

**Jorge Arthur Moojen Rodrigues**

**POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM  
FACE DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
*Stricto Sensu* – Mestrado em Direito, Universidade de Santa  
Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do  
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2006

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

**Jorge Arthur Moojen Rodrigues**

**POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM  
FACE DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL**

Esta Dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

*Dr. Rogério Gesta Leal*

Professor Orientador

*Dr. Sérgio Agrifloglio*

*Pós Dra. Sandra Regina Martini Vial*

*Dedico este trabalho à memória de meu pai, Antônio Caldas Rodrigues, que realizava em seu consultório diariamente Políticas Afirmativas.*

*“Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza;  
Temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.*

*(Boaventura de Souza Santos)*

## AGRADECIMENTOS

*Eu vejo a vida melhor no futuro!  
Eu vejo isso por cima de um muro, de hipocrisia  
que insiste em nos rodear.  
Eu vejo a vida mais clara e farta, repleta de toda satisfação,  
que se tem direito, do firmamento ao chão!  
Eu quero crer no amor numa boa,  
que isso valha prá qualquer pessoa,  
que realizar a força que tem uma paixão!  
Eu vejo um novo começo de era, de gente fina elegante e sincera,  
com habilidade pra dizer mais sim do que não!!*

Creio em um dia verificar que as palavras de Lulu Santos não mais serão apenas uma melodia, mas sim uma realidade de um futuro próximo. E que sem ter essa crença perderia a minha razão de existir.

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Prof. Dr. Rogério Gesta Leal pelo constante incentivo, sempre indicando a direção a ser tomada nos momentos de maior dificuldade, interlocutor interessado em participar de minhas inquietações, e inspirador de vários trechos. Agradeço, principalmente, pela confiança, em mim depositada, ao me escolher como seu orientando.

Ao Professor Doutor Sergio Agrifoglio, da Universidade de Salerno, Itália, que gentilmente aceitou participar e colaborar com este trabalho fazendo parte da Banca.

À Professora Pós-Doutora Sandra Regina Martini Vial por aceitar o convite de participar desta Banca.

A Professora Dra. Marli Marlene Moraes da Costa, Chefe do Departamento de Direito da UNISC, pelo “ombro amigo”.

As Professoras Rosimay e Liane Nácul, assim como Gisele Dhein e Iuri Azeredo, pelo olhar zeloso que miraram meu trabalho.

A todos os professores, funcionários e alunos do Mestrado, do Departamento de Direito da UNISC, especialmente a Rosana Fabra e todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta dissertação, dando-me força e incentivo.

E por fim, à minha amiga e mãe, companheira de todas as horas, Maria Luiza e a Julie, minha amada, pela serenidade e paciência que teve comigo.

E ao Grande Arquiteto do Universo, que sem ele nada disto seria possível.

## RESUMO

A pesquisa pretendeu, num primeiro momento, descrever a evolução histórica e conceitual do Princípio da Igualdade, destacando-se a natureza Constitucional do Princípio da Igualdade em suas dimensões formal e material, para, em seguida, estabelecer as bases conceituais sobre o Preconceito e a Discriminação, verificando suas diferenças e similitudes na realidade brasileira, para então chegar nas Políticas Públicas de inclusão social e as Políticas Públicas Afirmativas, verificando-se sua delimitação conceitual e jurídica enquanto espécie de Política Pública de inclusão social, bem como sua compatibilidade com o princípio da igualdade, tudo como forma de embasar a análise do problema central, qual seja, quais os argumentos que fundamentam as Políticas Públicas Afirmativas e como essas se compatibilizam com o princípio constitucional da igualdade. Em termos prospectivos, a pesquisa vai sustentar que as Ações Afirmativas representam um mecanismo singular de igualdade social, política e econômica, presente e futura.

Palavras-chave: Discriminação, Preconceito, Princípio da Igualdade, Ações Afirmativas.

## RESUMEN

La investigación pretendió, en un primer momento, describir la evolución histórica y conceptual del principio de igualdad, enfatizando la naturaleza constitucional del principio de igualdad en sus dimensiones formal y material para a continuación establecer las bases conceptuales sobre el prejuicio y la discriminación, verificando sus diferencias y similitudes en la realidad brasileña para posteriormente llegar a las políticas públicas de inclusión social y a las políticas públicas afirmativas para determinar su delimitación conceptual y jurídica como categoría de política pública de inclusión social así como su compatibilidad con el principio de igualdad, y todo ello como mecanismo de fundamentar el análisis del problema central, cual sea, cuáles los argumentos que fundamentan las políticas públicas afirmativas y como se compatibilizan con el principio constitucional de igualdad. En términos prospectivos, la investigación va a sostener que las acciones afirmativas representan un mecanismo singular de igualdad social, política y económica, presente y futuro.

Palabras-clave: Discriminación, perjuicio, principio de igualdad, acciones afirmativas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 A IGUALDADE: ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E MEIO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	14
1.1 O princípio da igualdade em sua dimensão conceitual	14
1.2 O princípio da igualdade em sua dimensão histórica	22
1.3 O princípio da igualdade e o sistema legal brasileiro	31
1.4 A natureza constitucional do princípio igualdade	38
1.4.1 A igualdade jurídica na dimensão formal	43
1.4.2 A igualdade jurídica na dimensão material	45
1.5 Iguais e desiguais sob a égide da lei	48
<b>2 O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO COMO FATOS DENSIFICADORES – VIOLATÓRIOS AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b>	53
2.1 Aproximações Conceituais da Problemática da Discriminação e Preconceito	53
2.2 Diferenciação entre preconceito e discriminação.	55
2.2.1 O preconceito	55
2.2.3 Discriminação	59
2.2.3.1 Discriminação direta ou intencional	62
2.2.3.2 Discriminação indireta ou por impacto desproporcional ou adverso	63
2.2.3.3 Discriminação manifesta ou presumida	68
2.2.3.4 Discriminação legítima	70
2.3 O preconceito e a discriminação na realidade brasileira	71
2.4 Discussão acerca da resolução desse problema no sistema constitucional pátrio	78
<b>3 A POSSIBILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUPERADORAS DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO ENQUANTO AFIRMADORAS E CONCRETIZADORAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b>	83
3.1 Delimitações conceituais e jurídicas das políticas públicas afirmativas enquanto espécie de política pública de inclusão social	83
3.2 Políticas públicas afirmativas e compatibilidade com o princípio da igualdade e sua pressuposição recíproca na principiologia constitucional de 1988	93
3.3 Normatividade e eficácia das políticas públicas afirmativas no ordenamento júri dico internacional e brasileiro	112
3.3.1 Ações afirmativas e minorias	115
3.3.2 Ações afirmativas e o sistemas de quotas	118
3.3.3 Ações afirmativas e a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher	120
3.3.4 Ações afirmativas e a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial	122
3.4 A efetividade da igualdade através das ações afirmativas	125
<b>CONCLUSÃO</b>	130
<b>REFERÊNCIAS</b>	134

## INTRODUÇÃO

As incertezas que envolvem o cotidiano fazem refletir sobre os anseios e as esperanças que o ente social pode ter, principalmente aquele que está subordinado a regras ditadas pelos mais fortes, para os quais a consciência social tem se revelado incipiente ou até mesmo nula.

