, radicaria a essência de uma norma de direito fundamental em um direito subjetivo, quaisquer que fossem suas características. Colocando de lado a questão referente à definição dos direitos subjetivos, a adoção deste critério traria inconvenientes de grave repercussão, afinal excluiria do sistema de direitos fundamentais normas que possuem estreita relação com as normas de direito fundamental, embora não lhe sejam conferidas as situações subjetivas de vantagem.¹²⁴

Por último, pelo critério formal, estabelece-se uma relação de pertinência absoluta entre as normas de direito fundamental e o catálogo respectivo estatuído pela Constituição. Não importa o conteúdo ou a estrutura do que é estatuído, se a norma está contida no título "Direitos Fundamentais", trata-se de norma de direito fundamental. Nesta hipótese, recorre-se diretamente à forma de positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição: Direitos Fundamentais são aqueles como tal designados, no texto constitucional, pura e simplesmente.

As vantagens da adoção do critério formal para a estabilização da ordem constitucional são destacadas por Alexy:¹²⁵ 1) trata-se de um critério que se apóia o mais possível na Constituição, sem excluir considerações de âmbito mais geral; 2) permite a conjugação de considerações estruturais e materiais, e 3) engloba as disposições a que se atribui o caráter de direito fundamental nas discussões sobre direito fundamental.

Seguindo essa concepção, Alexy sustenta que haveria direitos fundamentais só formalmente constitucionais, e substancial e formalmente constitucionais seriam apenas os direitos fundamentais materiais (critério do radical subjetivo ou da

¹²⁴Conforme foi mencionado anteriormente, não há perfeita identidade entre direitos fundamentais e direitos subjetivos.

¹²⁵ALEXY, op. cit., p.496.

subjetividade material): direitos fundamentais materiais seriam os direitos que conferem subjetivamente um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo para garantir a esfera de subjetividade pessoal.

De acordo com a nossa compreensão, não há como cindir direitos fundamentais e Constituição. A positivação jurídico-constitucional é essencial para o regime dos direitos fundamentais, pois é a partir da dignidade constitucional conferida aos direitos naturais do homem – que passam a ser considerados direitos fundamentais – que se estabelece claramente a dignidade normativa desses direitos, ou nas palavras de Canotilho: "os direitos fundamentais são enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequência jurídicas".¹²⁶

A dignidade constitucional está de tal forma imbricada com os direitos fundamentais que Robert Alexy os define não pelo seu conteúdo, mas pela sua topografia constitucional: "Direitos fundamentais da Constituição são definidos como aquelas posições que do ponto de vista do Direito Constitucional são tão importantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição da maioria parlamentar."¹²⁷

O recurso às fontes formais do direito constitucional, ou, em outras palavras, aos preceitos constitucionais positivados, é condição necessária para a obtenção e compreensão dos direitos fundamentais. Considerando a existência de preceitos escritos de direito fundamental, ou seja, normas do direito fundamental escritas no texto de uma constituição, que estabelece a partir dele um plano inicial de conhecimento da extensão, natureza e do conteúdo dos direitos fundamentais vigentes na ordem jurídica.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos fundamentais, tais como reconhecidos pelas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na

¹²⁶CANOTILHO, **Direito constitucional...**, op. cit., p.507.

¹²⁷ALEXY, op. cit., p.497.

esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Como primeiro documento, cita-se comumente a *Magna Charta Libertatum*, do século XIII, firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, e que serviu de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Tratava-se, em verdade, de um direito estamental, atribuído a certas castas, e que, por isso mesmo, excluía grande parcela da população de seu gozo.

A Reforma Protestante, que conduziu à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, também desempenhou papel relevante no processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo. Além disso, a Reforma e as guerras religiosas contribuíram para a consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, que foram consideradas como preconização para as revoluções burguesas do século XVIII.

Também outras declarações de direitos ocorridas na Inglaterra no século XVII, tais como a Petition of Rights, de 1628, o Bill of Rights, de 1689, e o Establichment, de 1701, contribuíram para o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais.

Mas foi, porém, com a Declaração de Direitos de Virgínia, ocorrida em 1776, e com a Revolução Francesa, de 1789, que finalmente os direitos fundamentais passaram a ser positivados em textos constitucionais. Sobre a precedência no tempo de um desses movimentos revolucionários sobre o outro, colhe-se a seguinte lição de Ingo Sarlet:¹²⁸

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras

¹²⁸SARLET, **A eficácia...**, op. cit., p.44-45.

inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.¹²⁹

A partir de então, o movimento de redefinição do papel do Estado e do ser humano em seu contexto alastrou-se por praticamente todos os quadrantes do planeta, e desde aí praticamente todos os países do mundo ocidental criaram sua própria Constituição, na qual previam os direitos fundamentais, demonstrando a importância de tais direitos na nova estrutura de Poder.¹³⁰

¹²⁹Alvacir Alfredo Nicz, do mesmo modo, aponta a primazia da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, mas, por outro lado, afirma que a Declaração de Direitos da França superou-a em notoriedade e importância, reconhecendo, ainda, uma aproximação no texto de ambas: "A primeira delas a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, foi a precursora das modernas Declarações de Direitos. Ainda que em seu art. 1.º já tivesse declarado que 'todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos,', e que em outros de seus artigos tratasse também de matéria correlata a igualdade tais como, dispozo sobre a abolição de privilégios ou, ainda, sobre matéria de ordem política, mesmo assim não obteve a repercussão alcançada pela Declaração de Direitos da França de 1789. Aliás, ainda que inclusive a própria Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 7 de julho de 1776, tivesse reconhecido como verdades que 'todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade', sem dúvida é, todavia, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, produto da Revolução francesa, que modernamente estabeleceu a concepção do princípio da igualdade. A mesma dispõe em seu art.1º que 'Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum'. Há entre estes textos, evidentemente, uma efetiva aproximação de idéias decorrentes de influências exercidas pelas primeiras, afora o fato dos movimentos políticos norte-americano e francês terem muitas vezes em comum princípios ideológicos". (Palestra "Mecanismos niveladores da igualdade", proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional nos dias 04, 05, 06 e 07/10/2004, em Curitiba/PR, no painel "Inclusão e respeito à diferença: o futuro das minorias ou maiorias!?").

¹³⁰Taborda destaca que "convém não esquecer que, historicamente, o alvo principal da afirmação contida no art. 1.º da Declaração de 1789 (os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum) foi o Estado estamental, cujos cidadãos estão divididos em superiores e inferiores, a cada um se aplicando um ordenamento jurídico diferenciado, restando implícita a proibição de se eleger como critério diferenciador o nascimento, 'critério sobre o qual se fundam as aristocracias'. Subjaz a esta concepção a convicção de que só a generalidade da lei permitia a extinção dos privilégios e sujeições da sociedade estamental, em um esquecimento da dimensão relativa da igualdade, 'baseada na fungibilidade dos homens, igualados na razão'. Isto não quer dizer que outros critério de discriminação de tratamento não fossem mantidos pelo legislador, tais como as posses e o sexo, de que a proibição do voto dos trabalhadores e das mulheres, no caso de participação da vida do Estado é um exemplo. 'Todos', neste caso, eram nobres, burgueses proprietários e pequeno burgueses (artesãos, comerciantes, profissionais liberais) e jamais proletários, cuja única propriedade é a força de trabalho, vendida como mercadoria, ou mulheres, equiparadas às crianças e, portanto, 'menores' civis (TABORDA, Mauren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.211, p.255, jan./mar. 1998).

E como os ideais de liberdade e igualdade estavam na gênese da criação do Estado, e se constituíam na base inspiradora dos movimentos revolucionários, a história da positivação do direito fundamental à igualdade foi, também, a história do constitucionalismo.¹³¹ Por isso, praticamente todas as constituições formatadas a partir dessas primeiras declarações de direitos prevêm que todos os homens são iguais em direitos e obrigações, embora tenha variado no tempo e no espaço o sentido que se lhe tenham dado pelos diversos países que criaram sua própria Constituição.

No Brasil, por exemplo, já na Carta Imperial de 1824¹³² era previsto o princípio da igualdade. Do mesmo modo, a Constituição Republicana de 1891 determinava que todos eram iguais perante a lei e eliminava todo e qualquer privilégio ou foro de nobreza, passando, desde então, a ser tradicionalmente previsto em nossos textos constitucionais o princípio da igualdade, como se verá mais adiante.

¹³¹Não se quer afirmar, com isso, que o princípio da igualdade e as discussões a seu respeito surgiram ao mesmo tempo que o constitucionalismo. O que se alega é que a "positivação" do princípio da igualdade ocorreu juntamente com o surgimento do constitucionalismo, porque já nas primeiras declarações de direito já se fazia alusão ao aludido princípio. A igualdade como direito, no entanto, deita raízes no naturalismo, sendo portanto, um direito natural do homem, anterior e até mesmo superior ao Estado. Nesse sentido vai o escólio de Alvacir Alfredo Nicz: "No estudo da Ciência do Direito não tem sido diferente, uma vez que o princípio da igualdade remontando também os tempos mais longínquos até a atualidade, escancara o debate, instigando muitas vezes paixões, cobranças do Poder Público e maior participação do próprio corpo social, face a concretude das situações visivelmente vividas no dia a dia de cada um dos integrantes da sociedade. O princípio da igualdade posto originariamente na órbita do Direito Natural e, portanto, anterior e superior ao próprio Estado, foi posteriormente tratado no campo do Direito positivo como regulador da sociedade e das relações entre seus membros. Além de ter sido objeto de conhecidas lições de filósofos antigos, teve também a efetiva contribuição do cristianismo para a sua construção. Tanto que a igualdade e a fraternidade que o cristianismo proclamou, asseguram a todos os homens os mesmos direitos. Assim, também, Aristóteles na sua concepção de Estado exigia que, em nome da justiça, todos fossem tratados com igualdade e, que os indivíduos não se lesassem mutuamente em seus direitos. Para ele, todavia, 'se as pessoas não são iguais não receberão coisas iguais.'" (Palestra "Mecanismos niveladores da igualdade", proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional nos dias 04, 05, 06 e 07/10/2004, em Curitiba/PR, no painel "Inclusão e respeito à diferença: o futuro das minorias!?!")

¹³²Isso embora ainda fosse vigente, no Brasil, o regime de escravidão, de acordo com o qual o escravo não era sequer considerado gente. A redação do o art. 179, XIII, daquela Constituição era "a lei será igual para todos, quer proteja quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada uma".

2.4 A DIMENSÃO NEGATIVO-SUBJETIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A IGUALDADE FORMAL E A NÃO DISCRIMINAÇÃO

As constituições liberais formuladas com base nas revoluções oitocentistas americana e francesa consagram o princípio da igualdade jurídica de índole meramente formal, segundo o qual a lei é igual para todos e, por essa razão, não devem ser admitidos privilégios. Resulta dessa concepção, outrossim, a idéia de igualdade limitada à fase de aplicação das leis e a proscrição de leis particulares, individuais ou de exceção.

Branco, por exemplo, leciona que o princípio da igualdade formal atribui a todas as pessoas o mesmo valor perante a lei, independentemente do seu *status* constitucional. É o valor primário da pessoa, independentemente de seus traços peculiares ou sua condição social, que embasa a afirmação de que todos são criados iguais e merecem o mesmo tratamento.¹³³

O princípio da igualdade formal decorre e realiza-se na perspectiva de ser vedado às autoridades estatais negar o direito vigente em favor ou às custas de algumas pessoas. Ou, no dizer de Roger Raupp Rios, "neste sentido negativo, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas".¹³⁴

A igualdade formal refere-se ao Estado visto sob sua natureza formal, no sentido de ser a igualdade perante a lei a preocupação e o comando legal do tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma. A igualdade formal resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei, no sentido da lei igual para todos. Assim, todos são

¹³³BRANCO, P. G. G. **Direito público**. Exposição no V Congresso de Direito constitucional do IDP, em 19/11/2002.

¹³⁴RIOS, op. cit., p.38.

iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por este Estado legal.

Com efeito, Perelman¹³⁵ aponta o caráter universalizante da norma, destacando que o tratamento igualitário do ponto de vista formal faz surgir a categoria do sujeito de direito como elemento central da relação jurídica, dotado de total abstração e universalidade, abarcando em si (tendo como conteúdo) todas as pessoas como possíveis detentoras de direitos e aptas a contrair obrigações. Esse tipo de igualdade, contudo, só poderia remeter à idéia de uma justiça meramente formal:

a igualdade de tratamento perante a lei nada mais é do que uma consequência lógica da observância da norma: não se distingue o que não é diferente. A igualdade de tratamento na justiça formal nada mais é senão a aplicação correta da regra da justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados aqueles que pertencem a uma dada categoria. Satisfeita a norma, satisfeita está a justiça formal.

Sob sua vertente formal, o princípio da igualdade serve, portanto, à repressão de atos impróprios, mas não chega a inspirar ações a serem tomadas para aplacar disparidades sociais.¹³⁶ Nesse sentido é que se diz que se trata de um princípio negativo. Ele desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas não propugna pela adoção de determinados comportamentos concretos, materiais, úteis para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direito. A crítica que recebe tem raiz justamente nisso, na medida em que não se presta para mitigar as desigualdades de fato conquistadas na sociedade, o que contribui para perenizá-las.

¹³⁵Apud PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva do gênero. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005. p.104.

¹³⁶A Prof.^a Carmen Lúcia Antunes Rocha já havia concluído, em 1996, que não bastava proibir a discriminação, fazendo a seguinte afirmação: "Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era o bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica." (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996).

Intimamente relacionada com esse caráter eminentemente formal do princípio da igualdade, de natureza negativo-subjetiva, está a proibição de práticas diferenciadoras desautorizadas ou injustificadas, ou seja, a prática de discriminações arbitrárias. Por isso, falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como sua concretização ou seu reflexo. É por isso mesmo que a grande maioria dos textos constitucionais disciplina, conjuntamente e de forma intrinsecamente inafastável, tanto o princípio da igualdade como o princípio da não discriminação, especialmente votado para matérias como o sexo, a raça¹³⁷, a língua, a religião, as condições sociais e econômicas e as ideologias do homem.

¹³⁷Cashmore adverte para o caráter polissêmico do termo raça, cuja indeterminação permite a abertura de várias interpretações e diversos singnificantes. Raça, para os fins deste trabalho será considerado como um grupo de pessoas socialmente unificadas e identificadas por características físicas, como por exemplo a pigmentação da pele, a textura do cabelo, os traços faciais, estatura etc. Ao falar sobre a raça como sinônimo, Cashmore faz a distinção de quatro sentidos para a palavra raça: "Aplicado aos grupos de organismos vivos, o termo 'raça' foi usado com pelo menos quatro sentidos diferentes. O uso mais comum do termo em biologia refere-se às subespécies, ou seja, a uma variedade de espécies que desenvolveram características distintas por meio do isolamento, mas ainda não perderam a capacidade de procriar e produzir híbridos férteis com outras subespécies da mesma espécie. Atualmente, os biólogos preferem o termo subespécie ou linhagem (no caso de espécies domesticadas) a 'raça', evitando assim a confusão associada ao último termo. Os antropólogos físicos costumavam falar de 'raças' humanas no sentido de subespécies, sendo o esquema mais comum a grande divisão tripartite da espécie humana em negroides, mongolóides e caucasóides. Nos últimos quarenta, cinqüenta anos, contudo, ficou cada vez mais claro que não era possível fazer nenhuma taxionomia significativa das raças humanas. (...). Um segundo uso do termo 'raça' é aquele em que ele surge como sinônimo de espécie, como na expressão 'a raça humana'. Esse uso com freqüência ocorre em oposição deliberada ao primeiro, ressaltando a unidade da espécie humana. O terceiro sentido é aquele em que o termo é usado como sinônimo do que costumamos chamar de nação ou grupo étnico, como 'a raça francesa', ou a 'raça alemã'. Este terceiro uso tornou-se obsoleto, mas foi muito comum no século XIX e início do século XX. Finalmente, uma 'raça' pode significar um grupo de pessoas socialmente unificadas numa determinada sociedade em virtude de marcadores físicos como a pigmentação da pele, a textura do cabelo, os traços faciais, a estatura e coisas do gênero. Para evitar confusão, algumas pessoas especificam 'raça social' quando usam o termo raça no seu quarto significado. Quase todos os cientistas sociais usam o termo somente neste quarto sentido de grupo social definido pela visibilidade somática. É importante ressaltar aqui que qualquer semelhança com o primeiro significado é pouco mais que coincidência. Embora ocupem posições sociais similares em suas respectivas sociedades, os 'negros' na África do Sul e Austrália, por exemplo, não são mais proximamente aparentados geneticamente entre si do que o são com os 'brancos'." (CASHMORE, Ellis et al. **Dicionário das relações étnicas e raciais**. Trad. Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000. p.454/455).

A proibição de práticas discriminatórias nas relações estabelecidas entre o Estado e os particulares surge, assim, como uma realidade insofismável que se mostra intimamente associada ao princípio geral da igualdade. Contudo nessa igualdade meramente formal, o princípio da não-discriminação é entendido no contexto de uma idéia proibitiva no que tange à diferenciação infundada de fatos tipicamente iguais.¹³⁸

E discriminação, nas palavras de Pedreira¹³⁹, é uma distinção ilegítima. Distinção porque existente diferença entre duas pessoas ou dois grupos e ilegítima porque a razão em que se funda essa distinção é condenada pelo direito.¹⁴⁰ Por força do uso popular, o vocabulário "discriminação" aperfeiçoou a conotação pejorativa ou preconceitos, sendo esse sentido geral que as leis brasileiras têm referido e sobre o qual recai a nossa explanação.

Para se aferir se um dado tratamento diferenciado ofende, ou não, o princípio da igualdade, deve-se verificar, primeiramente, se ela se qualifica como arbitrária. Isto é, deve-se indagar:

¹³⁸Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Direitos Humanos, que integra o sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA, enfatiza que o "princípio da não-discriminação ocupa uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário" (TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p.55).

¹³⁹PEDREIRA, Luiz Pinho. O princípio da igualdade de tratamento. **Revista LTr**, v.60, n.4, abr. 1996.

¹⁴⁰A Convenção n.º 111 das Organizações Internacionais do Trabalho conceitua a discriminação como: a) toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião, política, ascendência nacional ou origem social, que tenham por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão e (ou) b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenham por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

se o tratamento diverso outorgados a uns for "justificável, por existir uma "correlação lógica" entre o "fator discrimen" tomando em conta e o regramento que se deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.¹⁴¹

Não basta, todavia, que se qualifique de arbitrário o discrimen. Faz-se necessário verificar, ainda, se ele tem aptidão de violar os direitos fundamentais do cidadão. Isso porque o princípio da não discriminação funda-se no da igualdade. Pode-se tê-lo como o aspecto negativo do princípio da igualdade. Pode-se, também, afirmar-se que o princípio da não discriminação assume maior notoriedade, porque a idéia de não discriminação já se radicou, há muito tempo, como um postulado fundamental proibitivo.

Na discriminação direta apenas trata-se de modo menos favorável os membros de um grupo cuja causa de homogeneidade são, por exemplo, o sexo, a cor etc., exigindo-se, para o reconhecimento da discriminação proibida, a prova da intenção discriminatória do autor.

Quando se trata da discriminação indireta não mais se investiga a intenção com que ato foi praticado e sim seu efeito, suas conseqüências. Constituem discriminações indiretas aquelas práticas que, sendo formal ou aparentemente neutra, possuem, não obstante, um efeito adverso sobre os membros de um determinado grupo, sobretudo quando se trata de um grupo historicamente discriminado.

Entretanto, as cartas constitucionais dos países democráticos, em que se inclui o nosso sistema jurídico que tem como objetivo e fim do Estado, mais que declarar a igualdade, a persecução concreta e eficaz desta, instituem a persecução da igualdade considerando para tanto, além da vigência dos valores da isonomia, a proibição da utilização de critérios diferenciadores, vetando expressamente toda e qualquer forma de discriminação como estabelece o artigo 3.º inciso IV da Constituição

¹⁴¹MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 3.ed., 11. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.49.

Federal brasileira no sentido de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Portanto, o princípio da igualdade constitucionalmente informa o sistema para a busca da igualdade material, ou seja, da promoção da isonomia no contexto da diferença, indo muito além da mera proibição da discriminação, que já se tem por pressuposta e já arraigada na tradição do povo brasileiro.

Carlos David Aarão Reis¹⁴², baseado na premissa de que na época clássica se apontava para a existência de duas formas de igualdade, a absoluta, tida como impossível, e a relativa, que era considerada a verdadeira igualdade, intenta fazer uma distinção entre elas. Para esse autor, apenas a igualdade relativa é passível de realização, porque, quanto à igualdade absoluta, afirmar a sua existência seria o mesmo que negar a própria natureza das coisas no mundo do ser humano, dada as diferenças físicas e sociais que caracterizam os homens em suas relações com o outro e com a sociedade a que pertence. Afirma o aludido autor:

Há uma primeira – e mais incisiva – distinção a ser feita: entre igualdade absoluta ou igualitarismo e igualdade relativa, a verdadeira igualdade. São duas classes de igualdade, homônimas, é certo, mas de fato quase opostas entre si por muitos modos, na observação platônica. Embora com o risco de parecer tedioso, convém insistir na diversidade humana, decorrente de fatores naturais ou sociais (ou de ambos). Os indivíduos são diferentes entre si em capacidades físicas e intelectual, em inteligência e caráter, em preferências e aptidões, não tendo qualquer *Declaration de droits* o condão de aplainar estas desigualdades. Portanto, a igualdade absoluta não é possível, pois contraria a natureza das coisas do ser humano...

Para ele, a verdadeira igualdade, a igualdade relativa, é a única que possibilita o tratamento igualitário, porque considera, para tanto, as diferenças existentes entre os homens. Do contrário, o princípio da igualdade tomado por seu conceito absoluto quase sempre produz extremadas desigualdades, as quais acirram o abismo entre os não-iguais ao invés de equipará-los a partir das diferenças a eles inerentes.

¹⁴²REIS, Carlos David Aarão. **Família e igualdade**: a chefia da sociedade conjugal em face a nova constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.25.

Essa igualdade relativa impõe, necessariamente, uma realidade relacional, ou seja, se estabelece e torna-se possível de aferição a partir de um juízo de comparação, decorrendo deste fato a importância da qualificação material do princípio da igualdade, e da mitigação, especialmente, diante do caso concreto a ser tratado pelo direito, do princípio da igualdade como conceito mecânico e meramente formal.