Enquanto as incertezas aumentam, nos afastamos cada vez mais do ideal da igualdade entre os homens, e da incontestável falta de solidariedade social, sendo esta a forma e o meio de sobrevivência do Estado, especialmente o Estado Democrático de Direito. Ao Estado interessa a harmonia social, e para que isto ocorra, deve munir-se de mecanismos reparadores que estejam ao seu dispor.

As Ações Afirmativas surgem como um desses mecanismos, mais precisamente como instrumento para o combate às desigualdades, sendo um tema jurídico extremamente atual e importante. Como era de se esperar, esse tema tem suscitado os mais diferentes entendimentos e conseqüentes posicionamentos, muitos dos quais embasados em premissas falsas, que são frutos da falta de informações claras e precisas sobre essas ações.

Portanto, o objetivo deste trabalho é estudar o problema da possibilidade de implementação de políticas de discriminação positiva, as chamadas ações afirmativas, no direito brasileiro, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade, que surge como mecanismo de combate às desigualdades.

Há muito tempo os vocábulos preconceito e discriminação vêm sendo empregados como se fossem sinônimos. A importância da análise dos termos é válida quando se detecta que as confusões semânticas resultam em várias interpretações que a linguagem constitucional a disponibiliza.

Em uma primeira vista, preconceito e discriminação parecem carregar o mesmo sentido semântico. Em uma análise mais profunda é possível diferenciar seus

significados, sendo o preconceito uma construção mental que só existe no universo psíquico emocional de cada pessoa.

Cabe observar quando o preconceito salta a barreira do interior do indivíduo e cria situações que trivialmente passamos a chamar de discriminação. Esta, ao contrário do preconceito, é uma conduta omissiva ou comissiva que tende a criar desigualdade e nem sempre tem relação de causalidade com preconceito. Situa-se no campo da ação humana e, por isso, passível de sanções.

Para se entender a dicotomia brasileira entre a teoria, que prega a igualdade entre as pessoas e de tratamento, e a prática discriminatória, que redundando em tratamentos desiguais, é necessário um estudo de sua realidade e a percepção da forma como a sociedade brasileira recepciona as diversas formas de discriminações.

A igualdade que tratamos neste trabalho é igualdade como princípio jurídico fundamental, cujo ponto de partida é o sistema aberto de regras e princípios, e a coexistência de regras e princípios permite a compreensão da constituição como um sistema aberto.

O legislador constitucional, na sua função de criar a norma, deverá considerar o princípio da igualdade, sob pena de inconstitucionalidade da norma, ao se afastar do referido princípio.

Muito embora esteja bem delineada a posição do princípio da igualdade na dogmática constitucional, ainda permanece de difícil entendimento a idéia de igualdade que o sistema jurídico brasileiro compreendeu em duas dimensões, a formal e a material.

De um lado, à igualdade formal, que tem como objetivo vedar ao Estado todo o tipo de tratamento discriminatório negativo, isso é, de proibir todos os atos judiciais, administrativos, ou normativos do Poder Público que tenham por objetivo a privação das liberdades públicas fundamentais do cidadão com base em critérios tais como a religião, o sexo, a raça, ou a classe social.

De outro, baseia-se que, além de não poder discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade tida como material de oportunidades, utilizando-se para isso as leis e as políticas públicas, mais especificamente as Ações Afirmativas e que atentam para as características dos grupos menos favorecidos, e desse modo compensando, as eventuais desigualdades decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural existente.

As Ações Afirmativas constituíram-se em um mero incentivo à igualdade por parte do Estado, para que aqueles que detivessem poderes decisórios na esfera pública ou privada considerassem, quando suas decisões versassem sobre o acesso a mercados de trabalho e a educação, fatores como raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas. Este encorajamento tinha por objetivo organizar a representação desses grupos no mercado de trabalho nas escolas.

As Ações Afirmativas são resultado de uma evolução na concepção das políticas governamentais, antidiscriminatórias baseadas em lei de conteúdo proibitivo, que, via de regra, só oferece a suas vítimas soluções reparatórias posteriores à discriminação efetiva. Assim, diante da percepção de que não basta proibir, é preciso também promover políticas que viabilizem o respeito aos princípios da diversidade do pluralismo.

A finalidade das Ações Afirmativas é de implementar a igualdade material na realidade concreta, já que somente a adoção da igualdade formal não consegue este objetivo, em outras palavras, quando o assunto é discriminação, a história já demonstrou, que não basta a mera estipulação de normas primitivas, é necessário a promoção de políticas capazes de modificar as idéias fortemente arraigadas, pela tradição, pelos costumes e pelo desenrolar histórico.

A discussão a respeito do princípio da igualdade, do qual derivam as Ações Afirmativas, já foi objeto de inúmeras especulações filosóficas, levando-se em conta a teoria da justiça compensatória e a teoria da justiça distributiva, sendo que a primeira considera que descendentes de grupos ou categorias de pessoas que foram vítimas de discriminação no passado, recebem um injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado no presente; a segunda repousa na idéia de

igualdade proporcional, exigida pelo bem comum na distribuição dos ônus, direitos e vantagem entre as pessoas, que pode vir a ser promovida por meio de Ações Afirmativas.

Atualmente já se deslumbra justificativa mais ampla para adoção de Ações Afirmativas, pois sustentam a promoção de uma maior diversidade social, mediante a ascensão e o fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade, independente das causas que originaram tal quadro.

No desenvolvimento deste trabalho foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica no sentido de entender as Ações Afirmativas e o Princípio Constitucional da Igualdade.

A pesquisa bibliográfica ajudou a traçar considerações semânticas sobre preconceito e discriminação, nesse item em especial foi utilizado o método comparativo, que mostrou-se essencial na verificação de semelhanças e diferenças entre esses dois fenômenos.

Também foi utilizado o método histórico evolutivo<sup>1</sup> no sentido de buscar compreender as transformações sociais e jurídicas, para o aparecimento das Ações Afirmativas. Acessoriamente, também foi utilizado o método hipotético-dedutivo, para a confirmação da principal hipótese da dissertação, qual seja, a da compatibilidade e co-imbricação entre o Princípio Constitucional da Igualdade e as políticas públicas afirmativas frente ao preconceito e a discriminação, utilizando-se técnicas do fichamento, das categorias, do conceito operacional e do referente.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Maria. *Construindo o Saber. Metodologia científica, fundamentos e técnicas*. Campinas: Papyrus, 1991, p. 72-81. Para a utilização do método Hipotético-dedutivo parte-se do referencial de Karl Popper.

# 1 A IGUALDADE: ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E MEIO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

## 1.1 O princípio da igualdade em sua dimensão conceitual

A celeuma acerca da igualdade, ou da falta dela, além de ser um tema bastante complexo que atinge nossa sociedade, não é assunto novo e desperta interesse já há algum tempo.

Esse tema aflige a sociedade desde muitos séculos, existindo referências sobre ele desde o antigo Egito, passando pela Grécia e Roma antigas e vindo a desembocar na realidade atual.

É possível referi-la (igualdade) desde o velho Egito. No livro dos dois caminhos, o 'Senhor Universal' diz aos outros deuses: 'Fiz cada homem igual ao seu companheiro', e Ptah-hotep ensina que as necessidades fundamentais e a mitigação dos piores azares são, por vontade de Deus, um direito de cada homem; que Deus fez os homens de igual valor, como irmãos e membros de uma família. E remonta já, enquanto especulação filosófica conhecida, à Antiguidade clássica, à Grécia e a Roma. Não admitirá isto mergulhada na Ontologia na Teologia, porque respeitante à própria natureza do homem, considerado em si mesmo ou nas relações com Deus.<sup>2</sup>

Desde tempos remotos, já havia necessidade de se combaterem as desigualdades, obrigando os homens a mudarem idéias e conceitos presos ao passado. Por esse prisma, analisa Alain Touraine<sup>3</sup>:

Enquanto as políticas tradicionais, em particular as religiosas, associavam natureza e sociedade e estavam inclinadas a aceitar de bom grado a autoridade natural do rei, do sábio ou do pai, a cultura política moderna associa o princípio jurídico da igualdade a uma necessidade histórica que proíbe a manutenção de privilégios, sob pena de conduzir as sociedades à ruína.

---

<sup>2</sup> ALBUQUERQUE, Martins. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 07.

<sup>3</sup> TOURAINE, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. São Paulo: EDUSC, 1997, p.13.

O pensamento político das luzes era fundamentado na luta contra a dependência e a discriminação<sup>4</sup> e tinha como escopo buscar a liberdade de direitos e de oportunidades para todos.

A igualdade, tida como um direito fundamental, também não é um tema recente, muito pelo contrário, é imprescritível e intransferível, e todas as conquistas auferidas até o momento foram fruto de árduas lutas durante a evolução de nossa espécie.

Os Direitos Fundamentais surgem da idéia de proteção do homem contra o poder que é exercido pelo Estado. O poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, conhecendo várias limitações, dentre elas a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas.

Atualmente, a democracia tem nos direitos fundamentais indissolubilidade ligada à noção de limitação do poder.

Para Ihering<sup>5</sup>

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança

O Direito é conseqüência de reiteradas reivindicações e conquistas. Tomando como conseqüência lógica a conquista da igualdade teve o mesmo caminho percorrido pelo Direito, isto é, uma constante reivindicação e a necessária manutenção depois de conquistada.

---

<sup>4</sup> Sobre preconceito e discriminação, discorreremos com maior profundidade no capítulo II.

<sup>5</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 1983, p. 94.

A cidade antiga que surgiu nos continentes que contornam o mediterrâneo teve seus fundamentos na religião e se constitui tal qual a igreja. [...] numa sociedade assim organizada, a liberdade individual não contava. O cidadão, e o que não dizer dos escravos e do estrangeiro, estava submetido em todas as coisas, e, sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião criara o Estado e esse dela cuidava; apoiavam-se mutuamente e apresentavam um só corpo. Esses dois poderes associados e confundidos formavam uns poderes quase sobre-humanos, que subjugavam a alma e o corpo. A educação estava longe de ser livre. Era por inteiro controlada pelo Estado. Atenas poderia ser apontada, no caso, como exceção. Ali o sistema de educação era prevalentemente privado. Uma lei de Sólon obrigava os pais a ensinar as primeiras letras aos filhos (mas não às filhas, para que essas tivessem apenas educação doméstica). Como se vê, os antigos não conheciam nem a liberdade da vida privada, nem a da educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha muito pouco valor perante essa autoridade santa e quase divina, que se chamava pátria ou Estado. É, destarte, falso acreditar-se que na cidade antiga o homem gozava de liberdade. Ele não tinha sequer a mais ligeira idéia do que ela fosse<sup>6</sup>.

Definir igualdade não é uma tarefa das mais simples, uma vez que essa expressão se confunde com outros valores como os de justiça e de liberdade.

Podemos observar essas dificuldades nas considerações que Ricardo Lobo Torres tece sobre o assunto em tela

O princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado dos diversos valores e harmonizando-lhes as comparações intersubjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que, no concernente a essa última, aparece tanto na liberdade negativa, como na liberdade positiva, como condição de liberdade, a assegurar a todos a igualdade de Chance. Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierno, John Rawls coloca-se na mesma equação com a liberdade, a justiça e a segurança, e expressa nos seguintes princípios: primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade similar dos outros; segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas correspondam à expectativa razoável e de que tragam vantagens para todos e que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos.<sup>7</sup>

Se tomarmos por base esse ensinamento, podemos considerar-nos iguais na medida em que todos nós procuramos construir a nossa individualização.

Daí conclui Touraine<sup>8</sup>:

<sup>6</sup> BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FTD, 1997, p. 12-15.

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 266.

<sup>8</sup> TOURAINE, 1997, p. 70

O princípio de igualdade não se situa mais acima de nossas existências individuais, não somos iguais pelo fato de sermos todos criaturas de Deus, como diziam os teólogos espanhóis no momento da conquista da América para se opor ao massacre dos índios, menos ainda por sermos todos dotados de razão.

Assim, ao analisarmos a igualdade pelo prisma filosófico, notaremos que ela apresenta uma estreita relação com a liberdade, sendo, dessa maneira, difícil a concepção de igualdade sem liberdade, o mesmo ocorrendo ao contrário, ou seja, também é difícil a concepção de liberdade sem igualdade.

Rogério Leal sobre esse tema nos ensina:

No cenário das idéias clássicas sobre os temas ora enfrentados, esse trabalho faz um recorte epistêmico, também adotando a reflexão utilizada por Rousseau, que tenta associar a idéia de igualdade (categoria de sentido mais econômico e jurídico-formal) com liberdade (categoria com sentido mais político e material), para definir o real e efetivo exercício de cidadania, ou seja, o que coloca o cidadão como sujeito agente da história, usufruindo das conquistas levadas a cabo e persistindo em novas outras<sup>9</sup>.

Com essas palavras, notamos a existência de uma simbiose entre liberdade e igualdade, entendendo que há uma igual liberdade para todas as pessoas.