Guilherme Machado Dray compreende que a igualdade afirma-se definitivamente como um princípio geral, dominante de toda ordem jurídica,

Sendo possível discernir, a partir deste momento, os conceitos de desigualdade formal e de desigualdade material. Assim, ao passo que a desigualdade formal se traduziria na existência de uma contradição na legislação ou na própria aplicação da lei, a desigualdade material consistiria na contradição de uma disposição legislativa com o "direito justo" ou com a "equidade". Conseqüentemente, se a desigualdade formal na aplicação da lei consistia na violação pura e simples da legalidade, a violação da igualdade matéria ocorreria sempre que o legislador tratasse igualmente o que é diferente e, reciprocamente, diferentemente o que é igual.¹⁴³

Depois de afirmar que os direitos de liberdades negativas valem para o homem abstrato e generalizado, assinala Bobbio¹⁴⁴ que a igualdade nos direitos é mais do que a simples igualdade perante a lei como exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos fundamentais constitucionais assegurados. Ele agrega à idéia de igualdade perante a lei os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como os direitos civis e políticos. Sustenta esse autor, ainda¹⁴⁵, realçando a interseção entre mudança social e nascimento de novos direitos, a emergência de novo perfil de sujeitos de direitos, cujo protótipo não mais estaria circunscrito ao homem branco, adulto, não portador de deficiência, portador de carteira assinala, mas inclui os indivíduos considerados em suas

¹⁴³DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁴⁴BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16.^a tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.70.

¹⁴⁵BOBBIO, **Igualdade...**, p.68-69.

especificidades e demandas grupais, sejam elas determinadas pela idade, pelo porte de deficiências, pelo sexo, pela raça/etnia etc.

O alargamento do conceito de sujeito de direitos, no sentido de abandonar uma concepção de sujeito abstrato para apreendê-lo em sua concretude e realidade, é também captado por Flávia Piovesan, que faz a seguinte observação:

A partir da extensão da titularidade de direitos, há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo "especificado", considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.¹⁴⁶

Essa noção de cidadão plural, textualmente consagrada na Constituição de 1988, redefiniu o fundamento jurídico do princípio da igualdade, tornando-o mais consentâneo com as mutações sociais e ideológicas e, sobretudo, mais ajustado às novas dimensões de direitos e de cidadania que caracterizam as sociedades democráticas neste novo milênio. Não deixa de parecer paradoxal, a propósito, que a afirmação da diferença revigore simultaneamente o direito de igualdade, assinalando uma relação simétrica entre o direito à diferença de identidades, e o direito de igualdade, no exercício e na fruição dos direitos.¹⁴⁷

Ressalta-se que a aplicação concreta do princípio da igualdade implica, pois, um juízo necessário de comparação entre duas ou mais pessoas, categorias ou situações, possibilitando a partir desse juízo de comparação o tratamento diferenciado de um em relação ao outro, sempre que a situação concreta assim o exigir. Em

¹⁴⁶PIOVESAN, op. cit., p.194.

¹⁴⁷SILVA JR., Hélio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, A. S. A. **Tirando as máscaras**: ensaios sobre racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra/SEF, 2000. p.37.

suma, o princípio da igualdade, numa democracia social, vai estabelecer a noção de que o Direito não deve ser alheio à necessidade de estabelecer uma sociedade equânime na fruição dos seus bens.

Observa-se que o escopo visado pelo ordenamento jurídico é coibir a discriminação entre pessoas até o limite que baste para igualá-las aos demais, não deixando que essa proteção adquira um significado superprotetivo. Concluindo, portanto, que não há proibição absoluta de tratamento normativo desigual, senão a desigualação jurídica sem a justificativa constitucional que caracteriza o privilégio e a discriminação.¹⁴⁸

2.5 IGUALDADE MATERIAL: AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO SEU INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO

Por algum tempo, como foi mencionado no capítulo anterior, o princípio da igualdade perante a lei foi identificado como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada no sistema constitucional. Nesses moldes, o princípio da igualdade, em termos concretos, não passava de mera ficção, uma vez que se resumia e se satisfazia com a idéia de igualdade meramente formal.

Assim, percebeu-se que o princípio da isonomia necessitava de instrumentos de promoção da igualdade jurídica, haja vista que a simples igualdade de direitos, por si só, mostrou-se insuficiente para tornar acessíveis aos desfavorecidos socialmente, as mesmas oportunidades de que usufruíam os indivíduos socialmente privilegiados.

Para alcançar a efetividade do princípio da igualdade, haveria que se considerar em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas,

¹⁴⁸Bandeira de Mello assinala que a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso, ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada (Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/4406,1>>. Acesso em: 15 nov. 2005. p.2).

também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana. Apenas proibir a discriminação não garantiria a igualdade jurídica. Daí surgiu o conceito de igualdade material ou substancial, que se desapegava da concepção formalista de igualdade, passando-se a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

Mello¹⁴⁹ explica que o alcance desse princípio não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, porque a própria lei pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Trata-se de preceito voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador, e, como ressalta o autor, "não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas". E assevera, ainda:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹⁵⁰

Com a propagação da idéia de "igualdade de oportunidades", norteadas pela necessidade de extinguir-se ou ao menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, começaram a brotar em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, agora vistos como sujeitos concretos, historicamente situados.

Note-se que esse indivíduo particularmente considerado é o alvo dessas novas políticas sociais, que, em verdade, referem-se às tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, e também se denominam "ações afirmativas". Com essa nova posição, o Estado deixa de ser neutro e mero espectador dos

¹⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.9.

¹⁵⁰MELLO, op. cit., p.10.

embates travados na seara da convivência humana e passa a atuar ativamente, no intuito de concretizar a igualdade positivada nos textos constitucionais.

Bonavides¹⁵¹ assinala que, dentre os direitos fundamentais existentes, a igualdade é a que mais tem ganhado relevo no Direito Constitucional hodierno, constituindo o direito-chave, o direito guardião do Estado social.

Certo é que às leis cabem discriminar situações para submetê-las à regência de determinadas regras, mas é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis, a fim de estabelecer cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação – "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais" – em guia de uma *práxis* efetiva.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵² cita como exemplo o fator "estatura" entre os homens. Não poderia a lei estabelecer, em função dessa evidente desigualdade, que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso aos homens de baixa estatura o uso deste instituto jurídico. Em situação diversa, poderia a lei estabelecer: "só poderá fazer parte de 'guardas de honra', nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros".

Analisando o motivo pelo qual na primeira hipótese contestou-se juridicidade, admitindo-a na segunda, o autor aduz: "Dês que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrîmen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia."¹⁵³

No mais, as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa, ou ainda em razão da cor dos olhos,

¹⁵¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.341.

¹⁵²MELLO, op. cit., p.11-12.

¹⁵³MELLO, op. cit., p.12.

da compleição corporal etc.¹⁵⁴ Contudo, pondera o autor, "qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico".¹⁵⁵

Atchabahian¹⁵⁶ também entende que o princípio em estudo deve ser considerado não como igualdade absoluta, mas como igualdade proporcional, uma vez que varia de acordo com as exigências do ser humano. E afirma: "É proporcional, pois longe de ser algo inalterável, relativo aos homens, deve levar em conta as peculiaridades destes".

Como bem anota Serge Atchabahian¹⁵⁷, não há mais espaço, no mundo contemporâneo, para discussões antagônicas acerca da igualdade. O que existe e se manifesta no direito hodierno é, segundo o autor, "a convergência de idéias para se dar efetividade à aplicação do princípio e obter, como seu fruto o equilíbrio na sociedade".

Partindo-se da premissa de que o tratamento desigual acaba por equiparar situações em que a equiparação era necessária mas não existia, há que se buscar meios de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos, equiparando os homens no que se refere ao gozo e à fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres, indo além de simplesmente dar tratamento uniforme apenas formalmente, mas uma igualdade real, verdadeira e efetiva perante os bens da vida. Percebe-se, assim, a clara tendência mundial em retirar o princípio da igualdade de uma posição formal, e, atendendo aos reclames sociais da realidade contemporânea, dar a esse princípio novos contornos, como forma de concretizar a essência de seus preceitos.

¹⁵⁴MELLO, op. cit., p.15.

¹⁵⁵MELLO, op. cit., p.17.

¹⁵⁶ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004. p.72.

¹⁵⁷ATCHABAHIAN, op. cit., p.75.

Há que se ter uma correlação entre aquilo que é tomado como motivo de discriminação e as conseqüências e os tratamentos que serão atribuídos a cada situação, com base numa adequação racional e constitucional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de fundamento.

Importante transcrever a lição trazida por Ferrajoli, no tocante ao princípio da igualdade:

a igualdade jurídica, seja formal ou substancial (material), pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais. São de fato, os direitos fundamentais as técnicas mediante as quais a igualdade de ambos os casos é assegurada ou perseguida; e é a diversa natureza dos direitos, nos dois casos sancionados que consente de explicar a diversa relação com as desigualdades de fato. Precisamente, as garantias dos direitos de liberdade (ou, direitos de) asseguram a igualdade substancial ou social. Uma tutelam as diferenças, das quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis. Os direitos do primeiro são direitos à diferença, isto é, a ser si mesmo e permanecer uma pessoa diversa das outras; os de segundo são direitos à compensação pelas desigualdades, e por isso, a tornar-se, nas condições mínimas de vida e sobrevivência igual às outras. No primeiro caso a diversidade é um valor de garantia; no segundo, um desvalor a combater. A relação entre os três clássicos princípios inscritos sobre a bandeira da Revolução francesa - *liberté, égalité, fraternité* – pode ser sobre essa base requalificada. Estes valores não se implicam entre eles, assim como se tem visto, não se implicam entre eles os direitos de liberdade e os direitos sociais. Mas nenhum caso é incompatível. Ao contrário, são mediados por valores de igualdade, que forma o fundamento axiológico dos outros dois. O direito à igualdade pode ser concebido como um meta direito em relativamente não só à liberdade assegurada pelos direitos de liberdade, como também à fraternidade prometida pelos direitos sociais: precisamente, este é o princípio constitutivo dos direitos de liberdade, enquanto igualdade formal dos direitos de todas as suas pessoais distinções ou diferenças, como dos direitos sociais, enquanto igualdade substancial dos direitos de todos a condições sociais de sobrevivências.¹⁵⁸

A visão material da igualdade, portanto, vem complementar a sua visão meramente formal, não bastando, agora, que a lei declare que todos são iguais, mas devendo propiciar mecanismos eficazes para a consecução da igualdade.

Assim, o Estado assume um papel fundamental para garantir aos membros da sociedade uma efetivação da igualdade, redimensionando os seus objetivos e os meios para atingi-los. Canotilho dá a dimensão das alterações que a igualdade material

¹⁵⁸FERRAJOLI, Luiz. **Derecho y Razón**: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1998. p.276.

reclama por parte do Estado: "a obtenção da igualdade substancial pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações".¹⁵⁹

Do mesmo modo, Gomes¹⁶⁰ afirma que a igualdade substancial ou material é produto do Estado Social de Direito e propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. Da transição da ultrapassada noção de igualdade *estática* ou *formal* ao novo conceito de igualdade *substancial* ou *material* surge a idéia de *igualdade de oportunidades*, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de extinguir-se ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, no sistema jurídico de diversos países, de políticas sociais de apoio e promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, às quais, na maioria desses lugares, foi dado o nome de ações afirmativas. Alvacir Alfredo Nicz, nesse ponto, faz o seguinte comentário:

Assim, o princípio da igualdade jurídica não se restringe apenas a igualdade formal mas, principalmente, passa a ser tratada sob a ótica da concepção material como um instrumento hábil para tornar efetivo o alcance da igualdade real. Desta forma, o princípio da igualdade do Estado de Direito insere-se também, agora como proporcionador de oportunidades no âmbito do Estado Social. Com o objetivo de colocar os integrantes da sociedade com as mesmas condições de oportunidades o princípio da igualdade tem sido trabalhado, muitas vezes, no sentido de beneficiar uns em detrimento de outros. Esta ponderação se mostra necessária visando proporcionar a justiça aos mais necessitados, através de mecanismos que igualizem os desiguais ou minimizem no tempo as

¹⁵⁹CANOTILHO e MOREIRA, op. cit., p.306.

¹⁶⁰GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/joaquim_b_gomes/jg_2.html>. Acesso em: 27 nov. 2005. p.3.

desigualdades existentes. É desta forma que ao longo dos anos tem sido desenvolvidas ações específicas, buscando eliminar ou reduzir as desigualdades existentes entre categorias sociais, discriminadas negativamente até que elas sejam superadas. Assim se faz pela chamada ação afirmativa. Esta decorre de programas e de políticas públicas e/ou privadas exercitadas por ação compensatória para fins de correção de distorções sociais.

Como lecionam Jaccoud e Beghin¹⁶¹, o surgimento de propostas de ação afirmativa assenta-se em uma crítica ao ideal da igualdade de direitos como instrumento eficaz para a promoção da igualdade. O reconhecimento de que a igualdade formal não garante aos que são socialmente desfavorecidos o acesso às mesmas oportunidades que têm aqueles que são socialmente privilegiados promoveu um esforço de ampliação não apenas do conteúdo jurídico e moral da idéia de igualdade, mas das próprias possibilidades jurídicas de concretizá-la. Assim, as políticas de ação afirmativa ancoram-se em uma crítica ao princípio de igualdade formal perante a lei e organizam-se em torno de uma demanda concreta de igualdade – a igualdade de oportunidades.

A respeito da igualdade de oportunidades, Guilherme Machado Dray¹⁶² afirma que seu surgimento decorre da confluência entre duas grandes tradições ideológicas em torno da noção da igualdade, a liberal e a social, dando origem a duas formas distintas de compreendê-la. Colhe-se da obra do autor português o seguinte trecho:

Com efeito, a noção de "igualdade de oportunidades" surge como um ponto de encontro entre duas grandes tradições jurídico-ideológicas existentes a propósito da igualdade: a liberal, que ao assentar na neutralidade do Estado, concebe a igualdade de oportunidades como uma igualdade de condições jurídicas independentemente da existência de desigualdades de meios factuais; e a social, que assenta no restabelecimento da própria igualdade factual, como condição necessária para a promoção de uma igualdade real. Assim, enquanto que a primeira vê a igualdade de oportunidades de um ponto de vista estritamente "formal", a segunda, pelo contrário, concebe a igualdade de um ponto de vista "material", apelando por isso a uma visão "positiva" e "intervencionista" da igualdade. Ou seja, do conceito de "igualdade de oportunidades" parecem resultar, como sublinha Perelman, dois "princípios de justiça": "a cada um de acordo com os seus méritos" (princípio de índole liberal) e "a cada um de acordo com as suas necessidades" (princípio

¹⁶¹JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília: Ipea, 2002. p.33.

¹⁶²DRAY, op. cit., p.89.

de índole social). Ora, acrescenta o mesmo autor, num Estado de Direito "Social", que assenta sobre uma "ordem fundamental liberal", os dois indicados princípios de justiça não se podem excluir em absoluto, sendo necessária a sua combinação através do delineamento de actuações políticas nesse mesmo sentido.

Entretanto, a igualdade de oportunidades vista sob a perspectiva estritamente liberal tende a resumir-se a uma igualdade fictícia de ponto de partida dos indivíduos, no sentido de se acreditar que eles, por si sós, são capazes de, por seus próprios meios, partir para a realização de seu sucesso, sem qualquer consideração a respeito das desigualdades de fato existentes entre eles.¹⁶³ Essa concepção de igualdade de oportunidades não pode e nem deseja combater desigualdades sociais e desigualdades de fato.

Desde logo se percebeu, porém, que essa igualdade fundada na autonomia da vontade de cada pessoa não passava de uma ficção, porque quando as relações econômicas e sociais são desiguais, a liberdade cede lugar à opressão dos mais fracos. Isso, evidentemente, colocou em causa a aceitação dessa visão da igualdade de oportunidades, que foi posteriormente substituída por um conceito de igualdade de oportunidades substancial ou material, que tinha nas ações afirmativas seu mais importante instrumento de realização. Citam-se, mais uma vez, as observações feitas por Guilherme Machado Dray¹⁶⁴:

¹⁶³Taborda trata a igualdade de oportunidades como sinônimo de igualdade de chances ou de ponto de partida: "A igualdade, então, foi pensada em termos de igualdade de chances ou de oportunidades, ou ainda, de pontos de partida, a partir da consideração de que 'toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos'. Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, muitas vezes é necessário favorecer uns em detrimento de outros. Introduzem, assim, artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam: uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades" (TABORDA, op. cit., p.257-258).

¹⁶⁴DRAY, op. cit., p.90.

Na realidade, a idéia neutral de igualdade, assente, por sua vez, num conceito de justiça puramente formal, ao tratar de forma absolutamente igual pessoas diferentes ou que se encontravam em situações dissemelhantes, concedendo-lhes idênticas oportunidades, apenas tendia a agravar as desigualdades sociais já existentes, aumentando o fosso que separava os mais abastados dos mais desfavorecidos. O modelo liberal de igualdade perante a lei ou de "igualdade de oportunidades" puramente formal, viria, pois, a ser amplamente criticado e substituído por um novo conceito de "igualdade de oportunidades" de índole material, nos termos da qual, na esteira do Estado Social de Direito, se impunha a introdução de correcções nas desigualdades factuais mediante o recurso às denominadas "discriminações positivas".¹⁶⁵

Ora, se o Estado de Direito Social parte da noção de que o Estado não pode ficar parado, funcionando como um mero árbitro que observa o desenvolvimento das forças de mercado, numa situação puramente neutral, a sua função passa a ser outra, a de um agente atuante, transformador da realidade social, económico e cultural, devendo orientar o seu agir no sentido de corrigir as desigualdades fáticas existentes entre os seres humanos, impondo-se a adoção, para esse fim, das denominadas ações afirmativas, que visam alcançar a igualdade material.¹⁶⁶

¹⁶⁵A partir do estudo da realidade da Constituição da República Portuguesa, o autor afirma que não só são aceitáveis as ações afirmativas como vai mais longe, defendendo a existência de uma imposição ao Estado português para que o mesmo as institua, tendo em vista que lhe cabe a promoção da igualdade real. Em verdade, a conclusão do autor no tocante ao princípio da igualdade apresenta-se em três níveis: o reconhecimento do carácter formal e do carácter material do princípio da igualdade, a vedação de privilégios, discriminações e proibição do arbítrio e, por fim, a imposição da adoção das ações afirmativas, por lá designadas de discriminações positivas. Essas são as palavras do autor: "Em suma, da Constituição da República Portuguesa parece resultar, com particular nitidez: a) a afirmação, com carácter geral, tanto da 'igualdade perante a lei' como da 'igualdade real' dos portugueses, intimamente relacionada com a 'transformação das estruturas económico-sociais' e a par das 'tarefas fundamentais do Estado'; b) o sentido negativo de igualdade, como vedação de privilégios e de discriminação e proibição do arbítrio; c) a idéia da imposição constitucional de promoção de diferenciações tendo em vista a prossecução da aludida 'igualdade real', mediante a imposição de discriminações positivas, designadamente no que tange à matéria do emprego e quanto à categoria geral dos trabalhadores subordinados." (DRAY, op. cit., p.111).

¹⁶⁶Evidentemente a adoção das ações afirmativas não dispensam, ao contrário, exigem, a implementação de políticas mais gerais e mais amplas visando promover a igualdade material, já que, via de regra, as ações afirmativas são pontuais e restritas, utilizadas naquelas situações em que a desigualdade material é tão urgente e evidente que não mais pode esperar.

A igualdade de oportunidades material e, portanto, as ações afirmativas funcionam como ponto de equilíbrio entre as aspirações liberais e sociais.¹⁶⁷

No Brasil, a crítica à igualdade formal de direitos perante a lei tem-se organizado em torno do diagnóstico de que a desigualdade se alimenta de um poderoso e dissimulado fenômeno de discriminação que impede que todos os brasileiros possuam as mesmas oportunidades no acesso aos bens da vida. Com isso passou-se a questionar a necessidade de uma ação focalizada do Estado na tentativa de promover um nível igualitário de acesso às oportunidades oferecidas a todos os cidadãos do país mediante políticas de ação afirmativa. Esse tipo de política permitiria tratar desiguais de forma desigual com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades hoje negada a diversos grupos. Flávia Piovesan afirma que "nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas".¹⁶⁸

Dessa forma, aparecem como centrais nas políticas de ação afirmativa aquelas medidas que objetivam preparar, estimular e promover a ampliação da participação dos grupos discriminados nos diversos setores da vida social, especialmente nas áreas de educação e mercado de trabalho, dentre outros.

¹⁶⁷Taborda faz uma importante conexão entre o critério de discriminação e a finalidade da norma, que deverá ser razoável e suficiente, e entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade, como já ocorre no Direito Alemão e Português: "A conexão entre o critério de discriminação e a finalidade da norma deverá ser razoável e suficiente, e o elemento de discriminação não é autônomo em relação ao elemento finalidade. Pelo contrário, é uma decorrência e tem de ser escolhido em função deste. (...). A título de comparação, vale dizer, ainda, que atualmente, no Direito Alemão e Português, além da proibição de arbitrariedade, agrega-se à aplicação do Princípio da Igualdade a exigência de proporcionalidade, isto é, de adequação, necessidade, ponderação e proibição do excesso – medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação. Partindo dessas considerações, Canotilho constata existir uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a discriminação veiculada na norma não se basear: a) em um fundamento sério; b) não tiver sentido legítimo e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável." (TABORDA, op. cit., p.262-263).

¹⁶⁸PIOVESAN, op. cit., p.199.

Serge Atchabahian¹⁶⁹ assinala que as ações afirmativas podem ser apresentadas como um instrumento prático para implementar a igualdade material. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.¹⁷⁰ Além desse papel, cabe também às ações afirmativas uma finalidade decisiva para a realização do projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade sociais, sempre pautadas pelo respeito à diferença e à diversidade.¹⁷¹

¹⁶⁹ATCHABAHIAN, op. cit., p.96.

¹⁷⁰SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, a.7, n.60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

¹⁷¹Essa é a visão de Flávia Piovesan, que para a análise da igualdade e da discriminação parte do binômio inclusão-exclusão. Eis a asserção da autora: "Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente da inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação.

CAPÍTULO 3

AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

As controvérsias sobre as ações afirmativas são muitas e se iniciam na identificação do próprio significado do termo.¹⁷² Trata-se de um significante que pode designar um conjunto de iniciativas ou políticas adotadas, impostas ou incentivadas pelo Estado, a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana.

Joaquim Barbosa Benedito Gomes¹⁷³, referindo-se à experiência americana, destaca que no início as ações afirmativas eram tidas como um mero encorajamento por parte do Estado para que as pessoas com poder decisório nas áreas públicas levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso a educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no receptivo mercado de trabalho.