Quando falamos em igualdade é preciso utilizar o requisito da comparação e torna-se necessária a existência de um paradigma a ser comparado, pois a igualdade necessita saber a quem está relacionada. Para o doutrinador francês Colliard, a igualdade está acima até mesmo da liberdade:

Les peuples démocratiques ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible. Ils veulent l'égalité et la liberté et ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> LEAL, Rogério. Constituição e cidadania no Brasil. *Revista de estudos e debates*. 2000; 1; 87; 102.

<sup>10</sup> Livre Tradução do autor: Os povos democráticos têm pela igualdade uma paixão ardente, insaciável, eterna, invencível. Eles querem a igualdade inserida na liberdade e, se não a obtiverem, eles a querem até mesmo na escravidão. Eles suportariam a servidão, a barbárie, mas não suportarão mais a aristocracia. COLLIARD, Cloude-Albert. *Libertés publiques*. Paris: Précis Dalloz, 1989, p. 202.

Com o surgimento da lei escrita<sup>11</sup>, como uma regra geral e uniforme, *erga omnes*, podemos considerar que a pessoa não é uma exterioridade, mas a própria substância do homem, isto é, a forma que molda a matéria é que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade, e é exatamente desse ponto que começa a se desenvolver o princípio da igualdade necessário a todo ser humano. Para Kant<sup>12</sup>, "só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática".

O direito é uma ciência que disciplina a conduta humana e a vida. Dessa forma, a igualdade também se relaciona com o Direito. Para muitos estudiosos do Direito, o Princípio da Igualdade é o mais relevante e um dos que apresenta grande dificuldade de compreensão.

A revolução francesa trouxe em seus ideais a igualdade, a liberdade e a fraternidade, sendo que a primeira e a segunda foram formalizadas na declaração dos direitos do homem e do cidadão, em 1789, a qual apregoava que os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem basear-se na utilidade comum. Depois, através dos tempos, a igualdade ficou presente nas constituições modernas.

Com o ideário francês revolucionário nascia, no plano jurídico positivo, poderoso instrumento de reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais, que se manifestava desde a antiguidade até o Renascimento, ao mesmo tempo em que nascia, também, a fonte inesgotável de argumentos para o ideário igualitarista, que, após a segunda metade do século XIX, incendeia a história do pensamento político-econômico<sup>13</sup>.

Com base nos ideais da revolução francesa podemos afirmar que a lei não deve abrir exceções para favorecer ou privilegiar indivíduos ou grupos, uma vez que

---

<sup>11</sup> Nota meramente explicativa: lei escrita chamou-se *nómos*, também revestido de caráter sagrado, mas submetido ao interesse geral. O avanço do *nómos* ou lei escrita teve início nas colônias da Magna Grécia e da Sicília, primeiro porque o trabalho de codificação do direito era mais urgente; segundo porque nesses lugares os costumes eram infinitamente menos numerosos do que na Grécia. Por volta de 663 a.C., Zaleuco codificou o Direito de Locros e, trinta anos depois, Carondas fez o mesmo na Catânia. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constitucional/leis.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2006.

<sup>12</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos de metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991. p. 62.

<sup>13</sup> CASTRO, Carlos. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 35.

o seu cerne é a uniformidade, a igualdade do direito, que deve ser igual para todos, sendo atribuição da lei proteger, castigar e recompensar de forma proporcional e igualitária todos os cidadãos.

Muito embora devamos considerar a existência de distinções, o tratamento jurídico será, na realidade, a construção desse trabalho.

Podemos observar o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao abordar o tema da igualdade:

Como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Tratar igualmente desiguais, ou desigualmente iguais, importaria injustiça e violação da própria igualdade. Dar ao menor o tratamento dado ao maior, e vice-versa, seria flagrante injustiça e desigualização, no fundo.<sup>14</sup>

Os Direitos Fundamentais nos remetem diretamente aos valores da pessoa humana, pelo direito natural dos homens. Todos, ao nascerem, são portadores de Direitos Fundamentais como liberdade e igualdade, direitos esses que são inerentes à própria condição de pessoa “se hoje pode atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão.”<sup>15</sup>

Vale nesse momento observar que não podemos cometer o equívoco de confundir distinção com discriminação injustificada, uma vez que na diferenciação existe uma igualização, na qual se busca ajustar proporcionalmente as situações que surgem com desigualdade.

Os direitos fundamentais tiveram origem no cristianismo, o ser humano foi elevado à semelhança de Deus e condicionando àquele a igualdade do Criador. Com o cristianismo, existiu uma tendência para se conceber a humanidade como a totalidade dos seres humanos.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manuel. *Direitos Humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 125.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29–30.

<sup>16</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 53.

No início, os Direitos Fundamentais evoluíram, titularizando o homem como pessoa única, singular. Depois passou ao grupo, no qual esse homem, titular de direitos, poderia se associar, realizar reuniões, passando assim do direito individual ao direito correspondente a todos, surgindo então, o direito à igualdade.<sup>17</sup>

As bases para possibilitar a construção social, econômica, política e cultural, que constituem as relações interpessoais e o fundamento do poder do Estado, são, além da vida, a liberdade, a segurança, a propriedade e a igualdade, consolidado-a como direito de primeira dimensão.<sup>18</sup>

O conceito de liberdade no mundo da política tem vários significados, que podem referir-se às liberdades chamadas de negativas e de positivas.<sup>19</sup>

Por liberdade negativa, lembramos o conceito dado por Norberto Bobbio<sup>20</sup>, que afirma: “é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos”. Essa liberdade também é conhecida como inverdade, ausência de impedimento ou liberdade como ausência de constrangimento.

Liberdade positiva, na visão de Bobbio, é “a situação na qual um sujeito tem possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, L.; NUNES, V. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. Passim.

<sup>18</sup> De acordo com Karel Vasak, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*). Citado por George Marmelstein Lima. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>. Acesso em: 26 de julho de 2006.

<sup>19</sup> Sobre a Liberdade, Isaiah Berlin estabeleceu os seguintes conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva, entendendo: “O primeiro, também denominado simplesmente de “liberdade de”, refere-se à possibilidade de se fazer escolhas livres, com a restrição de que as mesmas não podem transgredir os direitos de terceiros, ou seja, demarcam o que não se pode fazer (por exemplo, matar, roubar, assaltar). Já o conceito de liberdade positiva, ou de “liberdade para”, diz respeito a escolhas dentro de um determinado conjunto de restrições determinadas por normas de direito positivo, que estabelecem o que se pode fazer (por exemplo, elogiar o governo). O primeiro conceito de liberdade representa a visão liberal e o segundo a visão antiliberal ou autoritária”. BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: EDIOURO, 2000, p. 7.

decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros.”<sup>21</sup> Essa liberdade também é conhecida por autodeterminação ou autonomia.

A distinção entre essas duas formas de liberdade baseia-se no sujeito histórico. Na liberdade negativa, o sujeito histórico na maioria das vezes, é o indivíduo individual; já na liberdade positiva, é o ente coletivo.