De acordo com esse autor, no final da década de 1960 e início dos anos 70, constatada a ineficiência dos métodos tradicionais de combate à discriminação deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser

¹⁷²As ações afirmativas recebem, no Brasil e no direito comparado, várias denominações. Dentre elas, podem-se citar ações positivas, discriminações positivas, discriminação reversa, cotas, reserva de vagas etc.

¹⁷³GOMES, Joaquim Benedito. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.39.

associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidade material mediante a imposição da adoção de cotas rígidas de acesso de integrantes dos grupos minoritários a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições de ensino de destaque. Na atualidade, sustenta o autor que:

as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral e específica, através de mecanismos informar, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.¹⁷⁴

Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁷⁵, a brasileira que por primeiro enfrentou o tema das ações afirmativas do ponto de vista jurídico-constitucional,¹⁷⁶ destaca que

¹⁷⁴Op. cit., p.40. Na introdução de sua obra, o autor já afirma que "as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano".

¹⁷⁵ROCHA, op. cit., p. 283-295. Essa é a asserção da autora: "a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias".

pela desigualação introduzida pelas ações afirmativas é possível alcançar-se uma igualdade efetiva, no âmbito do social, da política e da economia no e segundo o direito. De acordo com ela, "por essa desigualação positiva se promove a igualação jurídica efetiva"¹⁷⁷.

Sandro Sell afirma que: "a ação afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade"¹⁷⁸.

Villas Bôas¹⁷⁹ conceitua as ações afirmativas como sendo um conjunto de medidas especiais e temporárias tomadas ou determinadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade.

Consoante observa Cashmore, "esta política é voltada para reverter as tendências históricas que conferiam às minorias e às mulheres uma posição de desvantagem, particularmente nas áreas de educação e emprego. Ela visa ir além da tentativa de garantir igualdade de oportunidades individuais ao tornar crime a discriminação, e tem como principais beneficiários os membros de grupos que enfrentam preconceito"¹⁸⁰. A respeito do termo minorias, o autor norte-americano refere a existência de dois sentidos, o numérico e o político, e explica que

¹⁷⁶A autora aponta as ações afirmativas como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade.

¹⁷⁷ROCHA, op. cit., p.286.

¹⁷⁸SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p.15.

¹⁷⁹VILLAS BÔAS, Renata M. Ações afirmativas. **Revista Consulex**, n.163, p.29, 31 out. 2003.

¹⁸⁰CASHMORE, op. cit., p.31.

O termo minoria tem provocado confusões no campo das relações raciais e étnicas em virtude do seu duplo significado – numérico e político. Nos Estados Unidos, onde o termo arraigou-se na terminologia oficial, um grupo é definido como minoritário principalmente em termos de desvantagens, falta de oportunidades ou alguns eufemismos de combinação de opressão política, exploração econômica e discriminação social. No uso americano recente, o substantivo "minority" pode referir-se tanto a um grupo racial ou étnico quanto a um membro seu. Como os grupos assim definidos (principalmente os afro-americanos, ameríndios, hispânicos e grupos de origem asiática) são todos minorias numéricas da população total dos Estados Unidos, o uso do termo na América do Norte é relativamente tranquilo, embora possa refletir o interesse de classes (a única confusão possível ocorre com o uso político do termo como referência à representação partidária no governo, como em "líder da minoria no Senado").¹⁸¹

No mesmo sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha, constatando que os destinatários das ações afirmativas são os grupos minoritários que se encontram à margem do processo de fruição de oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida,¹⁸² adverte que o termo minorias não deve ser compreendido em seu sentido quantitativo, mas sim como grupos de pessoas que possuem, por suas condições próprias, um menor rol de direitos efetivamente assegurados, se comparados com aqueles que se encontram no poder:

¹⁸¹CASHMORE, op. cit., p.360.

¹⁸²Percebe-se que nesse ponto a autora afirma que até o final do século XX nenhum Estado cuidou de promover a igualação material e nem conseguiu sucesso no intento de superação do preconceito. Nas palavras da autora: "Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguia à 2.^a Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como um direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não, em seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta. Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc. Continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo." (ROCHA, op. cit., p.284).

Não se toma a expressão *minoria* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número [e que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto que é seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.¹⁸³

Renata Villas-Bôas¹⁸⁴ esclarece que a expressão ação afirmativa foi empregada pela primeira vez nos Estados Unidos em 1935, e se referia à proibição, ao empregador, de exercer qualquer forma de repressão contra um membro de sindicato ou seus líderes. Na década de 1960, o termo populariza-se no contexto da luta pelos direitos civis.

No Brasil, Hélio Santos¹⁸⁵ menciona que o primeiro registro encontrado da discussão em torno do que hoje poderíamos chamar de ações afirmativas data de 1968¹⁸⁶, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manterem uma percentagem mínima de empregados de cor, na ordem de 20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda,

¹⁸³ROCHA, op. cit., p.285, nota 3.

¹⁸⁴VILLAS BÔAS, op. cit., p.29.

¹⁸⁵SANTOS, Hélio et al. Políticas públicas para a população negra no Brasil. **Relatório da ONU**, 1999. p.222.

¹⁸⁶Sabrina Moehlecke observa que essa lei não chegou a ser elaborada (MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.204, nov. 2002 (quadrimestral).

como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. Nesse mesmo ano foi aprovada a Lei n.º 5.465/68, a denominada Lei do Boi, que prescreveu a reserva de 50% de vagas dos estabelecimentos de Ensino Médio Agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária a candidatos agricultores ou filhos destes, que, por nato ter alcançado o êxito esperado, foi abolida de nosso sistema jurídico.

Sabrina Moehlecke¹⁸⁷, por seu turno, defende que somente nos anos de 1980 haverá a primeira formulação de um projeto de lei nesse sentido. O então deputado federal Abdias Nascimento, em seu projeto de Lei n.º 1.332, de 1983, propõe uma "ação compensatória", que estabeleceria 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 foi aprovado pelo Congresso Nacional, mas as reivindicações continuaram.

No ano de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal, que trouxe em seu texto novidades como a proteção ao mercado de trabalho da mulher, como parte dos direitos sociais, e a reserva percentual de cargos e empregos públicos para deficientes físicos, denotando a legitimidade das ações afirmativas no Brasil.

Agir afirmativamente significa sair da situação de imparcialidade, neutralidade em que se encontrava o Estado liberal clássico, para realizar algo de positivo quanto à desigualdade dos grupos discriminados. E isso pode ocorrer de várias maneiras, e entre as mais comuns estão os benefícios fiscais, os programas de inclusão, as metas e as cotas.

¹⁸⁷MOEHLECKE, op. cit., p.222.

Menezes ressalta que:

a Ação Afirmativa, tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar. Por esse motivo, observa-se que os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio, depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias, na correção de distorções sociais.¹⁸⁸

As ações afirmativas podem também ser consideradas como uma concentração de esforços para combater certas injustiças sociais, atacante o problema social da exclusão por discriminação e servindo, conseqüentemente, a um objetivo social útil: "Todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo."¹⁸⁹

Relevante registrar outro efeito importante que se atinge com as ações afirmativas, que é o de eliminar os chamados "efeitos persistentes" das discriminações ocorridas no passado, que tendem a perpetuar-se. Ainda nesse contexto, é útil destacar que, partindo-se da premissa de que os grupos minoritários normalmente não são representados ou sub-representados nos mais diversos ramos de atividade, as ações afirmativas permitem a implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada.

¹⁸⁸MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.29.

¹⁸⁹DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.448.

O historiador norte-americano George Andrews aduz que:

As ações afirmativas significam mais do que o combate a discriminação. A ação afirmativa indica uma intervenção estatal para promover o aumento da presença negra, ou feminina, ou de outras minorias étnicas, na educação, no emprego e nas outras esferas da vida pública. Promover esse aumento implica levar em conta a cor como critério relevante na seleção de candidatos para tais oportunidades. Tradicionalmente foram as pessoas brancas as favorecidas para qualquer oportunidade social ou econômicas; com as ações afirmativas, o Estado estabelece certas preferências para as pessoas negras, ou mulheres, ou membros de outras minorias étnicas. Essas preferências não são absolutas; a raça é só um dos critérios utilizados para distribuição de vagas nas faculdades ou empregos. Um candidato negro de baixa capacidade não pode substituir a um candidato branco de alta capacidade. Mas no caso de competição entre dois candidatos de capacidade mais ou menos igual, um branco e outro negro, segundo os critérios da ação afirmativa, o candidato negro teria a preferência sobre o branco.¹⁹⁰

Quanto ao âmbito de atuação das ações afirmativas, Menezes assinala que "no plano concreto, as políticas de ação afirmativa voltam-se preponderantemente, para as áreas de educação, emprego, moradia, contratos públicos e dispêndios de recursos públicos, sendo usualmente definidas e implementadas da seguinte forma: Leis e regulamentos, políticas voluntárias e decisões judiciais¹⁹¹".

Moehlecke¹⁹², por sua vez, apresenta como principais áreas de influência das ações afirmativas o mercado de trabalho, público ou privado, compreendendo a contratação, qualificação e promoção dos funcionários; o sistema educacional, especialmente o de nível superior; e a representação política, geralmente destinada a equilibrar a representatividade da mulher no exercício de cargos políticos.

¹⁹⁰ANDREWS, George Reid. Ação afirmativa: um modelo para o Brasil. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo**: uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997. p.137-138.

¹⁹¹MENEZES, op. cit., p.41.

¹⁹²MOEHLECKE, op. cit., p.199.

Quanto às formas de implementação dessas medidas, afirma essa autora que:

além desses aspectos, a ação afirmativa também envolveu práticas que assumiram desenhos diferentes. O mais conhecido é o sistema de cotas¹⁹³, que consiste em estabelecer um determinado número ou percentual a ser ocupado em área específica por grupo(s) definido(s), o que pode ocorrer de maneira proporcional ou não, de forma mais ou menos flexível. Existem ainda as taxas e metas, que seriam basicamente um parâmetro estabelecido para a mensuração de progressos obtidos em relação aos objetivos propostos, e os cronogramas, como etapas a serem observadas em um planejamento a médio prazo.

De fato, várias são as formas que podem ser assumidas pelas ações afirmativas. Elas vão desde políticas sensíveis ao critério racial, social ou de gênero, em que tais critérios são considerados ao lado de outros, até as políticas de cotas, em que se reserva um percentual de vagas para pessoas pertencentes a esses

¹⁹³Carlos Alberto Medeiros formula a seguinte metáfora, que bem traduz o alcance das ações afirmativas: "Imaginem dois corredores, um amarrado e 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 estória 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. No caso dos negros, há também a desvantagem histórica. Seus pais e avós sofreram a discriminação aberta e por causa disso não puderam acumular e transmitir riqueza. O objetivo da 'ação afirmativa' é superar essas desvantagens e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem a sociedade. Isso pode ser feito de várias maneiras. Proporcionar bolsas de estudos e promover cursos de qualificação para membros desses grupos e dar um treinamento especial para o corredor que estava amarrado. Reservar-lhes um determinado número de vagas, ou 'cotas', nas universidades ou em certas áreas do mercado de trabalho é como colocar aquele corredor alguns metros à frente." (BORGES, Edson, d'ADESKY, Jacques, MEDEIROS, Carlos Alberto. **Racismo, preconceito e intolerância**. São Paulo: Atual, 2002).

grupos.¹⁹⁴ Dentre as políticas sensíveis podem ser mencionadas o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus, os incentivos fiscais com instrumento de motivação do setor privado e o uso do poder fiscal.

Muito se discute se a ação afirmativa seria uma forma de justiça compensatória ou distributiva. Vale, aqui, analisar as características idealizadas por algumas dessas correntes.

Joaquim Benedito Barbosa Gomes¹⁹⁵ explica que a justiça compensatória tem uma natureza "restauradora" voltada às sociedades que por longo período estiveram à mercê de políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, visando corrigir os efeitos perversos da discriminação sofrida no passado.

Desse modo, com a adoção de programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, estar-se-ia promovendo, em tempos atuais, uma "reparação" ou "compensação" pela injustiça cometida no passado aos antepassados pertencentes a esses grupos sociais.¹⁹⁶

A justificativa para tal procedimento baseia-se no fato de que o processo de marginalização social tem inclinação perenizante, e todo a gama de preconceito e discriminação sofridos pelas gerações passadas tende a transmitir-se às gerações futuras, gerando um terrível e injusto ônus social, econômico e cultural que visivelmente vai se perpetuando.

O autor invoca a lição de Michel Rosenfeld, para quem a justiça compensatória cuidaria de "restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas

¹⁹⁴Joaze Bernardino salienta que "embora qualifiquemos cotas e políticas sensíveis à raça apenas como tipos diferentes de ação afirmativa, há aqueles que procuram tratar cotas e ações afirmativas como políticas públicas diferentes (BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, Ano 24, n.2, p.255, 2002).

¹⁹⁵GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

¹⁹⁶GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário delas em uma transação que resultou em ganho para o violador e perda para a vítima".¹⁹⁷

Contudo, ainda que a noção de justiça compensatória norteie vários programas de ação afirmativa em diversos países que adotam esse tipo de política social, trata-se de uma concepção não isenta de falhas, pois, conforme alerta Gomes¹⁹⁸, em regra, somente quem sofre diretamente o dano é revestido de legitimidade para postular a respectiva compensação, e, ainda, tal compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que causou o dano. Daí porque, segundo o autor, essas incongruências tendem a enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das ações afirmativas.

Para os que defendem essa primeira corrente, a ação afirmativa representaria um ressarcimento por danos a grupos sociais identificados ou identificáveis, causados pelo Poder Público ou por determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Para haver justiça e evitar uma discriminação reversa¹⁹⁹, Menezes²⁰⁰, do mesmo modo, alerta que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados, assim como apenas as vítimas reais e individualmente reconhecidas sejam ressarcidas proporcionalmente aos danos sofridos.

Sob o enfoque da concepção de justiça distributiva, a ação afirmativa, norteadada para a concretização do princípio da igualdade material de oportunidades, estaria relacionada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, na distribuição de direitos, vantagens e ônus entre os membros da sociedade, sendo

¹⁹⁷Apud GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

¹⁹⁸GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.65.

¹⁹⁹A discriminação reversa consiste em favorecer todos aqueles que pertencem a determinada classe ou grupo social, independente de serem vítimas de discriminação.

²⁰⁰MENEZES, op. cit., p.35.

implementadas por meio de diversos critérios, como, por exemplo, tomando com base os esforços, necessidades, utilidades etc.²⁰¹

William L. Taylor esforça-se para diferenciar o conceito de ação afirmativa de outros conceitos, como reparação e redistribuição, e explica:

O primeiro, necessariamente, inclui beneficiários de seus programas todos os membros do grupo prejudicado. O segundo, por sua vez, pressupõe como critério suficiente (ou mesmo exclusivo) a carência econômica ou socioeconômica dos membros do grupo em questão, independentemente dos motivos dessa carência. A ação afirmativa diferenciaria-se, no primeiro caso, porque '... em programas de ação afirmativa, o pertencimento a um determinado grupo não é suficiente para que alguém seja beneficiado; outros critérios iniciais de mérito devem ser satisfeitos para que alguém seja qualificado para empregos ou posições...'. Já em relação à redistribuição, ela distingui-se por configurar-se em medida de justiça, a qual se constitui em argumento legal para seu pleito, tal como a jurisprudência norte-americana a consagrou.²⁰²

Ainda com referência à justiça distributiva, Gomes²⁰³ enfatiza a preocupação do Estado, que deve promover "a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes 'bens' e 'benefícios' entre os membros da sociedade".

O conceito de justiça distributiva parte do pressuposto de que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, o que, na prática, implicaria a adoção de ações afirmativas outorgando aos grupos marginalizados, de maneira eqüitativa e rigorosamente proporcional, aquilo que normalmente obteriam se fosse a todos concedidas as mesmas oportunidades.²⁰⁴

Não se pode deixar de mencionar, quando se alude à justiça distributiva, o argumento utilitarista, defendido por aqueles que crêem que a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade gera a promoção do bem-estar geral, visto que reduzem

²⁰¹MENEZES, op. cit., p.38.

²⁰²Contins, Sant'Ana, 1996, p.210, apud MOEHLECKE, op. cit., p.201.

²⁰³GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.66.

²⁰⁴GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.66-67.

a pobreza e as iniquidades, de modo a contribuir para o desaparecimento do rancor, do ressentimento, da perda do auto-respeito que decorrem da desigualdade econômica e até mesmo a redução do grau de consciência racial da sociedade.²⁰⁵

Wasserstrom, outro defensor do utilitarismo mencionado por Gomes, por sua vez, afirmou que:

na sua operação (os programas de ação afirmativa) alteram diretamente a composição dessas instituições (universidades, governos federal, estadual e local, empresas, a magistratura e a advocacia, as legislaturas federal e estadual) pelo incremento do número de não-brancos e de mulheres que de fato preenchem essas posições de poder e autoridade. Isto é desejável em si mesmo, por configurar uma redistribuição de posições de sorte a criar uma nova realidade social – uma que mais se aproxime daquela capturada pela boa sociedade... na qual, em grau substancialmente superior ao observado no presente, as posições de relevância serão ocupadas por pessoas não-brancas e de sexo feminino.²⁰⁶

3.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

Conforme anota Sowell²⁰⁷, as políticas de ação afirmativa por parte do governo dos Estados Unidos enfrentam um problema que não existe em muitos outros países, de forma que, antes de discorrer sobre sua evolução histórica, é importante entender e analisar os obstáculos jurídicos que essas políticas tiveram que ultrapassar para serem aceitas pelos tribunais americanos e pela arena política.

Nesse país os grupos preferenciais e as cotas evoluíram de leis que, de início, procuravam banir a discriminação de indivíduos, como foi o caso da Lei dos Direitos Civil de 1964, tendo os negros como o grupo principal. Posteriormente, os

²⁰⁵GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.68-69.

²⁰⁶Richard Wasserstrom, "Philosophy and Social Issues: Fie Studies", University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1980, apud GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.68-69.

²⁰⁷SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. p.115.

programas de ação afirmativa foram se expandindo para incluir, além de outros grupos raciais ou étnicos, também as mulheres.

Estudos mostram que as políticas oficiais de grupos preferenciais remontam aos primórdios da história americana. A população nativa de índios americanos, que por muito tempo se submeteu a leis diferentes e piores do que as da maioria branca, foi, em 1830, contemplada com a primeira política preferencial oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos, de modo que os índios ganharam *status* preferencial para emprego no *Bureau of Indian Affairs*.²⁰⁸

O racismo sempre esteve arraigado na cultura norte-americana, causando, em diversas oportunidades registradas na história, graves tensões sociais. Um exemplo disso foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* que serviu para endossar o descontentamento dos negros contra o preconceito latente na sociedade, o que desencadeou o florescimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, com índole pacifista difundida por líderes como Martin Luther King Jr.²⁰⁹

Apenas as manifestações do Poder Judiciário não eram suficientes para combater o preconceito, e o então senador John F. Kennedy, também pertencente a segmentos minoritários da sociedade norte-americana por ser católico e descendente de irlandeses, assimilou a importância desse tema, e já em discursos em campanhas presidenciais, em 1960, defendia as classes menos afortunadas, em setores como educação, saúde e previdência social.

Ávido por implantar medidas que apresentassem resultados perceptíveis ao seu eleitorado, o Presidente Kennedy expediu, em apenas dois meses após assumir a presidência, a *Executive Order* n.º 10.925, que objetivava fiscalizar e

²⁰⁸SOWELL, op. cit., p.116.

²⁰⁹MENEZES, op. cit., p.87.

reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho. Conforme Menezes²¹⁰, a partir dessa ordem executiva, em todos os contratos celebrados com o governo federal

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.

Destaca Sowell²¹¹ que esse foi o primeiro de uma série de decretos de diversos governos, que não criava preferências para grupos nem cotas e sim ordenava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos.

O Presidente Kennedy, ainda que não contasse com o apoio de boa parte de seus correligionários, empenhou-se pessoalmente em articular a aprovação de diversos projetos de leis que continham programas sociais. Não se pode afirmar que logrou êxito nessa missão, pelo curto período em que exerceu o seu mandato, mas algumas vitórias foram registradas pelos anais da história, a exemplo do *Equal Pay Act*, que em 1963 proibia que as mulheres, pelo mesmo trabalho executado, recebessem remuneração inferior à dos homens.²¹²

Nesse mesmo ano, marcado pelo trágico assassinato do Presidente Kennedy, seu vice, Lyndon B. Johnson, assumiu o cargo, comprometido em seguir os passos de seu antecessor. Conseguiu que o Congresso aprovasse relevantes projetos, como o *Civil Right Act*, que proibia a discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo

²¹⁰MENEZES, op. cit., p.88.

²¹¹SOWELL, op. cit., p.124.

²¹²MENEZES, op. cit., p.89.

federal (Título VI); a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou origem nacional, a ser observada pelos grandes empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas (Título VII).²¹³

Em 1965 esse mesmo presidente editou a *Executive Order* n.º 11.246, exigindo que os contratantes com o governo federal fossem além de banir práticas discriminatórias, devendo também estabelecer medidas efetivas em favor dos membros de minorias étnicas e raciais, por meio de recrutamento, contratação, níveis salariais e benefícios indiretos, com a finalidade de corrigir as iniquidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas.

Esse decreto criou o *Office of Federal Contract Compliance*, no Ministério do Trabalho. Esse órgão, em 1968, expediu diretrizes contendo expressões marcantes como "objetivos e cronogramas" e "representação", mas ainda não se referiam a cotas. A referência era a realização de "objetivos e cronogramas para a imediata conquista de igual e total oportunidade de emprego".²¹⁴

Ainda que não tenha alcançado resultados satisfatórios, essa ordem executiva ganhou relevante significado histórico, por ter sido, desde então, utilizado como base em programas direcionados ao combate das desigualdades sociais, e pelo fato de tais programas passarem a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que viria a ser conhecido por ação afirmativa.²¹⁵

Essa nova posição estatal ganhou notoriedade não apenas nos Estados Unidos, mas também em diversos outros países. Além da previsão no direito interno de cada país, convenções e tratados internacionais foram celebrados nesse período, como é o caso da "Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas

²¹³MENEZES, op. cit., p.90.

²¹⁴SOWELL, op. cit., p.124.

²¹⁵MENEZES, op. cit., p.92.

de Discriminação Racial", que continham orientações para a adoção pelos Estados signatários de medidas afirmativas.

Em meados de 1970, durante o governo Nixon, surgiram novas diretrizes que se referiam a "procedimentos orientados para resultados", indicando mais fortemente o que iria ocorrer. No final de 1971, restou claro que "objetivos e cronogramas" significavam "aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres". Sempre que a paridade estatística não fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requereu-se dos empregadores que confessassem a "deficiência na utilização de minorias e de mulheres", cabendo aos mesmos o ônus da prova – e do remédio. Note-se que foi na década de 1970 que ficou então estabelecida essa nova noção de ação afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de "objetivo" ou de "cotas".²¹⁶

O quadro da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos pode ser apresentado, portanto, da seguinte forma: a) a Emenda n.º 14 determina que os afro-americanos são cidadãos plenos dos Estados Unidos e proíbe que os estados lhes neguem proteção igualitária e um processo judicial justo; b) a Emenda n.º 15 estabelece que não será negado ou manipulado o direito ao voto, com base na raça; c) Ordem Executiva n.º 10.925 que cria a Comissão para Igualdade de Oportunidade no Emprego; d) Lei de Direitos Civis (*Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964), na qual destacam-se os artigos VI, vedando "a discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade em programas assistidos financeiramente pelo governo federal", e VII, proibindo a "a discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, pelos empregadores"; e) Ordem Executiva n.º 11.246 que fortalece e amplia a Ordem Executiva n.º 10.925 impondo as ações afirmativas na contratação e promoção para todos aqueles que recebem verbas de contratos com a Federação; f) é criado por meio de uma Ordem Executiva,

²¹⁶SOWELL, op. cit., p.125.

o Escritório de Empresas de Negócios de Minorias (OMBE), com o objetivo de incentivar financeiramente empresas geridas por minorias; g) discriminação não intencional no emprego, também chamada de discriminação indireta, proibia a adoção para a contratação de requisitos e testes que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem; h) o governo assegurou por meio de programas objetivos e mensuráveis, em especial nos altos escalões de sua própria burocracia, a presença de minorias e de mulheres; i) o congresso norte-americano incluiu um dispositivo na lei sobre obras públicas, estabelecendo que cada governo local ou estadual usasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias; j) o governo passou a exigir que as instituições educacionais que tivessem praticado discriminações adotassem programas especiais para admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse a ajuda federal; k) incentivo às ações voluntárias de emprego e educação: essas ações correspondiam ao que se passou a chamar de cotas, isto é, assegurar percentuais mínimos de contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes provenientes de grupos minoritários nas universidades, tendo por base a discriminação sofrida em tempos passados.

A iniciativa norte-americana norteou a aplicação de ações afirmativas em outros países como opção para garantir a democracia inclusiva. Por esse motivo, o modelo norte-americano de promoção a políticas de ação afirmativa, criada pelo Estado (mediante os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou pela sociedade civil (especialmente as empresas), ultrapassou fronteiras nacionais e vem sendo utilizado como paradigma pelos ordenamentos jurídicos da maioria dos países que integram o sistema das Nações Unidas.

3.3 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DE OUTROS PAÍSES

Atualmente é comum a adoção de programas de ações afirmativas em diversos países do mundo,²¹⁷ em grande medida impulsionados pela experiência norte-americana, bem como pelas orientações ou determinações de convenções ou tratados internacionais de que sejam partes. No Canadá, país que tal como os Estados Unidos adota o sistema da Common Law, as ações afirmativas chegaram por influência da experiência norte-americana.

A Constituição canadense de 1867 não previa uma declaração de direitos e garantias individuais, ao modo de uma carta de direitos. Essa situação permaneceu até aproximadamente o ano de 1960, quando também no Canadá fez-se sentir os efeitos das discussões travadas a respeito da posição do homem como tal perante o poder estatal surgidas no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. Em virtude disso, bem como pelo impacto causado pelas manifestações e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Organização das Nações Unidas, esse país acabou aprovando, depois de intensos debates em seu parlamento, a Canadian Bill of Rights, introduzido em nível infraconstitucional.²¹⁸

Posteriormente, porém, a maior parte dos direitos e das liberdades individuais prevista naquele ato legislativo foi introduzida no sistema constitucional do Canadá por meio do Ato Constitucional de 1982, que introduziu o *Charter of*

²¹⁷Esses programas recebem o nome de ação afirmativa nos Estados Unidos, discriminação positiva na Inglaterra e na Índia, padronização em Sri Lanka, reflexos do caráter federal do país na Nigéria e preferência aos filhos da terra na Malásia e na Indonésia e em alguns estados da Índia. Existem os chamados tratamentos preferenciais e sistema de cotas em Israel, na China, na Austrália, no Brasil, nas Ilhas Fiji, no Canadá, no Paquistão, na Nova Zelândia e nos estados sucessores da União Soviética.

²¹⁸MENEZES, op. cit., p.128.

Rights, de modo que as garantias individuais passaram a ser tuteladas não apenas na esfera federal, mas também no direito das províncias, em caráter geral.²¹⁹

A partir de então o parágrafo primeiro do art. 15 da Constituição do Canadá²²⁰ estabeleceu o princípio da igualdade de todos perante a lei, proibindo qualquer discriminação baseada em situações particulares do indivíduo. O parágrafo segundo desse mesmo artigo 15²²¹, por sua vez, estabelece expressamente uma cláusula de ação afirmativa, determinando em quais hipóteses serão admitidas exceções à cláusula geral de igualdade.

Não obstante estar constitucionalizada expressamente a previsão das ações afirmativas no Canadá, a Suprema Corte daquele país tem afirmado que a instituição desses programas exige a sua conjugação com o princípio geral de igualdade de todos, devendo, para sua validade, estabelecer uma relação lógica e razoável entre a diferenciação benigna feita pela norma e o fim por ela visado. Vale ressaltar, porém, que essas disposições são válidas apenas nas relações entre o particular e o Estado, sendo inaplicáveis nas relações entre particulares.²²²

Percebe-se, na realidade, uma tendência de constitucionalizar-se a previsão de ações afirmativas, conferindo-se, assim, mais importância à redução das desigualdades e diminuindo a resistência daqueles que vêm no próprio princípio da igualdade o impedimento para a adoção de tais programas.

²¹⁹Paulo Lucena de Menezes esclarece que não houve a revogação do diploma anterior, ocorrendo a previsão dos direitos fundamentais em duplicidade, tanto na ordem infraconstitucional como na constitucional (MENEZES, op. cit., p.128).

²²⁰15. (1). "Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental." (MENEZES, op. cit., p.129).

²²¹15(2). "A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental." (MENEZES, op. cit., p.129).

²²²MENEZES, op. cit., p.130.

Além do Canadá, isso também ocorreu, mais recentemente, com a África do Sul. Neste país africano, a luta e a conquista do controle político pela minoria branca permitiram que se instalasse, com o regime do *apartheid*²²³, uma desastrosa fragmentação da sociedade, que foi sendo construída progressivamente desde 1910²²⁴ e só começou a dissolver-se em 1990²²⁵, por iniciativa do então primeiro-ministro De Klerk, que autorizou a libertação de Nelson Mandela e anunciou a tentativa de transição de uma sociedade fracionada para uma nação liberal, multiétnica e democrática, tarefa árdua em face de todo o legado deixado pelo regime então vigente.²²⁶

Com o fim desse trágico momento da história, que foi permeado por sangrentas batalhas e sacrifício de líderes e militantes do movimento negro por decisão dos detentores do poder, fez-se necessária a elaboração de uma nova Constituição para o país, que refletisse os seus novos valores e objetivos sociais e

²²³*Apartheid* significa *estado de separação* no dialeto *afrikaans*. De acordo com Ellis Cashmore (op. cit., p.69/73), *Apartheid* é uma "palavra africana que significa 'à parte' ou separação total. No contexto sul-africano, onde o termo definia a política oficial, ele se referia à segregação entre os brancos e os definidos como 'não-brancos', com base no *baasscap*, filosofia que reivindicava a supremacia dos brancos".

²²⁴"Em 1910, a colônia passou a ser um Estado com governo autônomo, ou domínio branco, com os negros excluídos de todas as áreas de influência política. A divisão entre negros e brancos foi mantida pelo Partido Unido, sob a liderança de Jan Smuts (1870-1950), que tomou posse como primeiro-ministro em 1919. Tendo perdido o apoio da classe trabalhadora branca, foi derrotado na eleição de 1924. Retornando ao poder em 1945, Smuts, que certa vez se declarou contrário à segregação afirmou: "a manutenção de uma supremacia branca na África do Sul é uma política fixa". Entre 1946 e 1948 Smuts desencadeou uma série de movimentos destinados a retirar dos negros o seu já limitado direito ao voto e à previdência. O *apartheid* foi plenamente institucionalizado em 1948, com a vitória do Partido Nacionalista Africano nas eleições." (CASHMORE, op. cit., p.70).

²²⁵"Em teoria, a dissolução do *apartheid* começou em 1990, quando o primeiro-ministro da África do Sul, F. W. De Klerk, autorizou a libertação de Nelson Mandela e anunciou a tentativa de transição de uma sociedade fragmentada e fracionada para uma nação liberal, multiétnica e democrática." (CASHMORE, op. cit., p.72).

²²⁶Como anota Paulo Lucena de Menezes, "o regime de *apartheid* significou a implantação de um regime oficial de discriminação racial que lançou os negros a uma condição de extrema inferioridade e constrangimento, em todos os planos" (MENEZES, op. cit., p.131).

políticos²²⁷. Nesse contexto, a busca de soluções que pudessem coloca o país em novo rumo no tocante a participação dos negros na sociedade desembocou nas ações afirmativas, que a partir de então se tornaram assunto de interesse e relevância nacional. Com a proximidade da elaboração do novo texto constitucional e a possibilidade de incluir-se as ações afirmativas no âmbito da declaração dos direitos fundamentais, políticos e especialistas passaram a estudar o tema e acabaram por apresentar duas propostas a seu respeito. Conforme assinala Paulo Lucena de Menezes²²⁸:

A primeira delas, sugerida pela South African Law Commission em um relatório datado de agosto de 1991 (Ínterim Report on Group na Human Rights), privilegiava o princípio da igualdade jurídica a) e proibia a discriminação baseada em vários critérios (sexo, raça, religião etc.), inclusive o preconceito social, mas com a seguinte ressalva: b) Para esse fim (igualdade perante a lei) o corpo legislativo mais elevado poderá, através de legislação de força e efeitos gerais, introduzir, portanto, tais programas de ação afirmativa e votar tais fundos na medida em que forem razoavelmente necessários para garantir que, através de educação e treinamento, de programas de financiamento e de emprego, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de desenvolver e realizar em plenitude seus talentos e aptidões naturais. (...).

A segunda proposta, elaborada pelo próprio Comitê Constitucional do African National Congress (A Bill of Rights for a Democratic South África – Working Draft Consultation), era ainda mais incisa, no tratamento da ação afirmativa. Constata-se: "Artigo 13. Ação Afirmativa. (1) Nada na Constituição irá excluir a aprovação de legislação, ou a adoção por qualquer órgão público ou privado de medidas especiais de natureza positiva destinadas a produzirem o incremento de abertura de oportunidades, incluindo acesso a educação, a habilidades especiais, a emprego ou a terra, e o progresso geral nas esferas social, econômica e cultural de homens e mulheres que, no passado, tenham sido prejudicados pela discriminação".²²⁹

²²⁷Sobre a África do Sul, Gomes analisa que depois de um delicado e bem-sucedido processo de transição política, finalmente o poder foi transferido à maioria negra sem grandes traumas, de modo que o país, atualmente, segue um rumo certo, onde o Governo está atento à pluralidade étnica, e procura manter o justo equilíbrio entre a necessidade de se expungirem os efeitos nefastos do *apartheid* e de garantir à minoria branca, antes monopolizadora de todas as riquezas, o seu espaço no aparelho estatal e nas demais atividades essenciais (GOMES, **Ação afirmativa**..., op. cit., p.11).

²²⁸MENEZES, op. cit., p.132-133.

²²⁹Segundo anota o autor, essa segunda proposta tinha em foco uma visão mais abrangente e mais técnica de ações afirmativas, deixando claro, de início, que poderiam ser implantadas tanto no âmbito público como no privado. Salienta, ainda, que essa proposta foi mais

No entanto, a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997 avançava bem menos do que qualquer uma das duas propostas apresentadas, prescrevendo que "a igualdade inclui a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas", mas já albergava, expressamente, o princípio geral da ação afirmativa.

De acordo com Sowell²³⁰, a Índia, que constitui a maior sociedade multiétnica do mundo, e a mais socialmente fragmentada, é uma nação que também adota, há tempos, políticas de ação afirmativa. A 14.^a emenda à constituição indiana (da mesma forma que a emenda de mesmo número à constituição norte-americana) estabelece tratamento igual para as gentes; contudo, a emenda indiana traz explicitamente uma exceção para políticas direcionadas à ajuda de segmentos desafortunados de sua população – a ação afirmativa, ou "discriminação positiva" como lá é chamada. Originalmente, tais exceções deveriam expirar em vinte anos, mas têm sido objeto de prorrogação, bem como de ampliação.

Atualmente, naquele país, existem dois tipos de políticas preferenciais: para minorias nacionais consideradas desvalidas e para diversos grupos locais. A política para as minorias surgiu para solucionar as graves inaptidões sociais e discriminações sofridas pelos intocáveis da Índia²³¹ e grupos à margem da tendência social do país, semelhantes ao dos intocáveis, também foram incluídos. Para os

além, porque associou as ações afirmativas à igualdade de oportunidades e destacou que as medidas deveriam ser dirigidas a homens e mulheres, evitando, no tocante a esse último aspecto, que os debates sobre a discriminação racial encobrissem as discriminações de gênero existentes entre os próprios nativos (MENEZES, op. cit., p.134).

²³⁰SOWELL, op. cit., p.23.

²³¹"Os intocáveis eram proscritos no sentido literal de não pertencerem a nenhuma das quatro grandes categorias de castas reconhecidas pela religião hindu. Por seu trabalho, como o tratamento do couro, ir muitas vezes contra os preceitos do hinduísmo, sempre se discutiu se seriam ou não hindus. Mesmo eles próprios se considerando historicamente hindus, muitos se converteram a outras religiões que não têm o estigma de castas." (SOWELL, op. cit., p.25).

outros grupos que apresentassem desvantagens semelhantes, que abrangiam uma ampla categoria de "outras classes em atraso", criou-se a exceção constitucional às disposições sobre tratamento igualitário, possibilitando a abertura pela qual numerosos outros grupos teriam acesso preferencial a alguns benefícios, como emprego e educação.

Em toda nação indiana, a política preferencial voltou-se para a elevação do nível socioeconômico dos membros das castas e tribos da lista, por meio da "discriminação positiva" nos empregos, na admissão à universidade, na representação parlamentar e em outros benefícios projetados com a finalidade de vencer os padrões históricos de discriminação e atraso. Contudo, seja qual for o critério, a discriminação dos intocáveis indianos encontra-se entre as piores sofridas por qualquer grupo em qualquer sociedade. Ainda que o termo "intocável" tenha sido banido da linguagem social e a intocabilidade tenha sido oficialmente abolida há mais de meio século, aquela gente enfrenta a mesma discriminação sob as novas designações de "castas das listas", "*harijans*", ou "*dalits*"²³².

²³²É histórico o tabu enfrentado pelos intocáveis, persistindo no tempo a proibição de qualquer tipo de contato físico com as castas hindus, além de outras restrições impostas com severos castigos por qualquer violação. Em determinados lugares, os intocáveis não podiam sequer deixar que sua sombra batesse num hindu de casta e tinham de tocar tambor quando estivessem entrando numa comunidade hindu, para todos manterem distância. Não podiam tirar água do poço usado pelas castas hindus – há registros de uma menina intocável que teve suas orelhas cortadas por não ter desobedecido tal imposição. Outro caso de um trabalhador rural dalit que "ousou" ter um caso amoroso com a filha de um proprietário de terras de alta casta – os amantes foram torturados, enforcados em público e queimados por pessoas da família da moça e na presença de cerca de 500 habitantes da vila. Esse tipo de comportamento não ocorre em toda a Índia, mas nem por isso é confinado a incidentes isolados. Pesquisas revelam que a estatística oficial sobre atrocidades contra intocáveis jamais caiu; nos anos 80 foram registrados cerca de 13 mil casos por ano (mais de 16 mil somente em 1984); na década de 1990 mais de 20 mil casos anuais de atrocidades foram oficialmente declarados; e essa escalada da violência tem aumentado consideravelmente em decorrência da reação contra as preferenciais oficiais dadas aos intocáveis, bem como à competição entre beneficiados vários como os das "outras classes em atraso".

Além da previsão no âmbito desses países, encontram-se também ações afirmativas no texto constitucional da Argentina²³³⁻²³⁴ e do Paraguai²³⁵, e muitos outros que a consagram²³⁶.

²³³A Constituição da Nação Argentina de 22 de agosto de 1994, no capítulo quarto, que trata das atribuições do Congresso, dispõe, em seu artigo 23, que cabe àquela casa: "Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade."

²³⁴Na Argentina o viés dado à ação afirmativa é bastante semelhante com o que foi conferido em nosso país. Patrícia Laura Gómez, em palestra proferida sobre "Acciones afirmativas como promoción de grupos desaventajados. Um análise sobre el caso argentino", na III Jornada sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, realizada na cidade de Zaragoza, nos dias 8 e 9 de novembro de 2001, fez a seguinte abordagem: *"Si el concepto moderno de ciudadanía supone la capacidad de actuar con otros iguales, se presenta la necesidad de implementar acciones para que en el mediano y largo plazo esa igualdad entre los sujetos sea efectiva, a fin de 'abandonar' el principio de inclusión excluyente. Las acciones afirmativas o positivas constituyen un de los caminos posibles en el ámbito formativo. Pueden definirse con aquellos mecanismos adoptados por las instituciones públicas o privadas con el objeto de garantizar el principio de igualdad de oportunidades en presencia de grupos históricamente desaventajados, a través de la incorporación de una porción significativa de miembros de estos sectores en determinadas posiciones o promoviendo algunas situaciones especiales para los mismos. Estos mecanismos de acciones positivas pueden implementarse de dos formas. Una de ellas es a través de objetivos como metas a cumplir en un período de tiempo determinado previamente, y un buen ejemplo lo constituyen la Plataforma de Acción de Beijing (Naciones Unidas, 1995) y algunos Planes de Igualdades de países europeos, como España. Otra forma, tal vez la más conocida, es a través de cuotas, es decir la obligatoriedad temporal de incorporar un número mínimo e indispensable de individuos pertenecientes a grupos desaventajados socialmente en determinadas posiciones."*

²³⁵Antes mesmo do que ocorreu na Argentina, a Constituição da República do Paraguai já havia adotado o princípio da igualdade das pessoas, em seu artigo 46, com o seguinte teor: *"Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que o mantêm ou propiciam"*.

²³⁶Podem ser citadas, dentre outras, as seguintes Constituições: Finlândia (art. 50); Suécia (cap. 1, art. 2, e cap. 2, arts. 14 e 15); Alemanha (arts. 6, "5" e 20, "1"); Bulgária (arts 35 "4" e 65); Polônia (arts 67, "2" e 81); Romênia (art. 17); Tchecoslováquia (art. 20 "2"; Áustria (art. 8); Iugoslávia (Princípios Fundamentais, inc. VII, parágrafo 2.º, item 4, arts. 170, 171, 245 a 248).

3.4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO SISTEMA DAS NAÇÕES UNIDAS

No plano do direito internacional, a questão da discriminação e mais especificamente das ações afirmativas é tratada, dentre outras comunidades internacionais, pelo sistema da Organização das Nações Unidas²³⁷. Perante esse organismo internacional, o tema é abordado no âmbito dos órgãos de vigilância de cumprimento dos tratados internacionais, bem como pela Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos.²³⁸

O artigo 1.º, item 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada em nosso país pelo Decreto n.º 65.810, de 08 de dezembro de 1969, estabelece que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.²³⁹

²³⁷Além da ONU, a discriminação positiva, como são chamadas as ações afirmativas na Europa, foi inserida, no ano de 1982, no primeiro Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Européia (Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 1995. Estudos Feministas, 1996).

²³⁸Destaca-se o relevante papel outorgado às ações afirmativas na Conferência Mundial contra o Racismo e pela Declaração e Programa de Ação de Durban. Os objetivos estabelecidos em Durban compõem um conjunto de medidas cujos olhos estão voltados para a frente, para o longo prazo. Será necessário esperar o avanço do tempo e a alteração gradativa das práticas sociais para poderem-se aquilatar os desenvolvimentos que certamente experimentarão as ações afirmativas.

²³⁹Lindgren Alves assevera que esse dispositivo abriu caminho para a ação afirmativa em defesa de grupos ou indivíduos que se encontrem em situação de vulnerabilidade dentro das sociedades nacionais (ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997. p.91).

Esse dispositivo, assim como toda a formulação dessa convenção, importa no reconhecimento, por parte de todos os Estados Partes signatários, de que o combate à discriminação racial não se eliminará pela sua simples proibição, via de regra pelo uso de leis penais, e que para esse fim é imprescindível a institucionalização das ações afirmativas, mediante as quais se poderá produzir alterações no sistema legal, nas políticas públicas e nas práticas sociais dos países que a promulgaram. Em vários artigos dessa Convenção Internacional, os Estados comprometem-se a adotar medidas estruturais para erradicar a discriminação racial. O seu artigo 2.º, item 1, prevê uma multiplicidade de obrigações para promover a igualdade de todas as pessoas e a eliminação da discriminação racial, enquanto o item 2 desse mesmo artigo impõe o dever dos Estados Partes de tomarem as medidas necessárias, nos campos social, econômico e cultural, dentre outros, para promover o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.²⁴⁰ Outros artigos que contêm obrigações positivas são os artigos 3.^o²⁴¹ e 7.^o²⁴²

Embora em sua Recomendação Geral sobre o artigo 1.º, ⁴²⁴³, o Comitê para a eliminação da Discriminação Racial não tenha interpretado o alcance das medidas permitidas e nem tenha deixado claro em que medida os Estados Partes

²⁴⁰2. Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

²⁴¹Art. 3.º Os Estados Partes especialmente condenam a segregação racial e o *apartheid* e comprometem-se a proibir e a eliminar nos territórios sob sua jurisdição todas as práticas dessa natureza.

²⁴²Art. 7.º Os Estados Partes comprometem-se a tomar medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, da cultura e da informação, para lutar contra preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar o objetivo e princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção.