Dito isso, concluímos que a liberdade negativa é a liberdade em face do Estado, isso é, o indivíduo em relação ao Estado, e a segunda é a liberdade do Estado, onde o sujeito é o Estado. Ao decorrer do tempo, o Estado reforça o seu papel primordial na evolução e no uso das liberdades civis e das liberdades políticas.

O tema liberdade na teoria política é bastante discutível, sendo importante fazer a distinção entre vontade coletiva e a vontade individual. Devemos também reconhecer que a pessoa que obedece à vontade geral também é considerado como uma pessoa livre, uma vez que ele também é responsável pela sua formação. Por esse motivo, a liberdade é tida como obediência às leis, obediência ao Estado.

A pessoa pode considerar-se livre para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porém existirão situações em que ela será obrigado a obedecer; nesse caso, essa pessoa estará frente a uma liberdade positiva.

Para alguns autores, como Kant<sup>22</sup>, é possível a existência concomitante da liberdade positiva e da negativa, em uma sociedade que garanta ao indivíduo ou ao Estado, a liberdade de fazer tudo aquilo que é compatível com a igual liberdade de todos os outros.

Para outros pensadores, como Karl Marx, tais sociedades seriam aquelas em que o Estado não intervém muito com suas leis punitivas e, quando o faz, é somente para evitar que alguns indivíduos causem danos aos outros. Para Marx<sup>23</sup> a maneira

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>22</sup> Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Os Pensadores. São Paulo, Abril Cultural. 1984.

<sup>23</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich.. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Global, 1988.

de se alcançar o reino da liberdade passa necessariamente pela eliminação do Estado.

No pensamento anarquista, existe a afirmação de que o autogoverno é a verdadeira via para se chegar a uma sociedade ideal, tendo a liberdade como a autodeterminação em todos os seus limites.

Atualmente, a questão da liberdade está inserida nos poderes da sociedade civil, podendo o indivíduo ter liberdade face ao Estado, mas também é necessário que ele seja livre da sociedade. O indivíduo deve ser política e socialmente livre, mas a liberdade se tornou um grande problema no mundo globalizado.

Faz-se necessário, para um maior entendimento sobre o tema, um breve estudo sobre a igualdade na sua dimensão histórica.

## 1.2 O princípio da igualdade em sua dimensão histórica

Uma vez que igualdade é um direito antigo, como vimos anteriormente, existem referências no antigo Egito, Roma e Grécia.

Na Grécia antiga, a igualdade foi retratada por Aristóteles em duas formas muito claras, a igualdade geométrica e a igualdade aritmética. Contudo, antes de se analisar a igualdade na filosofia aristotélica é importante se refletir sobre a idéia de justiça que permeou o pensamento de Aristóteles, pois é através dessa que temos o entendimento da concepção de igualdade para os atenienses<sup>24</sup>.

Aristóteles<sup>25</sup> apregoava: "a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo". Para o celebre filósofo, a justiça é a maior das virtudes e pode ser dividida em duas modalidades: a justiça distributiva e a corretiva.

---

<sup>24</sup> RODRIGUES, Eder Bomfim . Ações afirmativas nos EUA e sua legitimidade no Brasil., Belo Horizonte: Vitaejus, v. 1, n. 1, 2005, p. 12.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.103.

Para a primeira, agir com justiça é dar a cada um segundo o seu valor, o seu mérito, utilizando os critérios de proporcionalidade e sendo uma forma de manter a sociedade hierarquizada na sua plenitude. Já "a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho"<sup>26</sup>, sendo um fator intermediário, equânime.

Aristóteles ainda ensinou que o igual é o meio termo, "o meio-termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um mais e um menos há também um igual. Se, então, o é iníquo, o justo é igual ... e já que o igual é um meio termo, o justo será um meio termo".

El concepto de igualdad que forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental procede de PLATON y, sobre todo, de ARISTÓTELES: "Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales" (Política 1280a). Essa idea de distribución se presenta con un aura de verdad revelada y debe su éxito a la confrontación con la experiencia histórica a que constituye un enunciado vacío de contenido, para ser más precisos, a que posee un contenido mínimo (la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad o la desigualdad y la finalidad de la norma que diferencia) que es además formal (para determinar dicha coherencia, esto es, la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos al juicio de igualdad). Cada época histórica ha creído hallar en su particular concepción de igualdad el concepto de la igualdad. El devenir histórico ha dado lugar, a concepciones no sólo diferentes, sino aún contradictorias, que sin embargo, no pueden quebrantar el concepto permanente<sup>27</sup>

Importante ressaltar ao encontro do pensamento aristotélico, Ruy Barbosa tempos depois complementaria, em sua célebre oração aos moços a sua idéia de igualdade.

---

<sup>26</sup> Ibidem, p.111.

<sup>27</sup> Livre tradução do autor: O conceito de igualdade que faz parte do acervo cultural do pensamento ocidental, vem de Platão e, sobretudo de Aristóteles: "Parece que a justiça consiste em igualdade e assim é, mas não para todos, senão para os iguais, e a desigualdade parece ser justa, e é, com efeito, mas não para todos, menos para os desiguais". (Política 1280a). Essas idéias de distribuição se apresentam como uma aura de verdade revelada e devem seu êxito à confrontação com a experiência histórica que se constitui em um enunciado vazio de conteúdo. Para ser mais preciso, quem possua um conteúdo mínimo (a coerência entre o critério com o qual se mede a igualdade e a desigualdade e a finalidade da norma que diferencia) que é bastante formal (para determinar a falada coerência, isto é, a razoabilidade da diferença temos de nos socorrer de critérios materiais extremos ao juízo da igualdade). Em cada época histórica tem sido necessário falar-se na sua particular concepção de igualdade, no conceito de igualdade. A história tem dado lugar a concepções não muito diferentes, mas com alguma contradição, mas sem, dúvida, não podem extinguir o seu conceito permanente. MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 38.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria flagrante desigualdade, e não igualdade real.<sup>28</sup>

Em Roma, no período da monarquia havia uma acentuada divisão de classes, que perduraria até a queda do império. Em uma mesma família romana era possível encontrar desigualdades, como por exemplo, entre o membro da família que concentrava o patrimônio e o poder familiar, o chamado *pater familiae* e os seus filhos.

A mulher, “nesse período encontrava-se sempre sob a tutela do pai, do marido ou de seus filhos. A escravidão sempre esteve presente, tanto na Grécia como em Roma”<sup>29</sup>.

Muito embora a igualdade tenha tido uma enorme relevância em todo o período romano, a saber, na primeira fase, *Legis actiones*, possuía como característica a falta do direito de defesa, o contrário do contemporâneo devido processo legal (contraditório e a ampla defesa). Na segunda fase, *formularium* admitia-se o direito de defesa, porém com exceção, e finalmente, na terceira fase, *cognatio extra ordinem*, o direito deixa de ser uma exceção e passa a ser regra.<sup>30</sup>

Já na Idade Média, pela pressão exercida pelos nobres da Inglaterra, o rei João cria a *Magna Charta libertatum*, em 1215, a qual traz o direito de propriedade, na qual destacam-se os artigos 39 e 48.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: JG, 2003. p. 46.