²⁴³Recomendação Geral VII, relativa à interpretação e aplicação dos parágrafos 1 e 4 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

teriam uma obrigação de adotar medidas de ação afirmativa para erradicar a discriminação racial de fato, em suas orientações posteriores foram afastadas todas as dúvidas de que a Convenção impõe aos Estados signatários o dever de adotar medidas positivas.

Em muitas de suas observações finais, o Comitê tem orientado os Estados a adotarem medidas de ação afirmativa, em particular para promover a tolerância e prevenir prejuízos e estereótipos negativos. Nas observações feitas aos Estados Unidos, em 18 de agosto de 2001, por exemplo, o Comitê recomendou expressamente esse país a adotar todas as medidas apropriadas, inclusive medidas especiais de ações afirmativas, para garantir a todos o gozo dos direitos enunciados no artigo 5.º, da Convenção, deixando claro que

Em relação à ação afirmativa, o Comitê toma nota com preocupação da posição adotada pelo Estado Parte de que as disposições da Convenção permitem, porém não exige que os Estados Partes adotem medidas de ação afirmativa para garantir o desenvolvimento e a proteção adequados de certos grupos raciais, étnicos ou nacionais. O Comitê reafirma que a adoção de medidas especiais pelos Estados Partes quando as circunstâncias assim o aconselhem, como o caso de disparidades persistentes, é uma obrigação originária do parágrafo 2 do artigo II da Convenção.²⁴⁴

A partir desse momento, não restaram mais dúvidas de que o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial interpreta a Convenção no sentido de que a mesma não só recomenda aos Estados Partes a adoção de medidas afirmativas, mas, ao contrário, impõe-lhes a obrigação de as instituírem, caso sejam necessárias

²⁴⁴COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. International Commission of Jurists. Commission internationale de jurists. Medidas de Accion Afirmativa, 15 Mar. 2004. Disponível em: <http://www.icj.org/news.php3?id_article=3288&lang=es>. Acesso em: 09 ago.2005. Tradução livre. No original: *"En relación con la acción afirmativa, el Comité toma nota con preocupación de la posición adoptada por el Estado Parte de que las disposiciones da Convención permiten, pero no exigen que los Estados Partes adopten medidas de acción afirmativa para garantizar el desarrollo y la protección adecuados de ciertos grupos raciales, étnicos o nacionales. El Comité recalca que la adopción de medidas especiales por los Estados Partes cuando las circunstancias así lo aconsejen, como en el caso de disparidades persistentes, es una obligación dimanante del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención."*

para combater a discriminação de fato existente contra os membros de certos grupos em desvantagens.

A natureza impositiva da adoção de ações afirmativas, e não simplesmente indicativa, também é evidenciada pelo órgão de fiscalização do cumprimento, pelos países signatários, das disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Com efeito, em sua Observação Geral de n.º 18, por exemplo, esse Comitê assinala que o princípio da igualdade algumas vezes exige, e não simplesmente autoriza, a adoção de ações afirmativas para coibir situações que originam ou que facilitam perpetuação de discriminações atentatórias aos direitos civis e políticos do homem. Há de observar-se que o próprio Comitê de Direitos Humanos afirma, no plano internacional e para os fins desse pacto, a legitimidade das medidas que estabelecem tratamento diferenciado a uma parcela da população de um país que necessite de proteção especial:

El comité desea también se señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetue la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.²⁴⁵

De maneira semelhante, também em sua Observação Geral de n.º 3, agora sobre o alcance do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁴⁶,

²⁴⁵COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit.

²⁴⁶Artigo 2.º - 1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

esse mesmo Comitê considerou ser obrigação dos Estados signatários não somente respeitar, mas também garantir o gozo dos direitos pelos seus cidadãos, devendo, se necessário for, implementar medidas afirmativas para atingir esse fim. Em diversas outras oportunidades, o Comitê tem destacado o dever de implementação de ações positivas. Exemplo disso foi a observação feita à Letônia para que promovesse ações afirmativas a fim de integrar os estrangeiros à vida pública daquele país²⁴⁷, bem como a orientação exarada no caso Stalla Costa contra o Uruguai, de que a preferência de pessoas demitidas durante a ditadura para o preenchimento dos cargos públicos constituía uma maneira de reparar os danos sofridos por essas pessoas e, portanto, não caracterizava a discriminação ilegítima tratada no artigo 26 do Pacto²⁴⁸. Assim, o que se tem é que também para o Comitê de Direitos Humanos os Estados signatários do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos têm a obrigação, e não mera faculdade, de adotar medidas positivas.

Por outro lado, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher²⁴⁹, à semelhança da Convenção Contra a Discriminação Racial, traz, em seu artigo 4.º, uma previsão expressa de medidas afirmativas, com a finalidade de acelerar, nos Estados Partes, a igualdade de fato entre homens e mulheres, as quais deverão ser temporárias e não poderão implicar a manutenção de normas separadas para elas:

²⁴⁷COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit., p.6.

²⁴⁸COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit., p.7. O Artigo 26 está assim redigido: "Artigo 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação".

²⁴⁹Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002.

A adoção, pelos Estados Parte de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de tratamento e de oportunidades forem alcançados.

Essa previsão, entretanto, diversamente do que ocorreu com a interpretação dada pelo Comitê responsável pelo cumprimento da Convenção Contra a Discriminação Racial, tem natureza apenas permissiva, e não vinculatória, não impondo aos Estados signatários a obrigação de adotá-las, embora o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher tenha, por diversas vezes, alertado aos países para que façam uso das medidas de ação afirmativa.²⁵⁰

Em 1998, no marco dos trinta anos da luta contra o Racismo e a Discriminação Racial, bem como em virtude da convocação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e outras Formas Conexas de Intolerância, a Subcomissão de Direitos Humanos da ONU incumbiu ao seu Delegado Especial Marc Bossuyt a tarefa de preparar um estudo sobre o conceito e a prática de ações afirmativas. Em seu informe preliminar, apresentado à Subcomissão no ano de 2000, Marc Bossuyt relatou os diferentes conceitos e limites de ações afirmativas encontrados em vários instrumentos internacionais e pouco tempo depois, na segunda vez que apresentou suas informações, aquele delegado especial apresentou o seguinte conceito de ação afirmativa: "a ação afirmativa é um conjunto coerente de medidas de caráter temporário dirigidas a corrigir a situação de

²⁵⁰Consta do Relatório da Comissão Internacional de Juristas da ONU (op. cit., p.7): "*En una de sus primeras recomendaciones, el Comitê recordó que era importante que los Estados intruzan medidas para eliminar a discriminação de fato. El Comitê recomendo que los Estados 'hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas especiales de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo'. Posteriormente el Comitê reiteró em sus observaciones a los Estados la necesidad de adoptar medidas para promover la participación de las mujeres en la vida pública y para cambiar las percepciones y actitudes de las sociedades frente a la posición de las mujeres*".

membros do grupo a que estão destinadas em um ou vários aspectos de sua vida social para alcançar a igualdade efetiva".²⁵¹

O informe noticia também que diversas são as fundamentações utilizadas para a adoção das ações afirmativas. As principais são as reparações de injustiças históricas, a reparação de discriminação social e estrutural, a criação da diversidade ou uma representação proporcional dos grupos, a de evitarem distúrbios sociais, proporcionar uma maior eficácia do sistema socioeconômico e constituir um meio de construir uma nação. Quanto à forma que pode revestir as ações afirmativas, foram destacadas a mobilização afirmativa, a equidade afirmativa ou a preferência afirmativa. É importante destacar que o aludido Relator Especial, em seu estudo apresentado à Subcomissão, posicionou-se contrário à obrigatoriedade da implantação de ações afirmativas, por considerá-la exagerada, e considerou inadequada a adoção de cotas, reservas e objetivos, porque representariam uma violação à proibição de discriminação.²⁵² Em sua conclusão final, apresentada em 2002, Marc Bossuyt afirmou que, de maneira geral, *"en matéria de derechos humanos, una preferencia o diferencia de trato solo puede justificarse si se basa en un motivo que es pertinente al derecho en cuestión"*²⁵³ e considera que em certos casos, outros critérios, como a representação proporcional de diferentes grupos, podem ser válidos. Segundo ele *"no es posible hacer declaraciones generales tajantes sobre la medida en que puede aplicarse tales criterios"*²⁵⁴, reiterando também que as medidas positivas devem possuir o caráter de temporárias e deve perseguir o objetivo de proibição de discriminação.

²⁵¹Tradução livre. No Relatório da Comissão Internacional de Juristas (op. cit., p.8), o conceito trazido por Marc Bossuyt é o seguinte: *"La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporário dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo a que estan destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva"*.

²⁵²COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit., p.9.

²⁵³COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit., p.9.

²⁵⁴COMISIÓN INTERNACIONAL..., op. cit., p.9.

3.5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, as discussões sobre ações afirmativas ocorreram a partir dos anos 90, e se intensificaram fortemente com a adoção do sistema de cotas nos exames vestibulares de algumas Universidades Públicas, destinadas para o acesso de aos afro-descendentes e alunos carentes ao nível superior da educação formal. No entanto, a própria Constituição Federal de 1988 já albergava, expressamente, algumas ações afirmativas.

O tema de isonomia, já o dissemos, sempre foi previsto em nossos textos constitucionais, que a trataram com maior ou menor profundidade. Em nossa Constituição Imperial de 1824²⁵⁵, antes mesmos de fazê-lo a Constituição norte-americana, já se previa o princípio da igualdade perante a lei. Nessa época, o regime político então vigente admitia a existência da escravatura, e tal qual ocorria quando dos escritos aristotélicos, o escravo sequer era considerado pessoa. A Constituição Republicana de 1891, inspirada pelos movimentos revolucionários da América do Norte e pela Revolução Francesa, também trazia a previsão da igualdade formal²⁵⁶. Como ocorria de uma maneira geral nos países do mundo ocidental naquele momento histórico, estava proibida, desde sua vigência, qualquer espécie de privilégio que se baseasse no nascimento de qualquer pessoa. Também foram declarados desconhecidos e desconsiderados quaisquer foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as vantagens a ela inerentes, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

²⁵⁵Dispunha o art. 179, XIII, do texto constitucional: "a lei será igual para todos, quer proteja quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada uma".

²⁵⁶Art. 72, parágrafo 2.º: "Todos são iguais perante a lei".

Na Constituição popular de 1934²⁵⁷ também se previa que todos seriam iguais perante a lei, proibindo-se qualquer espécie de privilégios ou distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou idéias políticas. Os constituintes dessa declaração de direitos acreditaram que com a simples positivação do princípio da igualdade, numa ótica meramente formal, e com a proibição de distinções de qualquer natureza, estava banindo a discriminação, especialmente racial, embora até pouco tempo vigorasse o regime escravocrata. Na Constituição outorgada de 1937 ficou estabelecido simplesmente, que "todos são iguais perante a lei"²⁵⁸, reduzindo-se o tratamento da matéria se comparado com o que aconteceu na vigência da Constituição anterior, talvez fruto da falsa crença de que no país não existia discriminação de nenhuma espécie. Notava-se, até então, uma completa disparidade entre o discurso que estava formalmente estabelecido nos textos constitucionais e a realidade então vivenciada pelo povo brasileiro. Sob a égide dessa Carta Fundamental entraram em vigor dois importantes instrumentos legislativos, até hoje vigentes: a Consolidação das Leis do Trabalho, que vedou o pagamento de rendimentos ou salários diferentes aos trabalhadores em função de sexo, nacionalidade ou idade, e o Código Penal, que não criminalizou a discriminação, que passava a caracterizar-se apenas como contravenção penal.

Além de reafirmar o princípio da igualdade, a Constituição de 1946²⁵⁹ proibiu textualmente a propaganda de preconceitos de raças ou classe, sendo introduzida, pela via indireta uma espécie de lei do silêncio, que tornava ainda mais convincente o mito da democracia racial. Quando ainda estava em vigor essa Carta

²⁵⁷Art. 113, item 1: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas".

²⁵⁸Essa foi a redação do art. 122, item 1.

²⁵⁹Em seu art. 141, parágrafo 1.º.

Política, ocorreu a Proclamação dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948, tendo sido propagado a todos os ventos que "todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer condição". Nessa época os intelectuais e mesmo a sociedade passaram a perceber claramente a dimensão do problema no Brasil. Graças ao trabalho de Afonso Arinos e Gilberto Freire, foi aprovada, em 1951, a primeira lei penal sobre a discriminação, reconhecendo-se, no âmbito político, jurídico e social, a existência da discriminação racial no país, até hoje dissimulada e negada por alguns.

Na Constituição Federal de 1967 nada de novo se criou, permanecendo a previsão apenas da igualdade formal²⁶⁰, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Houve, no entanto, a constitucionalização do dever de punição do preconceito, porque ficou consignado nesse texto fundamental que o preconceito de raça seria punido pela lei. O texto constitucional de 1969 (Emenda n.º 01, de 1969, verdadeiramente uma nova Constituição) repetiu as disposições da Carta anterior, proclamando-se que não seria tolerada a discriminação.

Mas a promulgação da Constituição Federal de 1988 alterou esse panorama, sinalizando a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava até então para o princípio da igualdade, num sentido meramente formal. O preâmbulo dessa carta já demonstra o objetivo da Assembléia Nacional Constituinte: "instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com

²⁶⁰Em seu artigo 153, parágrafo 1.º.

a solução pacífica das controvérsias"²⁶¹. O primeiro artigo dessa Constituição²⁶² revela quais os fundamentos da nossa República: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Em seguida, vem o artigo 3.º do texto constitucional²⁶³, e aqui são especialmente importantes as palavras proferidas pelo Ministro Marco Aurélio²⁶⁴:

Do artigo 3.º vêm-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Posso asseverar, sem receio e equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, j[a que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e

²⁶¹No dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, "A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988." (ROCHA, op. cit., p.288).

²⁶²Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁶³Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶⁴Em palestra proferida no seminário "Discriminação e Sistema legal", promovida pelo TST em 20/11/2001, em Brasília/DF.

"promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". É preciso viabilizar - e encontramos na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores.²⁶⁵

No artigo 5.º da Constituição encontra-se o princípio da igualdade²⁶⁶ a afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sua leitura, entretanto, deve ser feita a partir dos fundamentos e objetivos da República, que estão a comandar, como acima transcrito, sua compreensão em sentido material ou substancial, ainda que se tenha de valer-se das ações afirmativas para tanto.

A própria Constituição Federal já estabeleceu, imperativamente, algumas ações afirmativas, como forma de superação ou de transição da igualdade formal para a igualdade material de oportunidade de acesso a bens sociais relevantes.²⁶⁷

Pode-se catalogar, no Brasil, pelo menos três importantes categorias de sujeitos em relação aos quais se tem procurado estabelecer medidas concretizadoras para a superação da igualdade meramente formal: a dos deficientes físicos, o das mulheres (igualização material no tocante ao gênero) e a dos negros ou afro-descendentes.

²⁶⁵São no mesmo sentido as assertivas de Carmen Lúcia Antunes Rocha: "Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3 da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. (...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental a todos." (ROCHA, op. cit., p.289).

²⁶⁶Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

²⁶⁷Antes mesmo do advento da Constituição Federal já se tinha notícia de debates e iniciativas em torno das ações afirmativas, conforme já foi mencionado no decorrer deste trabalho.

No que diz respeito aos deficientes físicos, é importante ressaltar, com Luiz Alberto David Araújo, que:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência (...) A deficiência, portanto, há que ser entendida levando-se em conta o grau de dificuldade para a integração de uma falha sensorial ou motora, por exemplo...²⁶⁸

Carreira, por sua vez, ressalta que uma "pessoa portadora de deficiência é aquela capacitada para o trabalho em virtude de um treinamento especializado, respeitada a sua limitação física, visual, auditiva ou mental".²⁶⁹

Durante muito tempo, as pessoas portadoras de deficiência estiveram em situação de manifesta sujeição, que chegou a criar até uma condição de marginalidade. O movimento reivindicatório teve início quando começou seu processo de autoavaliação e elas passaram a se reconhecer como integrantes da sociedade. Todavia, a preocupação de amparar e promover a inserção e reinserção das pessoas portadoras de alguma incapacidade, já estava presente nos primórdios da humanidade, mas foi somente depois da Primeira Guerra Mundial que a reabilitação profissional tomou lugar nos debates sociais e começou a ser implantada. A partir de então, vislumbrou-se a necessidade de reabilitar os soldados mutilados. Pequenas tarefas, como pintura e fabricação de enfeites, foram atribuídas aqueles em condições de andar ou usar as mãos, resgatando-lhes a dignidade.

Não há dúvida de que apenas com o estabelecimento de ações afirmativas os deficientes físicos poderão ombrear com outras pessoas no tocante à igualdade de oportunidade material. Assim, em boa hora o art. 37, VIII da Constituição da

²⁶⁸ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994. p.24-25.

²⁶⁹Apud MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema**. São Paulo: Memmon, 1997. p.47.

República²⁷⁰, regulamento pelo art. 5.º, § 2.º²⁷¹, da Lei n.º 8.112/90 instituiu a reserva de vagas em concursos públicos para os mesmos, em uma clara demonstração da opção do constituinte da instituição de uma igualdade material e da constitucionalidade das medidas afirmativas. Conforme assinalou Carmen Lúcia Antunes Rocha:

o que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desiguada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente.²⁷²

Além dessa ação afirmativa estabelecida em prol dos deficientes físicos, outras duas vale a pena serem mencionadas: a) o art. 93 da Lei n.º 9.213/91²⁷³, sensível à desigualdade no acesso ao emprego dessa categoria de sujeitos na iniciativa privada, estabeleceu que as empresas deveria empregá-los em percentuais mínimos, conforme o tamanho da atividade empresarial; b) o artigo 24, XX, da Lei

²⁷⁰Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

²⁷¹§ 2.º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

²⁷²ROCHA, op. cit., p.292.

²⁷³Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1.º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

n.º 8.666/93²⁷⁴, que prevê a possibilidade de contratação pela Administração Pública de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, mediante dispensa de licitação²⁷⁵.

A legitimidade de ações afirmativas instituídas em favor dos deficientes físicos já foi, por diversas vezes, confirmada pelos nossos Tribunais. Colacionam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

Constitucional e administrativo. Concurso público. Vaga destinada a deficiente físico. Constituição. Art. 37, inciso VIII. Regulamentação. Lei n.º 8.112/90, art. 5.º, § 2.º, I - sendo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, surgiu o artigo 5.º, § 2.º, do novel estatuto dos servidores públicos federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficaz. II - verifica-se, com toda a facilidade, que o dispositivo da lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso público, ditando que os cargos providos tenham atribuições compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas. III - dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados no concurso para provimento de cargos públicos, não cabendo prevalecer, diante da garantia constitucional, o alijamento de deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o *decisum* afrontado que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só, por considerar não ter ela definido critérios suficientes. IV - recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida a recorrente vaga, dentro do percentual que foi fixado para os deficientes, obedecida entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação, se for o caso.²⁷⁶

²⁷⁴Art. 24 - É dispensável a licitação: XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprova idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

²⁷⁵Carmen Lúcia Antunes Rocha observa que "a hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas as condições da regra, significa o acolhimento, no Direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão de situação peculiar de marginalização e dificuldades sócio-culturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita. Por isso mesmo é que, para se ter uma igualação que a sociedade não promoveu por si, o Direito afirma um favorecimento que conduz a uma condição igual no movimento da norma, que se faz pela aplicação e criação de situação social concreta" (ROCHA, op. cit., p.293).

²⁷⁶ROMS n.º 3.113/DF, STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Pedro Acioli, DJ de 27.3.95, p.7.195.

E ainda:

Constitucional. Tributário. IPI. Isenção na compra de automóveis. Deficiente físico impossibilitado de dirigir. Ação afirmativa. Lei 8.989/95 alterada pela Lei n.º 10.754/2003. Princípio da retroatividade da *lex mitior*. 1. A *ratio legis* do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender. 2. Consectário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais. 3. Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas "ações afirmativas". 4. Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica. 5. Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira *positive action* significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana. 6. O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. 7. Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos. 8. In casu, prepondera o princípio da proteção aos deficientes, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. A fortiori, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, máxime porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significantes. 9. Imperioso destacar que a Lei n.º 8.989/95, com a nova redação dada pela Lei n.º 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei n.º 10.690, de 16.6.2003), vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica. (*Lex Mitior*). 10. O CTN, por ter *status* de Lei Complementar, não distingue os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, o que afasta a interpretação literal do art. 1.º, § 1.º, da Lei 8.989/95, incidindo a isenção de IPI com as alterações introduzidas pela novel Lei 10.754, de

31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da *lex mitior* consagrado no art. 106 do CTN. 11. Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do direito à luz do contexto social que: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". (Art. 5.º LICC). 12. Recurso especial provido para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 8.989/95, com a novel redação dada pela Lei 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem.²⁷⁷

O direito dos deficientes físicos a uma igualdade material de oportunidades no tocante a todos os aspectos de uma cidadania plena é evidenciado, também, pelas medidas que vêm sendo tomadas pelo legislador para que eles sejam integrados na sociedade, como é o caso da acessibilidade para todos, por meio de modificações arquitetônicas dos logradouros, ruas, praças, parques e edifícios, viabilizando a locomoção; adequação dos transportes urbanos; exigência de ocupação de um percentual de vagas nas empresas pelos deficientes, dentre outras.

Essa eliminação das barreiras arquitetônicas, conforme observam Araújo & Nunes Junior²⁷⁸, trata de proteção de grande relevância, porque, como se sabe, especialmente as pessoas portadoras de deficiência visual e de locomoção sofrem terrivelmente com os obstáculos urbanos, tais como os telefones públicos, as caixas de correio, as lixeiras, que representam dificuldades para o direito de locomoção das pessoas portadoras de deficiência visual; e calçadas sem rebaixamento, ônibus sem rampa para acesso de cadeira de rodas, escadas sem rampa ao lado, e banheiros sem largura suficiente para a cadeira de rodas são impedimentos para as pessoas com deficiência de locomoção.

Quanto às distinções injustificadas de gênero, de acordo com Pinho²⁷⁹, é com a Revolução Francesa, mais propriamente pela pena e pescoço de Olýmpe de

²⁷⁷RESP n.º 2003/0151040-1, STJ, Primeira Turma, Relator o Ministro LUIZ FUX DJ 25.02.2004, p.120.

²⁷⁸ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.395.

²⁷⁹PINHO, op. cit., p.67.

Fouges, uma das autoras da "*Declaration des Droits de la femme et de la citoyenne*", na qual se proclamava que a mulher possuía, tanto como o homem, direitos naturais e que ela deveria participar na formação das leis, direta ou indiretamente, pela eleição de representantes, que se começou a falar na defesa dos interesses femininos.

Bonachi e Groppi²⁸⁰ assinalam que a Declaração dos Direitos da Mulher Cidadã, elaborada em 1791, imputava à ignorância, ao descaso ou ao desprezo dos direitos da mulher as causas últimas das desgraças públicas e da corrupção dos governos. Ela expunha de forma solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados das mulheres, com objetivo de lembrar à sociedade os direitos e deveres delas. Assentada na igualdade natural entre a mulher o homem, preceituava a declaração sobre a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão, o acesso ao poder e até sobre a justiça tributária.

A Revolução Francesa é para o direito da mulher o primeiro marco histórico digno de ser mencionado. Com ela, as mulheres perceberam que poderiam pugnar por um lugar na sociedade, pela conquista do espaço público. Gomes²⁸¹ afirma que também no tocante às distinções de gênero as ações afirmativas são necessárias para subtrair do imaginário coletivo a idéia de inferioridade da mulher em relação ao homem.

O Poder Legislativo já tomou um importante passo no rumo da superação das desigualdades materiais entre homens e mulheres reconhecidamente existentes no Brasil. Trata-se da Lei n.º 9.504/97²⁸², que em seu art. 10, § 3.º²⁸³, estabeleceu

²⁸⁰BONACHI, Gabriella; GROPPi, Ângela (Org.). In: PINHO, Leda de. **O princípio da igualdade**: investigação na perspectiva do gênero. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005. p.69.

²⁸¹GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit.

²⁸²O artigo 11, parágrafo 3., da Lei n.º 9.100/96, que antecedeu no tempo a Lei n.º 9.504/97, previa que o percentual de 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por mulheres.

²⁸³§ 3.º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

que pelo menos 30% das candidaturas dos partidos políticos brasileiros deveriam ser reservadas para cada sexo, permitindo-se, assim, que esse patamar mínimo fosse reservado às mulheres,²⁸⁴ o que somente ocorreu por causa da pressão feita pelo movimento feminino.²⁸⁵ Mulher e negra têm ainda mais acentuada sua situação no tocante à representação política, bastando lembrar que nos seus mais de 400 anos de história, a Câmara de Vereadores de São Paulo teve apenas duas mulheres negras.²⁸⁶ Não se tem notícias da alegação de inconstitucionalidade desses dispositivos legais.

Há ainda, o direito social fundamental de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante ações afirmativas específicas previstas em lei, inscrito no art. 5.º, XX, da Constituição da República.²⁸⁷

Por fim, também na concretização da igualdade material entre as raças pode atuar as ações afirmativas. Omi e Winant (1994) lecionam que raça é parte integrante e constitutiva de nossas experiências cotidianas mais comuns. No Brasil, no entanto, existiu e existe uma tentativa de negar a importância da raça como fator gerador de desigualdades sociais por uma parcela significativa dos setores dominantes. Só muito recentemente vozes dissonantes têm chamado a atenção sobre a singularidade de nossas relações raciais.

²⁸⁴Essa lei teve como precursora a experiência semelhante feita pelo Partido dos Trabalhadores, em 1991, que estabelecia a cota mínima de 30% de mulheres nas direções partidárias. Essa ação afirmativa foi aprovada no 1.º Congresso do PT, realizado entre 27 de novembro e 1.º de dezembro de 1991. Em 1993, a Central Única dos Trabalhadores adotou medida semelhante.

²⁸⁵A Lei n.º 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho também pode ser lembrada como medida de correção de rumos no tocante ao direito das mulheres.

²⁸⁶Conforme notícia colhida no site do STF intitulada "Jobim discute ações afirmativas no campo racial", publicada no dia 18/06/04, às 20h58m.

²⁸⁷XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

O racismo existente no Brasil foi dissimulado pelo mito da democracia racial, acabando por inviabilizar também o entendimento jurídico do problema. No Brasil, o racismo desenvolveu-se de modo diferente que em outros lugares, como nos EUA e África do Sul, por exemplo. Aqui, ela está presente nas práticas sociais e nos discursos, mas não é reconhecida pelo sistema jurídico e é negada pelas pessoas.²⁸⁸

A exclusão do negro e do afro-brasileiro tem sido debatida em diversas análises de natureza sociológica e antropológica, e é até mesmo constatável a partir da simples visualização de dados estatísticos (indicadores socioeconômicos do IPEA, IBGE, PNUD-ONU etc.).²⁸⁹ O movimento negro, nas últimas décadas, tem engendrado intensas lutas pela redução da discriminação racial, conseguindo algumas poucas, mas importantes, conquistas, sinalizando uma significativa mudança de atitude em praticamente todos os segmentos sociais brasileiros. A conquista mais importante, porém, foi o reconhecimento da existência de discriminação na sociedade brasileira, ainda negada por alguns, o que permitiu a realização dos questionamentos pertinentes e, posteriormente, a implantação de algumas ações afirmativas que tinham por critério as diferenças de raça e (ou) cor.²⁹⁰

Depois de 1988,²⁹¹ o movimento negro reorganizou-se e procurar denunciar o "mito" da democracia racial,²⁹² pressionando o Poder Público para que

²⁸⁸SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros**. Disponível em: <www.achegas.net/numero/cinco/l_fernando>. Acesso em: 22 nov. 2005.

²⁸⁹SILVA, L. F. M. da, **Sobre a...**, op. cit.

²⁹⁰ATCHABAHIAN, op. cit.

²⁹¹Embora tenham havido outros registros sobre discussões a respeito das ações afirmativas antes da Constituição Federal de 1988, como a manifestação dos técnicos do Ministério do Trabalho e do TST favorável à criação de uma lei obrigasse as empresas a contratarem um percentual mínimo de pessoas de cor e o projeto de Lei n.º 1.332/83 apresentado pelo então deputado federal Abdias Nascimento que determinava a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para homens e 20% para mulheres negras (que não foi aprovado), foi com o atual texto constitucional que os debates e lutas pelo fim das discriminações se intensificaram.

encontrasse respostas para os problemas raciais que se apresentavam e indicasse propostas de políticas públicas a serem implementadas em favor da população negra. Dentre as reivindicações apresentadas estavam as seguintes: incorporar o quesito cor nos sistemas oficiais de informações referentes às pessoas; estabelecer incentivos fiscais às empresas que adotassem programas de ações afirmativas²⁹³; instalar a Câmara Permanente de Promoção da Igualdade no âmbito do Ministério do Trabalho, com a finalidade de diagnosticar e propor políticas de promoção da igualdade racial no acesso ao emprego, regulamentar o artigo da Constituição Federal que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; conceder bolsas remuneradas a estudantes negros de baixa renda; promover o acesso dos negros a cursos profissionalizantes e à universidade e assegurar a representação proporcional dos grupos étnicos-raciais nas campanhas de comunicação do governo etc.

Em 1995 o Presidente da República instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra, que implementou algumas medidas, mas de quase inexpressivo alcance. No dia 13 de maio do ano seguinte²⁹⁴ foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) pela recentemente instituída Secretaria de Direitos Humanos, que tinha como objetivos, dentre outros, "desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas

²⁹²O caminho já havia sido aberto pela própria Constituição Federal que, ao instituir medidas de combate à discriminação, já a tinha como presente na sociedade brasileira.

²⁹³Algumas empresas já adotam medidas de afirmação racial, com o objetivo de promover a promoção da igualdade material dos negros, como, por exemplo, a Levi's Strauss, que começou com essa política em 1970 e mesmo assim só conseguiu compor seu quadro funcional com 10% de negros, o Banco Real, a Xerox do Brasil, o Banco de Boston e a Fundação Ford.

²⁹⁴Ainda em 1996 foram realizados dois grandes seminários visando discutir as ações afirmativas, um promovido pelo IPEA, denominado "Ações Afirmativas: estratégias anti-discriminatórias", e outro pelo Ministério da Justiça, intitulado "Multiculturalismo e racismo: o papel das ações afirmativas nos estados democráticos contemporâneos", revelando o início e o implemento do debate sobre ações afirmativas no Brasil.

de tecnologia de ponta", "formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a população negra" e "apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva".²⁹⁵

Pelo legislativo federal²⁹⁶ foi aprovada recentemente a Lei n.º 10.558/2002²⁹⁷, que cria o Programa Diversidade na Universidade, que visa implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afro-descendentes e dos indígenas brasileiros. Encontram-se em gestação, no Congresso Nacional, inúmeros projetos de lei, conforme noticia Moehlecke:

Na esfera do Poder Legislativo nacional, encontramos propostas de ações afirmativas, especialmente no que diz respeito ao acesso ao ensino superior. Em 1993, encontramos a proposta de Emenda Constitucional do então deputado Florestan Fernandez (PT/SP); em 1995, a então senadora Benedita da Silva (PT/RS) apresenta os projetos n.º 13 e 14; no mesmo ano é encaminhado o projeto de lei n.º 1239, pelo então deputado federal Paulo Paim (PT/RS); em 1998, o deputado federal Luiz Alberto (PR/BA) apresenta os projetos de lei n.º 4.567 e 4.568; e, em 1999, temos o projeto de Lei n.º 298, do senador Antero Paes de Barros (PSDB). Analisando o conjunto dos projetos, observamos que são apresentadas diferentes propostas: a concessão da bolsa de estudo; uma política de reparação que, além de pagar uma indenização aos descendentes de escravos, propõe que o governo assegure a presença proporcional destes nas escolas públicas em todos os níveis; o estabelecimento de um Fundo Nacional para o Desenvolvimento de Ações Afirmativas; a alteração no processo de ingresso nas instituições de ensino superior, estabelecendo cotas mínimas para determinados grupos. Na definição dos grupos beneficiados, os projetos estabelecem critérios exclusivamente raciais/étnicos ou sociais, ou procuram utilizar ambos os critérios. Naqueles que estabelecem grupos raciais, temos como público-alvo os "negros", "afro-brasileiros", "descendentes de africanos", ou setores "etno-raciais socialmente discriminados", em que estaria incluída a população indígena. Há projetos específicos para a população denominada "carente" ou para os alunos oriundos da escola pública.

²⁹⁵PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - PNDH. Brasília, 1996. p.30.

²⁹⁶No âmbito do Legislativo Estadual, cabe citar que o Estado do Rio de Janeiro aprovou diversas leis instituindo ações afirmativas no acesso aos cursos de graduação da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e UENF (Universidade do Norte Fluminense) para os afro-descendentes e alunos oriundos de escolas públicas, tais como as Leis n.º 3.524/2000, n.º 3.708/2001, n.º 4.061/2003 e n.º 4.151/2003.

²⁹⁷Art. 1.º Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afro-descendentes e dos indígenas brasileiros.

Sobre a proporção daqueles atingidos pelas propostas, não há um padrão nesse dimensionamento; alguns projetos definem todo o grupo especificado, racial ou social, como beneficiário; outros estabelecem um percentual, como 20% das vagas para alunos carentes, 10% das vagas para "setores etno-raciais discriminados", 45% dos recursos para "afrodescendentes"; 50% das vagas para alunos oriundos das escolas públicas; ou ainda uma percentagem proporcional à representação do grupo em cada região. A definição dos grupos e de sua abrangência são aspectos importantes na formulação de leis e políticas e, dependendo do nível de aplicação – se nacional, estadual ou municipal -, necessitam incorporar diferenças regionais.²⁹⁸

Esses projetos de lei ainda não foram aprovados²⁹⁹ pelo Congresso Nacional³⁰⁰. No entanto, outras medidas afirmativas foram adotadas no plano federal³⁰¹. No Ministério do Desenvolvimento Agrário, por exemplo, foi estabelecido, desde 2001, que 20% das funções de confiança e dos cargos em comissão do

²⁹⁸MOEHLECKE, op. cit., p.207/208.

²⁹⁹É oportuno mencionar que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em parecer elaborado sobre o projeto de Lei n.º 13, de 1995, apresentado pela Senadora Benedita da Silva, que "dispõe sobre a instituição de cota mínima de 20% das vagas das instituições públicas de ensino superior para alunos carentes", concluiu pela sua inconstitucionalidade, diante da ofensa ao princípio constitucional da igualdade. De acordo com o relatório apresentado, o princípio da igualdade perante a lei, que significa dizer "que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções", sempre esteve presente nas Constituições do País e a Constituição de 1988 teria mantido essa tradição. Assim, de acordo com o parecer aprovado, a Constituição Federal de 1988 em nada alterou o sentido e o alcance do princípio da igualdade. Essa conclusão foi fundamentada na interpretação feita por Pontes de Miranda sobre o princípio formal de que "todos são iguais perante a lei" constante na Constituição de 1946. Consta do aludido parecer: "Para aquele jurista, o princípio 'todos são iguais perante a lei', dito princípio de isonomia (legislação igual), é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos, deve ser concedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B. Tão saturada desse princípio está nossa civilização que causaria escândalo a lei que dissesse, e. g., só os brasileiros nascidos no Estado-membro A podem obter licença para venda de bebidas no Estado-membro A. Só existem exceções ao princípio da igualdade perante a lei, que é direito fundamental, (...) quando a Constituição mesma as estabelece" (Brasil, 1997, p.3). Tal interpretação, como se vê, olvidou por completo os valores iminentes dos princípios fundamentais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que determina a promoção da igualdade, e não o congelamento de seu conceito.

³⁰⁰O Ministério da Educação está trabalhando num projeto de reforma universitária, cujo encaminhamento ao Congresso Nacional será dado assim que concluído o debate a seu respeito. Em seu formato original, o projeto previa que metade das vagas oferecidas pelas universidades públicas deveria ser preenchida por alunos da rede pública, mantendo-se a proporção de cada grupo racial existente de acordo com as estatísticas apuradas pelo IBGE.

³⁰¹A Lei n.º 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, talvez tenha sido o instrumento legal que mais avanço trouxe no tocante à promoção da igualdade material.

Ministério e do Inbra seriam ocupados por servidores negros, e que as empresas terceirizadas que contratassem com referidos órgão deveriam manter em seus quadros esse mesmo percentual de pessoas negras. O Ministro da Justiça, mediante Portaria, determinou que até o fim de 2002 os cargos de assessoramento no Ministério fossem destinados 20% para os negros, 20% para as mulheres e 5% para os portadores de deficiência física, aplicando-se os mesmos percentuais para as empresas terceirizadas na contratação de seus funcionários. Ainda no Executivo Federal o Ministério das Relações Exteriores decidiu que a partir de 2002 seriam concedidas vinte bolsas de estudos para afro-descendentes que pretendessem preparar-se para o concurso de ingresso na carreira diplomática.

Destaca-se, ainda, que em 21 de dezembro de 2001 o Supremo Tribunal Federal criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência, a serem observadas pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados contratadas pela Corte.

No campo da educação de nível superior, grandes universidades como a UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), UENF (Universidade do Norte Fluminense), UnB (Universidade de Brasília), Unifesp (Universidade Federal de São Paulo); Ufal (Universidade Federal de Alagoas) e UFPR (Universidade Federal do Paraná) instituíram nos últimos anos sistema de reserva de vagas por critérios raciais, como afro-descendentes/negros e indígenas, e (ou) sociais, como no caso de vagas para alunos oriundos exclusivamente de escolas públicas.

A UERJ foi uma das instituições que primeiro implementou um programa de ações afirmativas em seus vestibulares para alunos carentes e afro-descendentes. Atualmente, 45% das vagas do vestibular dessa Universidade são reservadas para alunos cotistas, divididas da seguinte forma: 20% para afro-descendentes, 20% para

alunos de escolas públicas e 5% para pessoas com necessidades educativas especiais e minorias étnicas.³⁰²

Para a sub-reitora de graduação da UERJ, Raquel Villardi, apenas reservar vagas para pessoas que geralmente são carentes financeiramente, não é suficiente. "Hoje nós temos um programa chamado Proiniciar (Programa de Iniciação Acadêmica). Por meio dele a universidade tenta ajudar este aluno na passagem para a vida universitária, inclusive atendendo os estudantes em suas necessidades advindas de um ensino médio ou fundamental sem a qualidade que deveria ter."³⁰³

Na ocasião, centenas de ações foram propostas impugnando a validade dessa política de cotas³⁰⁴, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cassado as liminares concedidas na primeira instância, dando pela constitucionalidade

³⁰²UNIVERSIA. **Cotas:** qual é a situação? (28/02/2005) Disponível em: <www.universiabrasil.net>. Acesso em: 15 maio 2005.

³⁰³UNIVERSIA, op. cit.

³⁰⁴Além dos mais de 200 mandados de segurança individual, três representações de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal foram ajuizadas contra as Leis Estaduais n.º 3.524/2000, n.º 3.708/2001, n.º 4.061/2003 e n.º 4.151/2003, que instituíam ações afirmativas. As ações ajuizadas contra as três primeiras leis foram arquivadas pelo STF e pelo TJ/RJ, por perda de objeto, ante a edição de nova lei regulando inteiramente a matéria. Aquela movida contra a última lei aguarda julgamento no TJ/RJ. A Governadora do Estado do Rio de Janeiro, nas informações que prestou nos autos da representação de inconstitucionalidade n.º 117/03, ajuizada perante o TJ/RJ contra a mais nova das leis de cotas, a Lei n.º 4.151/2003, a ser aplicada na UERJ e na UENF, respondendo aos termos da mencionada ação, assinalou o seguinte: "lida com atenção, interesse e sem preconceitos, tal Lei representa um significativo aprimoramento em relação à legislação anteriormente editada sobre a matéria e uma notável contribuição do Estado do Rio de Janeiro no que toca à redução das desigualdades sociais, econômicas e étnicas existentes no país. Políticas públicas dessa natureza, como a veiculada Lei Estadual n.º 4.151/2003, contrastam com a tradicional postura de neutralidade complacente da sociedade e do Estado brasileiros, que esgotam seu compromisso com a busca da justiça social e da igualdade material na proclamação formal e inócua da igualdade de todos perante a lei. (...). Ataques como o desferido por via da presente representação revelam o ainda elevado grau de preconceito e conservadorismo das elites, e o atraso do debate público nacional acerca dos instrumentos de superação das desigualdades e da discriminação social".

dessas medidas.³⁰⁵ O acórdão proferido no julgamento da Apelação 2004.001.32883, de 16/05/2005, 11.^a Câmara Cível, Relator o Desembargador Cláudio de Mello Tavares, foi ementado da seguinte forma:

Apelação Cível em Mandado de Segurança. Denegação do Writ. Sistema de Cota Mínima para População Negra e Parda e para Estudantes Oriundos da Rede Pública Estadual de Ensino. Leis Estaduais 3524/00 e 3708/01. Exegese do Texto Constitucional.

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso fazemos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito constante do art. 5.^o, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art.206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelos menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país. O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de

³⁰⁵Com o título "Vestibulandos perdem recurso na Justiça do Rio", o Jornal Gazeta Mercantil veiculado no dia 21 de outubro de 2003 traz a seguinte notícia: "As polêmicas leis estaduais n.º 3.524/00 e n.º 3.708/01, que dispõem sobre cotas de vagas para a população negra em universidades do Rio de Janeiro, não são inconstitucionais. A decisão é dos desembargadores Cláudio de Mello Tavares, Otávio Rodrigues e Helena Klausner da 11. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ). Com o entendimento, vestibulandos que se sentiram prejudicados perdem o direito a se matricularem na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)."

pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolar particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 159.^a posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada. Recurso conhecido e improvido.

Outra instituição que implantou um importante e bem elaborado programa de ações afirmativas foi a Universidade Federal do Paraná (UFPR), mediante a Resolução n.º 37 do Conselho Universitário, aprovada em 10 de maio de 2004. De acordo com os artigos 1.^o³⁰⁶ e 2.^o³⁰⁷ dessa resolução, foram disponibilizadas 20% das vagas do processo seletivo da UFPR para estudantes afro-descendentes e 20% para candidatos oriundos da escola pública, respectivamente, ambos pelo prazo de 10 (dez) anos, nos cursos de graduação, técnicos e de ensino médio, e ainda, por força do artigos 3.^o³⁰⁸, vagas suplementares para estudantes indígenas foram

³⁰⁶Art. 1.^o Disponibilizar, por um período de 10 (dez) anos, 20 (vinte) por cento das vagas dos processos seletivos da Universidade Federal do Paraná (UFPR), para estudantes afro-descendentes, em todos cursos de graduação, cursos técnicos e ensino médio oferecidos por esta Instituição.

Parágrafo 1.^o Serão considerados afro-descendentes, para os efeitos desta Resolução, os candidatos que se enquadrarem como pretos ou pardos, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo 2.^o No ato da inscrição aos processos seletivos da UFPR, o candidato afrodescendente que desejar concorrer às vagas previstas no caput deste artigo deverá fazer a opção no formulário de inscrição e fazer a autodeclaração de grupo racial a que pertence.

³⁰⁷Art. 2.^o Disponibilizar, por um período de 10 (dez) anos, 20 (vinte) por cento das vagas dos processos seletivos da UFPR para candidatos oriundos de escolas públicas, em todos os cursos de graduação, cursos técnicos e ensino médio oferecidos por esta Instituição.

Parágrafo 1.^o Estão aptos a candidatar-se às vagas previstas no caput deste artigos os estudantes que tenham feito seus cursos Fundamental e Médio exclusivamente em escolas públicas.

³⁰⁸Art. 3.^o Disponibilizar anualmente vagas suplementares àquelas ofertadas no processo seletivo em cursos de graduação e cursos técnicos de nível pós-médio, para serem disputadas exclusivamente por estudantes indígenas residentes no território nacional, para o atendimento de demandas de capacitação de suas respectivas sociedades, apontadas por intermédio a Fundação Nacional do Índio (Funai).

previstas. O debate vinha acontecendo no interior da Universidade Federal do Paraná há mais de dez anos.³⁰⁹ Por vários momentos representantes de organizações negras de Curitiba e do Estado estiveram presentes em reuniões e debates acerca da necessidade da inclusão de negros na Universidade Federal do Paraná (UFPR), o que finalmente acabou acontecendo em 2004.

Em relação ao primeiro vestibular realizado depois da aprovação e vigência da aludida Resolução n.º 37/04, o único lamento da representante da UFPR foi que a instituição não conseguiu preencher totalmente os 20% de vagas reservadas para os afro-descendentes (foram 521 aprovados para 831 vagas – 22 universitários negros ligados ao projeto Adebóri³¹⁰ estão conseguindo manter-se no ensino superior com ajuda de um *pool* de empresas) destinadas para cotas raciais. A marca dos 20% foi atingida apenas para alunos da escola pública, com a particularidade de que a maioria contabiliza pelo menos uma década de ensino na rede mantida pelo estado.³¹¹ O sistema de cotas da UFPR deve passar por avaliações constantes e carrega nas costas desafios que podem fazer dessa turbulenta primeira fase uma brisa leve. Apesar da notável adesão dos professores e servidores da universidade, a mudança no perfil do alunado vai exigir ajustes acadêmicos e alterações de horários.