<sup>29</sup> CASTRO, Carlos. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 21.

<sup>30</sup> Direito romano e grego. CASTRO. 1983, p. 22.

<sup>31</sup> Artigo 39: “Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora delas ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo e de seus pares e pela lei da terra”. Artigo 48: “não se prenderá nem se espoliará ninguém, seja de que modo for, se não tiver havido julgamento por seus pares segundo as leis do país”. *Magna Charta Libertatum*, England, 1215. Disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/Magna\\_Carta.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Magna_Carta.html). Acesso em 20 de outubro de 2006.

Esses artigos relacionam uma série de direitos, entre eles o de propriedade, liberdade, a legalidade e ao devido processo legal tendo como objetivo se chegar à igualdade de direitos.

O regime feudal vai-se estruturar com base na desigualdade. As relações entre a vassalagem e os serviços implicam o reconhecimento de um poder superior, diante do qual os vassalos e os servos se humilham, em troca da proteção do suserano.

A desigualdade, a falta de mobilidade social e a servidão e a vassalagem marcaram essencialmente a sociedade estamental feudal, onde era rigidamente separada entre clérigos e nobres e os servos.

A sociedade medieval era uma sociedade que valorizava o coletivo em vez de focar-se no sujeito.

Enquanto para os modernos o ser humano particular, com seus interesses e suas necessidades, tornou-se o valor supremo na constituição das instituições sociais, para os antigos, o ideal comum impunha-se a todos, e o indivíduo era visto, sobretudo como parte do órgão coletivo, do corpo social. Nessa perspectiva, a virtude cívica significava subordinação dos interesses pessoais aos ideais coletivos<sup>32</sup>.

Mas, dentro desse cenário, de uma existência marcada pela imutabilidade social e pelo domínio de poucos sobre muitos, há o surgimento da Magna Carta, do Rei John Lackland, em 1215, na Inglaterra. Esse veio a ser o primeiro texto legal a delimitar o poder real frente à nobreza e ao clero; no entanto, essa lei não extingue as desigualdades.

Não traduz qualquer idéia efetiva de abolição das desigualdades entre as pessoas, mas da manutenção pelos nobres e contra qualquer tentativa em contrário do rei de seus privilégios.<sup>33</sup>

Em 1689, surge na Inglaterra o *Bill of Rights*<sup>34</sup>, documento que trouxe poderes ao parlamento, considerando ilegais várias condutas reais, sendo que, um ano

---

<sup>32</sup> VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p.20.

<sup>33</sup> ROCHA, Carmen da. *A Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. Revista Trimestral do Direito Público, n. 15, 1996, p. 52.

antes, com a revolução gloriosa, a religião, a lei e as liberdades não poderiam mais ser perturbadas.

No período do Renascimento, quando o absolutismo real foi deixado de lado, e as constituições faziam opção pelo indivíduo, podem-se destacar três características: a valorização do indivíduo, o aumento do rol dos direitos fundamentais e a substituição do absolutismo por uma constituição.

Com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, a igualdade teve seu espaço assegurado: "Sustentamos como evidentes por si mesmas as seguintes verdades: todos os homens nascem iguais e são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade."<sup>35</sup>

A igualdade é um dos fundamentos do Estado moderno, e o governo democrático foi inspirado pelo movimento jusnaturalista.

As teorias contratualistas de Hobbes e de Rosseau partiram da eliminação de toda forma de discriminação, pelo menos formal, entre os indivíduos e a aplicação jurisdicional da Lei, suprimindo privilégios que as camadas do poder possuíam.

Os revolucionários franceses e norte-americanos incorporariam essas idéias ao Direito, e com isso surgiria o Princípio da Igualdade na era moderna.

Sem sombra de dúvida, o documento mais importante sobre esse tema foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pela Assembléia Nacional Constituinte francesa.

---

<sup>34</sup> Em 1688-1689, a sociedade inglesa vivenciou o episódio então denominado de Revolução Gloriosa. Entre suas características, destaca-se a promulgação do Bill of Rights, uma espécie de declaração de direitos que passava a regulamentar os poderes do monarca e do Parlamento. Com isso, Houve o fortalecimento das atribuições do Parlamento frente ao poder decisório do monarca, instaurando um conjunto de leis que regulavam, inclusive, a atuação do soberano.

<sup>35</sup> Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110> acesso em 20 de outubro de 2006.

A igualdade ficou estabelecida em vários artigos desse documento, como os artigos 1º, 6º e 13º.<sup>36</sup>

A busca por novos mercados levou os países europeus à corrida imperialista, cujo objetivo era a expansão do capitalismo industrial. Com isso a realização da igualdade ficou cada vez mais distante, pois o que se verificou foi a miséria, a exploração, as profundas desigualdades, a fome...

Dentro desse panorama de injustiças, surgem algumas teorias que buscavam uma sociedade mais justa e igual, entre elas as de Karl Marx e Friedrich Engels, teóricos do Socialismo Científico.

Em 1917, a Rússia rompe com o Capitalismo e coloca fim à igualdade formal, afirmando os direitos sociais e a igualdade entre todos.<sup>37</sup>

Nesse diapasão, o mundo vive uma série de guerras, em todos os continentes, sendo que a mais importante e a última antes da mudança do Capitalismo liberal para o Capitalismo social foi Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Logo após a Primeira Guerra Mundial, o Capitalismo assumiu uma feição social.

---

<sup>36</sup> Artigo 1º: “Os homens nascem e permanecem livres e m direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum”. Artigo 6º: “A lei é a vontade da expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, para a formulação da lei. Ela deve ser a mesma para todos, quando protege e quando pune. Sendo todos os cidadãos iguais aos seus olhos, eles são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo a sua capacidade e sem outra distinção além de suas virtudes e talentos”. Artigo 13º: “para o sustento das forças públicas e para as despesas de alimentação é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, proporcionalmente as suas faculdades”. Disponível em: <http://www.hystoria.hpg.ig.com.br/declar.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2006.

<sup>37</sup> Durante a Primeira Guerra Mundial, que iniciou na Rússia um movimento de caráter revolucionário. O imenso, atrasado e arcaico império russo não conseguiu suportar o peso de uma guerra externa e outra interna. Em 1917, uma oposição organizada e as constantes revoltas das camadas populares, provocaram na Rússia, a primeira revolução socialista da história contemporânea. Esta Revolução foi a primeira vitória do socialismo revolucionário, ideologia teorizada e pregada por Karl Marx e Friedrich Engels. A partir de então, os padrões da sociedade burguesa, capitalista e liberal estavam ameaçados...pode-se afirmar que a Revolução Russa de 1917 tem o mesmo significado para o século XX do que a Revolução Francesa para o século passado. Ambas foram formidáveis movimentos de massas e idéias que deram novo perfil à História da Humanidade: transformaram a vida de milhões e empolgaram ou aterrorizaram outros tantos. ARRUDA, José.; PILETTI, Nelson. *Toda a História*. São Paulo: Ática, 1997

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã (de Weimar), de 1919 foram os primeiros textos constitucionais que trouxeram no seu corpo os direitos sociais. Contudo, esses documentos não foram capazes de impedir o surgimento do Fascismo, do Nazismo e dos Estados Totalitários.

O fascismo europeu e o nazismo têm em comum um discurso social, a prática de uma economia dirigida voltada para a indústria bélica, a violência, sendo um movimento antidemocrático, anti-socialista, antiliberal, anticomunista, antioperariado, ultranacionalista e, especialmente no caso alemão, anti-semita.<sup>38</sup>

Os Estados Totalitários produziram grandes desigualdades e trouxeram ainda a repressão, tornando-se a causa do desencadeamento da Segunda Grande Guerra Mundial, de 1939 até 1945. No panorama dessa guerra, houve perseguição às minorias, principalmente as judias e polonesas, nunca antes vista na História.

Com o final da Segunda Guerra, foram criadas as Nações Unidas, em substituição à Liga das Nações, que foi extinta pelo fracasso de que foi acometida como instituição responsável pela manutenção da paz e dos direitos.

Os efeitos nefastos verificados por ocasião da II Guerra mundial, notadamente as atrocidades praticadas pelo nazismo e pelo fascismo, acabam por gerar um forte movimento no sentido de resgate e de fortalecimento da noção de democracia.<sup>39</sup>

Diante dos constantes desrespeitos aos direitos humanos a Assembléia Geral das Nações Unidas veio proclamar o documento mais importante até hoje realizado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde em seu art. 1º, consagra a igualdade entre todos, com o seguinte texto: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.66.

<sup>39</sup> LEAL, Mônia Hennig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: Origens, fundamentos e Controvérsias. In: Reis, J.; GORCZEVSKI, C. (org). *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2006, p. 78.

<sup>40</sup> Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2006.

Segundo Magalhães<sup>41</sup>, "o período pós-guerra trouxe o renascimento do Estado Social, assim como a expansão do Estado Socialista". Nesse contexto, "a igualdade adquire uma nova forma, a material, possibilitadora da realização máxima do bem-estar social, diferentemente da igualdade formal dos liberais que até então prevalecia".

Em 1948, como já explicitado anteriormente, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na qual havia previsão de igualdade tanto no seu preâmbulo, como em vários artigos.<sup>42</sup> Esse documento surge no final da Segunda Grande Guerra e as nações que a venceram decidem proclamar os direitos pelos quais haviam lutado.

Na década de 70, o liberalismo surgiu como alternativa de superação da crise então existente<sup>43</sup>, só que dessa vez em uma nova roupagem, "o Neoliberalismo, que possibilitou a volta dos ideais liberais e o enfraquecimento na implementação dos direitos sociais"<sup>44</sup>.

Segundo José Bolzan de Moraes, "o Estado possui um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos."<sup>45</sup>

Nos anos 80, "os países latino-americanos assistiram à volta do partido conservador ao poder nos Estados Unidos, que anunciou as novas diretrizes do Capitalismo mundial através da implantação do neoliberalismo"<sup>46</sup>.

Em 1989, com a queda do muro de Berlim na Alemanha, teve fim o Socialismo como sistema político e com a redemocratização em alguns países Latino-

---

<sup>41</sup> MAGALHÃES, 2000, p.67.

<sup>42</sup> Preâmbulo: "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz pelo mundo, considerando que em sua Carta os povos das Nações Unidas proclamam novamente a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana."

<sup>43</sup> A crise do petróleo.

<sup>44</sup> RODRIGUES, 2005, p. 16

<sup>45</sup> MORAIS, José Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996, p. 71.

<sup>46</sup> RODRIGUES, 2005, p. 17

americanos e europeus, o princípio da igualdade adquire uma nova feição com o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito veio para aumentar o âmbito de discussão e de participação democrática, tornando possível o pleno exercício da autonomia política dos cidadãos, os quais, agora, são considerados co-autores dos processos políticos do Estado.

No constitucionalismo social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou o abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nesses direitos. No Estado democrático de direito, há o pressuposto de que as causas desses abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar essas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas<sup>47</sup>.

Para o Doutrinador Português José Canotilho, o "Estado Democrático de Direito deve ser visto como uma ordem de domínio legitimada pelo povo".<sup>48</sup> Daí a necessária participação da sociedade nos processos democráticos, levando-se em consideração a legitimidade do direito. Mário Lúcio Quintão Soares<sup>49</sup> salienta que "esse tipo de Estado de Direito, a garantia e a concretização dos direitos fundamentais permitem aos seus titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa do Estado".

No Brasil, dentro desse contexto histórico, vai-se adequando e efetivando a igualdade como um princípio basilar. Para nosso estudo, é importante uma abordagem histórica específica sobre a igualdade em nossa pátria.

---

<sup>47</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.219

<sup>48</sup> CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.94.

<sup>49</sup> SOARES, op. cit., p.222.

### 1.3 O princípio da igualdade e o sistema legal brasileiro

A sociedade brasileira ainda convivia com a escravidão, quando a primeira Constituição Brasileira, Carta Imperial de 1824, já contemplava o princípio da igualdade como um direito fundamental, fato que demonstra, no entender de Carmen Rocha, que o "princípio da igualdade jurídica é de sempre da norma constitucional brasileira" da mesma forma que "o preconceito é de sempre da prática brasileira."<sup>50</sup>

Depois, com o advento da República, veio a Constituição de 1891, que previu a igualdade de todos perante a lei, ao mesmo tempo em que eliminou privilégios decorrentes de nascimento, de ordens honoríficas e de títulos de nobreza.

Mais tarde, veio a Constituição de 1934 - Constituição Popular - que se apegou à igualdade formal e

enveredou, decididamente pelo caminho da proibição de discriminação em razão de qualidades ou fatos objetivos. Enumerou, além do nascimento, o sexo, a raça, as profissões próprias ou dos pais, a classe social, a riqueza, as crenças religiosas e as idéias políticas, produzindo assim o mais extenso elenco de discriminações proibitivas de nossa história constitucional.<sup>51</sup>

A Constituição de 1937 retomou a igualdade formal e afirmou apenas que todos seriam iguais perante a lei. Sob seu abrigo, nasceram a Consolidação das Leis do Trabalho, já com a vedação de diferenciação de rendimentos fundados no sexo, nacionalidade e idade, que parece ainda não ter atingido sua plena efetividade, consoante afirmação do Ministro Marco Aurélio Mello<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> ROCHA, Carmen da. A Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral do Direito Público*, n. 15, p. 91.