A implantação desse programa, contudo, não foi isenta de resistências³¹² e, conseqüentemente, de disputas judiciais, assim como ocorreu com o programa

³⁰⁹É importante observar, ainda, que o programa de ação afirmativa da UFPR, denominado de "Plano de Metas de Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná", reconhece expressamente que a reserva de percentual das vagas preserva o princípio do melhor desempenho entre os pertencentes às respectivas categorias, de caráter meritocrático. Dispõe o art. 6. da Resolução 37/04: "As vagas previstas nos artigos 1.º e 2.º desta resolução serão preenchidas pelos candidatos que obtiverem o melhor desempenho dentre os optantes da respectiva categoria".

³¹⁰Projeto voltado para o auxílio a universitários negros.

³¹¹SISTEMA de cotas traz à tona dificuldade crônica do país em discutir o racismo. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 de março de 2005. p.01

³¹²O Ministro Marco Aurélio, à época Presidente do STF, na palestra preferida no seminário "Discriminação e Sistema Legal Brasileiro", promovido pelo TST em 20/11/2001, já antevia o minoseísmo que é a aversão a tudo o que é novo.

das universidades do Rio de Janeiro. Diversas ações foram ajuizadas na Justiça Federal de Curitiba, contestando a previsão de reserva de vagas, ao argumento de serem atentatórias ao princípio da igualdade. O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, por meio de sua 3.^a Turma, porém, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2005.04.01.006358-2/PR, em julgamento unânime, relator o Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, afirmou a constitucionalidade da Resolução n.º 37/04, que institui o programa de ações afirmativas. O acórdão ficou assim ementado³¹³:

Administrativo. Agravo de instrumento. Medida liminar. Mandado de segurança. Vestibular. Sistema de cotas raciais e sociais. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Efeitos imediatos. Interesse processual do impetrante.

1. É simplismo alegar que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

³¹³Em seu voto, o relator transcreve trechos de entrevista dada pelo Ministro Tarso Genro à revista Carta-Capital, de 2-03-2005, p.29 e seguintes, do seguinte teor:

"Nós simplesmente trouxemos para dentro da lei aquilo que diz a Constituição. Não é uma intervenção, é simplesmente chamar a Constituição para dentro de uma norma. Essa crítica também não tem fundamento e é preconceituosa. Parte de uma visão muito comum das elites brasileiras de que a Constituição só serve para assegurar privilégios, não serve para incluir, para combater desigualdades, para promover a plebe em última análise.

(...)

Eu considero muito sectária, baseada em preconceitos, a posição de pessoas que dizem que as cotas atacam o mérito, que são populistas. Acho que uma política de cotas permanente seria paternalista. A proposta do projeto de lei tem uma limitação no tempo. Tanto as cotas para alunos de escolas públicas de nível médio quanto as previstas para afro-descendentes são políticas afirmativas que têm de ser observadas dentro de uma formação social concreta. Quanto ao mérito, diziam que o Programa Universidade para Todos (ProUni) iria deformar a estrutura meritória das instituições privadas, porque dentro do ProUni há a política de cotas e 36% das bolsas foram concedidas a afro-descendentes, ante 25% de afro-descendentes na totalidade das universidades. Agora, pasme: a média dos alunos que entram para o Exame Nacional do Ensino Médio para o ProUni é uma média superior àquela obtida pelos alunos tanto das escolas públicas como das privadas no mesmo exame. Por quê? Porque aqueles que se inscreveram para fazer o Enem são alunos mais preocupados com a sua carreira e com a qualidade de seu aprendizado, já que o exame não é obrigatório. Como consequência, aqueles que apresentaram pontuação maior e foram aproveitados no ProUni estão entre os melhores alunos. Então, essa idéia de que haveria uma baixa de qualidade com a política de cotas é completamente descabida do ponto de vista estatístico (...)"

2. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.
3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça, aí, está presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. *Permissa maxima venia*, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.
4. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.
5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL n.º 60/SP), a Universidade pode fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição têm efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades.
6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.
7. O Impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores a ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório.

Por fim, é importante fazer algumas ponderações referentes ao argumento de que as ações afirmativas, especialmente em sua configuração de cotas fixas para o acesso ao ensino superior, são ofensivas ao princípio do mérito, previsto no art. 208³¹⁴, V, da Constituição Federal³¹⁵.

³¹⁴O art. 208 da Constituição Federal, que trata do direito fundamental social à educação estabelece, quanto à abrangência, que o ensino fundamental é universal, o ensino médio deve ser universalizado gradativamente, e o superior deve obedecer a capacidade de cada um. Eis a redação do preceito:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

Primeiramente, registre-se que as cotas são espécies de ações afirmativas, que, no entanto, podem assumir outras configurações.³¹⁶

O grande desafio que se coloca quando se trata das ações afirmativas para o acesso ao ensino superior é exatamente compatibilizar a igualdade material de oportunidades, como expressão da dignidade da pessoa humana e realizador dos objetivos fundamentais da República, de um lado, e, do outro, o princípio do mérito individual.

Esse antagonismo já apresenta a mais importante resposta ao argumento de ofensa ao princípio do mérito: trata-se de um conflito entre princípios. Se, por um lado, o princípio da igualdade material, realizador dos objetivos fundamentais da

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1.º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2.º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3.º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola."

³¹⁵Alvacir Alfredo Nicz identifica, no art. 208, V, da Constituição Federal, o princípio do mérito para o acesso ao nível superior de ensino, na seguinte passagem de sua palestra proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em 2004: "Desta forma, é importante que sem deixar de lado a adoção do mérito introduza-se mecanismos que se ajustem à pretensão de novas oportunidades, compatibilizando-as de modo a se alinhar na direção do alcance dos objetivos fundamentais do art. 3.º da Constituição e visando sempre, para fins de efetiva e real justiça, a dignidade da pessoa humana. Portanto, estabelece o preceito constitucional o dever do Estado de garantir o acesso "segundo a capacidade da cada um", isto é, pela via do mérito e não por outro meio escolhido livremente pela autoridade que venha a desviar a forma determinada pelo texto constitucional". Palestra "Mecanismos niveladores da igualdade", proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional nos dias 04, 05, 06 e 07/10/2004, em Curitiba/PR, no painel "Inclusão e respeito à diferença: o futuro das minorias ou maiorias!?"

³¹⁶Conforme já foi mencionado no decorrer deste trabalho.

República de promover o bem de todos e reduzir as desigualdade sociais não é absoluto, também não o é o princípio do mérito.

Os princípios podem ser compreendidos como mandados de otimização e encerram proposições mais gerais e abstratas, podendo conter diferentes níveis de realização, de acordo como caso concreto, já que em cada caso será diferente o grau máximo de realização das normas que deles emanam.

Os conflitos entre os princípios resolvem-se na dimensão do peso, em que o intérprete aferirá qual deles, em cada caso concreto, deve preponderar, sem que isso signifique, contudo, a supressão daquele que foi reconhecido como de menor relevância. Instaura-se uma relação de precedência de um em relação ao outro condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes.

Assim, no caso do conflito entre o princípio da igualdade material e o princípio do mérito, como ambos comportam diferentes graus de cumprimento, a solução estará em cada caso concreto, nas características do programa de ação afirmativa implantado em cada Universidade, atento à realidade social da região em que esteja sediada. É de acordo com essas circunstâncias fáticas é que se poderá aferir se as cotas atentam ou não contra o mérito individual, não se podendo fazer, *a priori*, um juízo de precedência deste, de caráter individualista, em relação àquele que leva em conta interesses sociais.

Um outro fundamento também pode ser oposto ao argumento de ofensa ao princípio do mérito. O artigo 208, V, da Constituição Federal, ao estabelecer que o acesso aos níveis mais elevados do ensino será feito "de acordo com a capacidade de cada um", não quer significar, em absoluto, que "apenas os mais capacitados" ascenderão ao nível da graduação ou da pós-graduação, mas sim que a "capacidade de cada um" deve ser levada em consideração na postulação do referido acesso. Mas, afinal, o que é mérito? E quem julga quem são os mais e quem são os menos capacitados? De acordo com quais critérios? Os do exame vestibular?

Sales Augusto dos Santos sustenta que o conceito de mérito, deve ser repensado profundamente³¹⁷, e faz essa mesma indagação nos seguintes termos:

Contudo, faz-se necessário saber de quem é o mérito ou, se se quiser, quem tem mais mérito. Serão aqueles estudantes que tiveram todas as condições normais para cursar o ensino fundamental e médio e passaram no vestibular ou aqueles que apesar das barreiras raciais e de outras adversidades em sua trajetória, conseguiram concluir o ensino médio e também estão aptos para cursar uma universidade?³¹⁸

A partir desse questionamento o autor faz uma distinção entre mérito de chegada, que se exaure no exato momento em que o candidato cruza a linha de chegada com a aprovação no vestibular, e mérito de trajetória, que considera a vida escolar dos estudantes, em especial as facilidades e (ou) dificuldades encontradas³¹⁹, partindo do pressuposto de que ninguém é contra a tese de que o talento ou a excelência dos estudantes devem ser premiados com uma vaga na universidade.

Com base em uma pesquisa feita entre os alunos de pós-graduação da UNB no ano de 2002, os quais foram classificados em pretos, pardos e brancos, Sales Augusto dos Santos considera como mérito de trajetória a superação da deficiência ou má qualidade das escolas públicas³²⁰ e a falta de estímulo familiar em

³¹⁷SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ação afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.121.

³¹⁸SANTOS, S. A. dos, op. cit., p.113-114.

³¹⁹Nesse particular, pondera o autor: "Devemos considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se acredita somente no "cruzamento da linha de chegada": na aprovação do vestibular? Ou devemos considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração as facilidades e as dificuldades dos alunos para concluírem seus estudos? (SANTOS, S. A. dos, op. cit., p.114).

³²⁰Embora ao final o autor conclua que a noção de mérito individual deve aferir tanto o mérito de chegada quanto o mérito de trajetória, quando relata o resultado de suas pesquisas, afirma que os pós-graduandos que cursaram o ensino médio e a universidade na rede pública teriam mais méritos do que os que passaram essas fases de sua vida escolar no sistema privado de educação. São essas as ponderações do autor: "Relembrando a argumentação dos pós-graduandos de que o "não-ingresso dos negros da UnB deve-se à falta de ensino público de qualidade em Brasília e no Brasil e não à discriminação racial contra os negros", e admitindo-a com precedente, ou melhor, aceitando-a como verdadeira, pode-se inferir que os alunos do ensino médio que estudam em

face do nível de instrução das mães dos pesquisados³²¹, concluindo que, além da aprovação no vestibular, a noção de mérito deve ser ampliada para se levar em consideração também o processo de aprendizagem dos alunos, como as suas

escolas públicas no Brasil estão em desvantagem com relação àqueles que estudam em escolas privadas para disputar uma vaga no vestibular. Ou seja, há mais dificuldades para os alunos que estudam em escolas públicas passarem no vestibular do que para os alunos que estudam em escolas privadas. (...). Nestas condições seria plausível afirmar que os alunos das escolas públicas que conseguem passar no vestibular de uma universidade do porte da UnB são muitos talentosos ou, se se quiser, têm mais méritos do que os alunos das escolas privadas, ante a trajetória escolar daqueles. (...) Quando se verificam os dados da Tabela 06, percebe-se que a quantidade dos alunos dos programas de pós-graduação da UnB que concluíram o ensino médio em escolas públicas não é insignificante, eles são 40,5% dos entrevistados. Muitos desses alunos também concluíram o terceiro grau em universidades públicas: 77,1% dos alunos de pós-graduação da UnB são oriundos de universidade pública. (...). A tabela 06 também mostra outros dados que ajudam a questionar o mérito de chegada, aquele que é visualizado e ratificado quando se passa no vestibular. Enquanto a maioria absoluta dos alunos brancos dos programas de pós-graduação da UnB, 66,2%, concluíram o ensino médio em escolas privadas, a maioria absoluta dos discentes pretos desses programas, 66,6, ou exatamente dois terços dos pretos, concluíram o ensino médio em escolas públicas. Do mesmo modo que os discentes pretos, a maioria dos pós-graduandos pardos da UnB que foram entrevistados, 52,1% concluíram o ensino médio em escolas públicas, ao contrário dos pós-graduandos do grupo racial amarelo, dos quais 80% dos discentes concluíram o ensino médio em estabelecimentos privados de ensino e apenas 20% o concluíram em escolas públicas. Considerando o argumento sustentado pelos próprios pós-graduandos, que as escolas públicas não são de boa qualidade bem como a idéia do mérito de trajetória escolar, pensamos ser plausível sustentar que os alunos que as freqüentaram e passaram no vestibular e/ou estão cursando pós-graduação em universidades públicas teriam mais méritos que aqueles que freqüentaram escolas privadas e possuem trajetória universitária semelhante à dos primeiros." (SANTOS, S. A. dos, op. cit., p.114-116).

³²¹Quanto ao nível de instrução das mães revelado por ocasião de suas pesquisas, são essas as palavras do autor: "Um último dado para nos ajudar a refletir sobre o mérito individual com o objetivo de ampliar e/ou flexibilizar esse conceito. Observando-se os dados relativos ao nível de instrução das mães dos discentes de pós-graduação segundo a cor destes, percebe-se que 20,0% das mães dos pós-graduandos pretos não têm instrução formal, ou seja, são analfabetas. Entre os estudantes brancos apenas 1,4% das suas mães estão na mesma situação, que é a mesma porcentagem entre os pardos. Por outro lado, quando se verificam os dados relativos às mães que concluíram o terceiro grau, fica evidente como os alunos pretos estão em situação inversa à dos brancos quando se considera o grau de instrução das mães: 33,8% das mães dos alunos brancos dos programas de pós-graduação concluíram o terceiro grau e apenas 6,7% das mães dos alunos pretos tinham obtido esse nível mais elevado de instrução formal. (...). Por um lado, esses dados confirmam que o nível de instrução dos pais também é uma variável que explica a realização educacional dos filhos, conforme apontado por Bourdieu e Passeron (1975). Por outro lado, entendemos que também pode-se inferir deles que esta variável, o grau de instrução dos pais, não explica ou explica muito pouco o sucesso acadêmico dos pós graduandos no grupo racial preto." (SANTOS, S. A. dos, op. cit., p.117-118).

condições materiais e psicológicas³²², ou seja, o mérito individual deve levar em conta tanto o mérito de chegada como o mérito de trajetória.

O filósofo Peter Singer vê melhores qualificações, ou seja, mais mérito, no aluno que, embora tenha alcançado notas menores nos exames admissionais, haja enfrentado mais obstáculos em sua vida escolar, como qualidade da educação e antecedentes familiares negativos. Nas palavras do filósofo,

Outra maneira de defender uma decisão de aceitar um aluno vindo da minoria em detrimento de um aluno do grupo majoritário que se saiu melhor no exame de admissão seria afirmar que os testes padrão não oferecem uma indicação precisa da aptidão quando um aluno foi seriamente desfavorecido. Isso está de acordo com a questão levantada na seção anterior, quando nos referimos à impossibilidade de chegar à igualdade de oportunidades. A educação e os antecedentes familiares provavelmente influenciam os resultados obtidos em testes. Um aluno com um histórico de privações que obtenha 55% num exame de admissão pode ter melhores perspectivas de se formar em pouco tempo do que um aluno mais privilegiado, que tenha obtido 70%. O ajuste, com base nisso, dos pontos obtidos em testes não significaria admitir alunos de grupos minoritários e desfavorecidos em detrimento de alunos com melhor qualificação. Refletiria uma decisão de que os alunos desfavorecidos tinham, de fato, melhor qualificação do que os outros. Isso não configura nenhum tipo de discriminação racial.³²³

As suas considerações não ficam por aí. Peter Singer sustenta que a admissão à universidade não é o resultado da consideração dos interesses de cada

³²²Suas conclusões, no que interessa a este trabalho, foram as seguintes: "Mais do que isso, os dados apresentados aqui nos mostram que o conceito de mérito ou a capacidade, a habilitação, a inteligência, o talento ou simplesmente a qualidade que torna alguém digno de prêmio, conforme nos indica o Dicionário Aurélio, não pode ser medido ou invocado somente na linha de chegada à universidade. Ao aferir o mérito dos estudantes, visando premiá-los com uma vaga na universidade, talvez o conceito de mérito individual tenha que ser repensado profundamente. Pensamos que esta reflexão deve também levar em consideração o processo de aprendizagem com as suas facilidades ou dificuldades proporcionadas pelas condições sociais de existência dos estudantes, as quais vão desde as condições materiais até as psicológicas, marcadas ou não por discriminações dentro ou fora da escola. Salientamos que esses fatores são complexos e difíceis de serem percebidos e compreendidos à primeira vista. Não se trata aqui de negar o mérito de quem passou no vestibular, mas de ampliar esse conceito, para não excluirmos outros alunos talentosos que experienciaram condições desfavoráveis de estudo. Esses alunos, em função de diferenças às vezes mínimas de pontuação na prova do vestibular com relação aos alunos que sempre tiveram condições favoráveis, não ingressam em uma universidade pública de qualidade e não podem desenvolver e/ou ampliar o seu talento." (SANTOS, S. A. dos, op. cit., p.121-122).

³²³SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.56.

candidato, mas sim dos interesses da sociedade que a própria instituição de ensino entende por bem prestigiar.³²⁴ Nem mesmo os processos seletivos baseado exclusivamente em testes de inteligência levam em consideração os interesses do candidato. Nessa hipótese, o uso de testes de inteligência poderia significar que os objetivos perseguidos pela universidade em prol da sociedade poderia ser, por exemplo, o melhor aproveitamento dos recursos materiais da própria universidade, ou a tranquilidade para a comunidade de poder contar com os serviços do profissional mais inteligente selecionado para a formação:

Examinemos o caso mais comum: a admissão rigorosamente baseada nos pontos obtidos em testes de inteligência. Suponhamos que os recusados com base nesse procedimento reclamassem que os seus interesses tivessem sido levados menos em conta do que os interesses dos candidatos mais inteligentes. A universidade responderia que esse procedimento absolutamente não levou em conta os interesses dos candidatos e que, portanto, dificilmente poderia ter dado menos peso aos interesses de um candidato do que aos de outro. Poderíamos, então, perguntar à universidade por que usou a inteligência como critério de admissão. Ela poderia responder, primeiro, que passar nos exames exigidos para a graduação é algo que requer um alto nível de inteligência. Seria absurdo permitir que alunos incapazes de passar nesses exames fossem admitidos, pois não seriam capazes de formar-se. Perderiam o seu próprio tempo e desperdiçariam recursos da universidade. Em segundo lugar, poderia a universidade responder que, quanto maior for a inteligência dos alunos que se formam, mais úteis eles provavelmente serão para a comunidade. Quanto mais inteligentes forem os nossos médicos, mais aptos serão a prevenir e curar doenças. Portanto, quanto mais inteligentes forem os alunos selecionados por um Faculdade de Medicina, mais recompensada será a comunidade pelos seus gastos com a educação médica.

De acordo com a linha de raciocínio desenvolvida por esse filósofo, o critério de admissão estabelecido pela universidade não confere às pessoas que o atendam em maior medida o direito de postularem que esse critério seja mantido. Visando atender ao bem da comunidade, a universidade pode, validamente, alterar o critério adotado para a seleção de seus alunos, passando, a partir de então, a contemplar candidatos que melhor se enquadram nesse novo critério. Isso, contudo,

³²⁴Afirma o autor: "Basta fazermos essa pergunta para nos darmos conta de que a admissão à universidade não é, normalmente, um resultado da consideração dos interesses de cada candidato. Depende, ao contrário, de se contrapor aos candidatos a padrões que a universidade institui, tendo em mente certas linhas de conduta." (SINGER, op. cit., p.57).

não significa que os beneficiados pelo critério anterior possam reclamar da alteração da política de seleção agora adotada, porque teriam sido simples beneficiários da velha política, que agora mudou e contempla outros beneficiários.

É elucidativo, nesse sentido, o seguinte trecho da sua obra:

Esse procedimento específico de admissão é, sem dúvida, unilateral; um bom médico precisa ter outras qualidades, além de um alto nível de inteligência. É apenas um exemplo, porém, e essa objeção não é relevante para o ponto onde quero chegar através deste exemplo. Esse ponto é que ninguém se opõe à inteligência enquanto critério de seleção nos moldes em que se opõe à raça enquanto critério; contudo, os mais inteligentes, admitidos segundo um esquema que tem por base a inteligência, não têm um direito mais intrínseco à admissão do que aqueles que são admitidos pela "discriminação inversa". Como já afirmei antes, a maior inteligência não traz consigo nenhuma pretensão correta ou justificável a um maior desfrute das coisas boas que a nossa sociedade tem a oferecer. Se uma universidade admite alunos de maior inteligência, ela não o faz em consideração ao maior interesse que eles têm em ser admitidos, nem em reconhecimento ao seu direito de ser admitidos, mas porque, com isso, favorece objetivos que, acredita, serão propiciados por esse processo de admissão.³²⁵

E mais adiante afirma:

Portanto, se essa mesma universidade resolver adotar novos objetivos e usar ação afirmativa para fomentá-los, os candidatos que teriam sido admitidos pelo processo anterior não poderão reclamar que a nova maneira de agir viola os seus direitos a ser admitidos, ou dispensa-lhes menos respeito que aos outros. Para começar, não tinham nenhum reclamo especial para ser admitidos; eram felizes beneficiários da velha política da universidade. Agora essa política mudou, outros se beneficiam, não eles. Se isso parece injusto, é só porque estávamos habituados à velha política. (...). Portanto, não se pode, com justiça, condenar a ação afirmativa com base na alegação de que ela viola os direitos dos candidatos à universidade, ou não os trata com igual consideração. Não existe nenhum direito inerente à admissão, e a igual consideração dos interesses dos candidatos não está em jogo nos testes normais de admissão. Se a ação afirmativa é exposta à objeção, isto deve dar-se porque os objetivos que procura fomentar não são bons, ou porque não pretende realmente concretizá-los. (...). Dentro do objetivo geral da igualdade social, a maior representatividade das minorias em profissões como a advocacia e a medicina é desejável por várias razões. Os membros minoritários são mais propensos a trabalhar junto aos seus iguais do que os que vêm dos grupos étnicos dominantes, e isso pode ajudar a superar a escassez de médicos e advogados que se verifica nas comunidades pobres, onde vive a maior parte dos membros das minorias menos favorecidas. Eles também podem compreender os problemas dos pobres melhor do que os que provêm das classes mais abastadas. Médicas e advogadas, bem como estes

³²⁵SINGER, op. cit., p.58.

profissionais oriundos de minorias, podem servir de modelo para outros membros de grupos minoritários e para mulheres, rompendo barreiras mentais inconscientes contra a aspiração ao exercício de tais profissões. Por fim, a existência de grupos diferentes de estudantes ajudará os membros do grupo étnico dominante a aprender mais sobre as atitudes dos afro-americanos e das mulheres, o que lhes dará melhores condições de servir a comunidade enquanto médicos e advogados.³²⁶

Nota-se que nesse ponto, a opinião do filósofo australiano é inteiramente convergente com a do americano Ronald Dworkin. Para este último autor, o número ínfimo de médicos e outros profissionais negros é uma consequência e uma causa contínua da consciência racial do país, e a ação afirmativa visa exatamente corrigir essas distorções. Referindo-se aos programas de ações afirmativas instituídas pelas universidades americana, Dworkin menciona que

Os programas baseiam-se em dois juízos. O primeiro diz respeito à teoria social: que os Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros da raça branca, ao passo que outros se vêem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social. O segundo é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa. Nesse ponto futuro, as consequências, quaisquer que venham a ser elas, dos programas de admissão não raciais, poderão ser aceitas sem nenhuma impressão de barreiras ou injustiça raciais.³²⁷

Quanto ao argumento de que as ações afirmativas estabeleceriam uma forma de violação ao princípio do mérito, Ronald Dworkin sustenta inexistir uma combinação de qualidades que possa traduzir o conceito abstrato de mérito, e que, sendo assim, até mesmo a cor da pele, em algumas situações, pode ser considerada como mérito:

Não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o "mérito" no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como "mérito" no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis irão capacitá-lo a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, tem prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse

³²⁶SINGER, op. cit., p.58-59.

³²⁷DWORKIN, **Uma questão...**, op. cit., p.439.

argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão – que a pele negra pode ser uma característica socialmente útil em dadas circunstâncias – com a idéia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor do que outra.³²⁸

Ainda no que diz respeito à alegação de que as ações afirmativas ofendem ao princípio do mérito, de acordo com Luiz Fernando Martins da Silva, o exame vestibular mede mais a qualidade do ensino oferecido aos candidatos nas etapas anteriores ao processo seletivo, as condições de estudo e o padrão de vida dos vestibulandos do que propriamente o mérito individual do aluno.³²⁹

E finalmente, no tocante ao argumento meritocrático, duas últimas observações devem ser feitas.

A primeira, que os programas de ações afirmativas estabelecidos nas universidades públicas não eliminam a competição. Ela continua presente, porém só ocorre entre aqueles que se encontram no mesmo nível, porque, conforme assinala Luiz Fernando Martins da Silva³³⁰, "a competição deve acontecer entre candidatos com igualdade de condições, para que, de fato, se possa medir o mérito dos candidatos e não o mérito dos diferentes sistemas escolares. Não se pode dar um

³²⁸DWORKIN, **Uma questão...**, op. cit., p.446.

³²⁹SILVA, Luiz Fernando Martins da. Aspectos jurídicos e constitucionais das políticas de ação afirmativa e seus mecanismos. Afirma o autor: "o primeiro equívoco de tal argumento é considerar que o atual vestibular tenha a capacidade de medir o mérito do candidato. Em verdade, o atual Exame Vestibular mede, mais freqüentemente, a qualidade do ensino oferecido aos candidatos, as condições de estudo e vida dos mesmos. Mais do que o mérito do candidato, o nosso vestibular mede o mérito do sistema escolar, do sistema social e a desigualdade de oportunidades. Não por acaso, o vestibular das universidades públicas seleciona os estudantes que vieram de escolas privadas e das classes mais abastadas" (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302&p=3>>). Acesso em: 29 dez. 2005.

³³⁰SILVA, L. F. M. da, **Aspectos jurídicos...**, op. cit.

fusca para um piloto e uma BMW para outro, e achar que nessa corrida vai-se medir o mérito dos pilotos".³³¹

E a segunda, que a Constituição Federal concedeu às Universidades brasileiras o *status* de guardiãs dos interesses da comunidade. Dessa forma, gozam as Universidades da prerrogativa de estabelecerem, legitimamente, os objetivos e os fins que pretendem alcançar e representar no espaço acadêmico. Isso se chama autonomia e está prevista no art. 207 do nosso texto constitucional.³³²

³³¹Edna Roland, em entrevista concedida à Assessoria de Comunicação Social da UNB fez a seguinte indagação: "As cotas não contrariam o princípio de mérito para ingresso na universidade porque buscam equalizar as condições da competição, para medir realmente quem são os melhores pilotos, e não quais são os melhores carros. Se as condições da competição são desiguais, como se pode medir o mérito dos candidatos? (ROLAND, Edna. **Cotas despertam debate**. 14/05/2004. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbagencia/ag0504-23.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2005).

³³²Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

CONCLUSÕES

Cabe, agora, apresentar as conclusões do presente trabalho. Em resumo, são elas as seguintes:

1. O Estado social contemporâneo, diferentemente do Estado liberal clássico, exige uma versão de Estado ativo, atuante e transformador. O Estado deve estar sempre comprometido com a realização efetiva dos direitos fundamentais, com a redução das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos. Urge, pois, que o Estado cumpra seu dever de agir nesse sentido, criando os pressupostos fáticos e jurídicos que se fizerem necessários.
2. O conceito de direitos fundamentais sofreu diversas modificações ao longo da história, tornando-se difícil delimitá-lo ainda nos dias de hoje. De modo bastante genérico, podem ser definidos como posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, que se encontram assentadas no texto da Constituição de um país.
3. Inicialmente os direitos fundamentais eram entendidos numa concepção puramente formal, individualista, que lhes reconhecia apenas uma dimensão subjetiva.
4. A partir do momento em que se percebem e se reconhecem os reflexos desses direitos individuais no âmbito do coletivo, nota-se também a insuficiência da compreensão apenas da sua dimensão subjetiva para explicar os seus efeitos e para que se possa entendê-los em sua totalidade, descobrindo-se a partir daí uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, até então ignorada.
5. O reconhecimento dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais leva ao questionamento de se, cabendo ao Estado certa tarefa

constitucionalmente imposta, tem o cidadão o direito fundamental de ver esta tarefa cumprida, que são os chamados direitos a prestações.

6. Assim, enquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais remete aos direitos a uma prestação negativa do Estado, ou direitos de defesa, a dimensão objetiva desses mesmos direitos é traduzida como direitos a prestações positivas do Estado, que nasce justamente nos efeitos da consagração daquela dimensão (subjetiva).
7. Os direitos a um *non facere* estatal podem ser divididos em direitos ao não impedimento de ações, direitos à não afetação da propriedade ou de situações jurídicas e direitos à não eliminação de posições jurídicas.
8. Já os direitos a ações positivas, por sua vez, podem ser classificados em direitos a ações fáticas e direitos a ações normativas, podendo ainda essa divisão ser complementada pelos direitos fundamentais de proteção, direitos fundamentais à organização e ao procedimento e os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais.
9. Vários podem ser os critérios adotados para a distinção entre princípios e regras. Essa diferenciação não é apenas de grau; trata-se, também, de uma diferença qualitativa.
10. A diferença qualitativa entre princípios e regras traduz-se, especialmente, no fato de serem os princípios entendidos como mandados de otimização, ou seja, como normas que impõe o cumprimento do seu conteúdo no máximo possível, ante as circunstâncias concretas. Já às regras, por outro lado, não se aplica a mesma lógica, tendo em vista que são caracterizadas como normas cujo cumprimento não admite graus diferentes de realização.
11. Os conflitos entre princípios constitucionais resolvem-se na dimensão do peso, ora um, ora outro cedendo passo diante das situações fática e

jurídica concretamente analisadas. O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, ao modo de tudo ou nada.

12. Os direitos fundamentais possuem natureza dúplice, ora comportando-se como princípios, ora comportando-se como regras. Podem, também, revestir-se de natureza dual, isto é, ao mesmo tempo princípio e regra.
13. A igualdade, tema complexo e antigo objeto de estudo da filosofia, cristalizou-se como direito fundamental na Constituição de praticamente todos os países do mundo ocidental.
14. Embora Aristóteles apresente duas formas de igualdade, uma que trata os homens como iguais no limite de suas diferenças e outra que os vê como absolutamente iguais, admitia que nem todos os seres humanos eram tidos titular de direitos e obrigações, sendo considerados como tais apenas os cidadãos, dos quais eram excluídos, aprioristicamente, os escravos, os estrangeiros e as mulheres, que sequer eram considerados humanos.
15. Rousseau vê dois tipos de desigualdade: uma natural ou física, consistente nas diferenças de sexo, idade, saúde, constituição do corpo, do espírito e da alma; e outra moral ou política, que se expressa nos privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como o de serem mais ricos ou mais poderosos.
16. Esta segunda espécie de desigualdade depende da convenção estabelecida ou autorizada pelo consentimento dos homens e tem origem justamente com o início da sociedade (contrato social). Para Rousseau, diferentemente do que para Aristóteles, os homens são, em essência, iguais ou, ao menos, iguais no que tange à condição humana; ou seja, todos os homens podem ser comparados em um juízo de *igual-diferente*.

17. Percebe-se na obra de Rousseau que não é preciso que retornemos ao estado de natureza para que possamos ser iguais. O que devemos fazer é utilizar o direito e a razão como ferramentas por meio das quais se corrigem as diferenças exacerbadas entre os seres humanos, como ocorre com as leis ou atos normativos que instituem ações afirmativas.
18. A positivação é a forma com que as normas jurídicas são colocadas para o conhecimento de toda a sociedade. O direito fundamental à igualdade, de caráter natural e anterior à criação do próprio Estado, desde nossa primeira Constituição, encontra-se positivado em nosso sistema normativo, estando atualmente previsto no art. 5.º, caput, da Carta Política promulgada em 1988, e em diversos outros dispositivos.
19. O direito fundamental à igualdade positivado no aludido dispositivo constitucional, como acontece com os demais direitos fundamentais, possui uma dimensão subjetiva e outra objetiva.
20. À dimensão subjetiva-formal da igualdade, de cunho individualista, corresponde um direito negativo em face do Estado e está subdividida em: a) vedação de inobservância do princípio da igualdade formal, seja na elaboração, na aplicação ou no cumprimento das leis, e b) proibição de discriminar, por conta das desigualdades naturais/físicas ou morais/políticas entre os homens.
21. A dimensão objetiva-material do princípio da igualdade importa num direito a prestações ou ações positivas fáticas (o próprio Estado as realiza) ou ações positivas normativas (aprovação/instituição de atos normativos que estabelecem ações afirmativas)
22. Na conceituação das ações afirmativas encontram-se alguns elementos essenciais:
23. O primeiro elemento essencial tem em vista a posição do responsável pelo cumprimento das prestações fáticas ou normativas decorrentes da compreensão da dimensão objetiva do princípio da igualdade, é dizer,

o Estado. Ações afirmativas designam iniciativas ou políticas que podem ser adotadas, impostas ou incentivadas pelo Estado.

24. No primeiro caso, o Estado satisfaz o direito a ações positivas realizando ele próprio as medidas necessárias. No segundo, por não lhe ser possível a realização direta das prestações, o Estado determina a sua realização por terceiros. E, por fim, em situações em que não é recomendável ou não é possível uma posição impositiva, o Estado apenas incentiva o agir afirmativamente.
25. O segundo traço comum à conceituação de ações afirmativas é fato de ser o instrumento de promoção da igualdade material ou substancial. Não se pode falar em ações afirmativas sem relacioná-las de imediato com a superação da igualdade meramente formal, de feição negativa-subjetiva. Essa igualdade material, por ser de caráter relacional, refere-se à igualdade em relação a algo, que é a oportunidade de ter uma vida mais digna.
26. A terceira característica comum encontrada em praticamente todos os conceitos de ações afirmativas diz respeito aos seus sujeitos, a quem são voltadas, enfim. Por vezes, os autores referem-se, neste particular, a "minorias", e vezes outras a "grupos fragilizados" ou ainda "grupos marginalizados", classificando-os a partir de características biológicas, como raça/cor, sexo, idade ou deficiência, ou sociológicas, como etnia, origem, religião.
27. Importante é a determinação da categoria de sujeitos que se encontram desiguais no acesso a qualquer bem fundamental social. É necessário, então, que se reconheça quais são, na prática social, os sujeitos ou grupos de pessoas que em dado momento histórico possuem direitos a prestações fáticas e normativas do Estado para a tutela da dimensão objetiva-material da igualdade.

28. Ganha destaque, aqui, o direito à diferença, que necessariamente deve estar presente nos debates e discursos da arena política (democracia), bem como a defesa e a busca constante pela diversidade. Por outro lado, não há empecilho para o reconhecimento de direitos de grupos ou de categorias de pessoas, e não a um sujeito especificamente considerado, o que se poderia objetar.
29. Isso já ocorre, por exemplo, com os ditos direitos de fraternidade, de terceira dimensão, que, genuinamente trazem como nota distintiva o fato de desprenderem-se da figura do homem-indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos, como família, povo, nação, caracterizando-os como direito de titularidade coletiva ou difusa.
30. Por fim, o quarto elemento presente em quase todas as conceituações encontradas foi o de serem as ações afirmativas medidas transitórias, não definitivas. Essa efemeridade, porém, só pode ser entendida como transitoriedade das ações afirmativas em relação a estas ou aquelas categorias de sujeitos.
31. As desigualdades, já dizia Rousseau, surgiram com a própria instituição da sociedade. Enquanto houver sociedade, portanto, haverá desigualdades, irrelevante o regime político adotado. É possível, no entanto, que em relação a este ou aquele grupo se alcance a igualização material visada pelas ações afirmativas, e tão logo isso ocorra, ela não mais devem ser utilizadas.
32. Novos grupos de indivíduos desiguais, porém, surgirão, como produto das relações sociais, e que deverão, evidentemente, ser devidamente considerados. A razão e o direito devem, então, estar atentos à realidade social e ao surgimento de novos sujeitos de direitos, identificando com rapidez as situações em que apenas a igualdade formal, de natureza subjetiva-negativa, é observada.

33. As ações afirmativas devem ser temporárias, portanto, apenas aos sujeitos em relação aos quais especificamente se referem, porque como instrumentos de realização da dimensão objetiva-positiva da igualdade (a igualdade material) deverão ser adotadas sempre que necessárias.
34. Quanto à sua finalidade, as ações afirmativas destinam-se a implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, visto que a isonomia (igualdade formal), por si só, falha na consecução desse propósito.
35. A fundamentação teórica das ações afirmativas é a mesma da igualdade: a justiça distributiva. A principal crítica que se faz à justiça compensatória como fundamento das ações afirmativas é a mesma desde a formulação aristotélica de justiça corretiva: só poderia ser "compensado" quem porventura houvesse tido um direito "violado" e só poderia ser "penalizado" quem fosse o "causador" da violação.
36. A preocupação com a dimensão material do princípio da igualdade e a busca de soluções para implantá-la, combatendo a falta de igualdade no acesso a bens fundamentais, estão presentes em todos os continentes do mundo.
37. No plano do direito internacional, as ações afirmativas e a questão das discriminações são tratadas, dentre outras comunidades internacionais, pelo sistema das Organização das Nações Unidas, existindo inúmeros tratados e convenções que tangenciam, de forma direta ou indireta, o tema da igualdade material ou de oportunidades, e as ações afirmativas.
38. No Brasil, as ações afirmativas entraram na pauta das discussões a partir da década de 1990, e se intensificaram desde então.
39. Podem-se vislumbrar, no Brasil, três categorias de sujeitos em torno das quais os debates sobre as ações afirmativas têm gravitado, e em relação às quais já existem algumas ações no sentido da promoção de

sua igualização material-positiva: os deficientes físicos, as mulheres e os afro-descendentes. Além dessas, mais recentemente outros grupos já têm despontado, como os indígenas e os idosos.

O que se espera, enfim, é que o Estado brasileiro, que ocupa lugar de destaque no ranking mundial das desigualdades, desperte e caminhe no sentido da sua diminuição, estabelecendo regras e diretrizes aptas para a superação da igualdade meramente formal-negativa.

Se se mantiver os olhos nessa direção, ver-se-á que as ações afirmativas apresentam-se como um importante instrumental para que a sociedade brasileira possa, um dia, ter noção, ainda que rudimentar, do que seja a dignidade da pessoa humana e a igualdade de acesso aos direitos sociais fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAO, Bernadette Siqueira; COSCODAI, Mirtes Ugeda (Orgs.). **História da filosofia**. São Paulo: Best Seller, 2002.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDREWS, George Reid. Ação afirmativa: um modelo para o Brasil. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, Ano 24, n.2, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16.^a tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONACHI, Gabriella; GROPPPI, Ângela (Org.). In: PINHO, Leda de. **O princípio da igualdade**: investigação na perspectiva do gênero. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Edson, d'ADESKY, Jacques, MEDEIROS, Carlos Alberto. **Racismo, preconceito e intolerância**. São Paulo: Atual, 2002.

BRANCO, P. G. G. **Direito público**. Exposição no V Congresso de Direito constitucional do IDP, em 19/11/2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASHMORE, Ellis et al. **Dicionário das relações étnicas e raciais**. Trad. Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÍCERO. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. International Commission of Jurists. Commission internationale de jurists. Medidas de Accion Afirmativa, 15 Mar. 2004. Disponível em: <http://www.icj.org/news.php3?id_article=3288&lang=es>. Acesso em: 09 ago.2005.

COMPARATO, Fábio Konder. O princípio da igualdade e a escola. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n.104, jul. 1998.

CONTINS, Márcia.; SANT'ANA, Luiz Carlos. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Estudos Feministas**, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v.4, n.1, p.209-220, 1996.

COULANGES, Numa Diniz Fustel de. **A cidade antiga**. Curitiba: Juruá, 2002. v.1.

DELGADO, Dídice, CAPELLIN, Paola; SOARES, Vera. **Mulher e trabalho**: experiências de ação afirmativa. São Paulo: ELAS/Boitempo, 2000.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES DE MELO, Osias Tibúrcio. **Ação afirmativa**: o problema das cotas raciais para acesso às instituições de ensino superior da rede pública. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5301&p>>. Acesso em: 05 abr. 2005.

FERRAJOLI, Luiz. **Derecho y Razón**: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1998.

SISTEMA de cotas traz à tona dificuldade crônica do país em discutir o racismo. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 de março de 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/joaquim_b_gomes/jg_2.html>. Acesso em: 27 nov. 2005.

GOMES, Joaquim Benedito. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O que é democracia?** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Ações afirmativas para a população negra nas universidades brasileiras. In: SANTOS, Renato Emerson; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HENRIQUES, Ricardo. Silêncio: o canto da desigualdade racial. In: ASHOKA EMPREENDIMIENTOS SOCIAIS E TAKANO CIDADANIA (Org.). **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre, 2002. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS.

LIMA, D. O Enfrentamento do racismo em um projeto democrático: a possibilidade jurídica. In: SOUZA Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo**: o papel da ação afirmativa nos estados democráticos contemporâneos. Brasília: Ministério da Justiça, 1993.

LOCK, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOFY, Willian. **A ação afirmativa e o respeito aos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024>>. Acesso em: 28 ago. 2005.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **A integração de pessoas com deficiência**: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memmon, 1997.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena. **A ação afirmativa e sua perspectiva de inclusão no arcabouço jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6356&p=2.>, 2004>. Acesso em: 10 abr. 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 3.ed., 11. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, n.14, jul. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v.4.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.197-217, nov. 2002 (quadrimestral).

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n.163, jul./set. 2004 (separata).

NIELD, Paulo Sergio. Regra discriminatória: sistema de cotas é reflexo das deficiências da educação. **Revista Consultor Jurídico**, 3 abr. 2005.

PEDREIRA, Luiz Pinho. O princípio da igualdade de tratamento. **Revista LTr**, v.60, n.4, abr. 1996.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva do gênero. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLATAO. **A república**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - PNDH. Brasília, 1996.

RAWL, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça e democracia**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Carlos David Aarão. **Família e igualdade**: a chefia da sociedade conjugal em face a nova constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

ROLAND, Edna. **Cotas despertam debate**. 14/05/2004. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbagencia/ag0504-23.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTANA, Olívia. **Ações afirmativas**: limites e possibilidades. Salvador: UFBA: FAGED. Disponível em: <http://www.faced.ufba.br/destaques/olivia_santana/olivia_santana_acoes_afirmativas.htm>. Acesso em: 29 ago. 2005.

SANTOS, Hélio et al. Políticas públicas para a população negra no Brasil. **Relatório da ONU**, 1999.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ação afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA JR., Hélio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, A. S. A. **Tirando as máscaras**: ensaios sobre racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra/SEF, 2000.

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 18 nov. 2005.

SILVA, C. D. M. **Provas Ilícitas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros**. Disponível em: <www.achegas.net/numero/cinco/l_fernando>. Acesso em: 22 nov. 2005.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Aspectos jurídicos e constitucionais das políticas de ação afirmativa e seus mecanismos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302&p=3>>. Acesso em: 29 dez. 2005.

SILVA, Maurício Pereira da. **O acesso ao serviço público por critério racial**: um estudo sobre ação afirmativa, justiça, igualdade e mérito no direito brasileiro. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) - PUC-PR.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. A ação afirmativa e o direito: um meio para se eliminar a exclusão social decorrente da discriminação racial. **Ciência e Direito – Revista Jurídica da FIC-UNAES**, Campo Grande (MS), Ano I, n.1, maio/out. 1998 (semestral).

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, fasc. 117, nov. 2002.

_____. Políticas raciais compensatórias: o dilema brasileiro do século XXI. In: SEMINÁRIOS REGIONAIS PREPARATÓRIOS PARA CONFERÊNCIA MUNDIAL CONTRA O RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA, 3., 2005, Brasília. **Anais...**, Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

STEINMETZ, Wilson. A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TABORDA, Mauren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.211, p.241-269, jan./mar. 1998.

TELLES, Edward. **Racismo à brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará e Fundação Ford, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: EDUSC, 1998.

TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Trad. Mário da Gama Kury. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1987.

UNIVERSIA. **Cotas**: qual é a situação? (28/02/2005) Disponível em: <www.universiabrasil.net>. Acesso em: 15 maio 2005.

VILLAS BÔAS, Renata M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. Ações afirmativas. **Revista Consulex**, n.163, 31 out. 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)