<sup>51</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, Desigualdades. *Revista Trimestral do Direito Público*, n. 1, 1993, pg 77,

<sup>52</sup> MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional: A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Revista de Cultura*, São Paulo: IMAE, v. 2, 2001, p. 29.

Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se aqui um hiato entre o direito, proclamado como envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal, e a realidade dos fatos. Sob a égide da Carta de 1937, veio à baila a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual vedou-se a diferenciação, no tocante ao rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade. Essa vedação, porém, não pareceu suficiente para corrigir as desigualdades. Na prática, como ocorre até os dias de hoje, o homem continuou a perceber remuneração superior à da mulher.

Também, na vigência da Constituição de 1937, promulgou-se o Código Penal Brasileiro, que deixou de enfrentar o problema da discriminação de forma mais eficaz, nas palavras do Ministro<sup>53</sup>: "Foi tímido o nosso legislador, porque apenas dispôs sobre os crimes contra a honra e aqueles praticados contra o sentimento religioso".

Notadamente, a Constituição de 1946 utilizou-se da fórmula de que todos são iguais perante a lei, mas a ela acresceu o repúdio à propaganda de preconceitos de raça ou de classe. De acordo com o Ministro<sup>54</sup>, "Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, o trato do preconceito".

Nesse ínterim, nascia a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em resposta às atrocidades cometidas por regimes que valorizavam as supostas diferenciações entre povos e defendiam a existência de raças superiores e inferiores.

Conforme salienta Mônica de Melo:

Todo o homem tem capacidade de gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nessa Declaração, sem distinção de qualquer espécie seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza,<sup>55</sup> origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>54</sup> Ibidem, p.30.

<sup>55</sup> MELO, Mônica de. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 25, 1998, p. 86.

O documento citado tinha a finalidade de estampar os direitos fundamentais das pessoas, mais do que criar obrigações para os Estados e meios de fiscalização de sua atuação.

De qualquer sorte, tanto na esfera internacional como na sociedade brasileira, não se teve mais como fugir da constatação da presença da discriminação no dia-a-dia social.

No Brasil, isso se deu por meio da primeira lei penal sobre a discriminação, em 1951. De acordo com os apontamentos do Ministro Marco Aurélio<sup>56</sup>:

Graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação. E é sintomática a justificativa dessa lei, na qual se apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente a Marinha e a Aeronáutica. Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum". Nessa mesma linha, também comenta o Ministro sobre a atuação do Judiciário, que se mostrou "excessivamente escrupulosa" e construiu uma jurisprudência em que o ofendido tinha de produzir a prova sobre a ação da parte contrária, entenda-se da ação discriminatória.

Disso resultou a crítica de Afonso Arinos<sup>57</sup>: "a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de conotações mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico..."

O Brasil, nesse diapasão, também veio a subscrever a Convenção número 111 da OIT, em 1965, que teve o mérito de conceituar precisamente discriminação como sendo "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".<sup>58</sup>

Já a Constituição de 1967 perseverou na invocação da igualdade formal e elencou novamente as discriminações proibitivas, indicando o sexo, a raça, o trabalho, o credo religioso e as convicções políticas. Também desse mesmo ano é a

---

<sup>56</sup> MELLO, 2001, p. 01-02.

<sup>57</sup> ARINOS, Afonso. Folha de São Paulo, 08/06/1980, p. 06

<sup>58</sup> Convenção número 111 da OIT, de 1965.

Lei da Imprensa, que veio a classificar a difusão de preconceito de raça e de classe como crime.

Centrados nas considerações de Melo<sup>59</sup>, notória é a evolução dos Pactos e do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos em delinear cada vez mais pormenorizadamente os direitos protegidos e estabelecer normas, criando obrigações positivas para os seus signatários.

Cabe ressaltar que o Brasil adere ao sistema normativo internacional, que vincula os países-parte ao sistema de proteção do princípio da igualdade no Direito internacional, ao mesmo tempo em que gera obrigações globais multilaterais.

Assim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos evolui no sentido de tentar consolidar muitos dos direitos declarados em 1948. Ressalta-se, então, sua natureza constitutiva de direitos.

Foi a partir dele que se procurou pormenorizar e especificar o âmbito de proteção de direitos e de liberdades previstos. Como se vê estampado em seu art. 3º, a preocupação de "estatuir a obrigação dos Estados de "assegurar" a homens e mulheres "igualdade no gozo de todos de direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto", mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas, relatadas ao Comitê de Direitos Humanos, com a função de avaliar e - se o Estado tiver ratificado o Protocolo Facultativo - submeter eventuais denúncias a julgamento."<sup>60</sup>

Sistematicamente, foram surgindo instrumentos cada vez mais avançados na luta pela igualdade fundamental, como a Convenção Internacional de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil 1969. e, mais recente, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

---

<sup>59</sup> MELO, 1998, p. 87

<sup>60</sup> MELO, 1998, p. 88.

contra a Mulher, ratificada na íntegra pelo Brasil em 1984<sup>61</sup>. Essa última, trouxe significativas distinções sobre questões relativas à igualdade.

A Convenção Internacional de Todas as Formas de Discriminação Racial inova pela busca de orientações efetivas direcionadas para a não-discriminação, dispondo em seu art. 1º, IV:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades.<sup>62</sup>

No sentido amplo<sup>63</sup>, "fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência", e, hoje, ainda estamos muito longe disso, "à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos". Como se vê, esse artigo direciona para o tema das Ações Afirmativas.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no seu preâmbulo, esclarece que a discriminação não ofende apenas o princípio fundamental da igualdade, mas também constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade.

Vê-se aí uma forte demonstração de que a discriminação não prejudica apenas a mulher, mas toda a comunidade mundial, à medida que impede a concretude dos objetivos de paz e de felicidade na terra. Ou seja, indica que a proteção a cada grupo ou indivíduo redundará no bem-estar para todos.

---

<sup>61</sup> Nota Explicativa: De início, o Brasil ratificou a Convenção com inúmeras reservas, mas após a edição da Constituição de 1988 retirou as restrições através do Decreto Legislativo 26 de 22/06/1994. Num claro entendimento de que elas oportunizaram mudanças trazidas pela nova ordem constitucional que confrontavam com o estatuído pelo Código Civil, relativo ao tratamento dispensado à mulher.

<sup>62</sup> Convenção Internacional de Todas as Formas de Discriminação Racial, apud Min. Mello, Marco Aurélio, Op. cit., p. 02.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 02.

Além disso, como ensina Melo<sup>64</sup>, "esse moderno instrumento de proteção dos direitos humanos" impõe ao Estado o dever de interferir decisivamente para corrigir as distorções, "numa postura claramente distinta da que, meros trinta e quatro anos, levava à promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Conforme se depreende da interpretação do art. 5º da Convenção, ela determina ao Estado a tomada de medidas para: modificar os padrões socioculturais de conduta, para alcançar a eliminação de preconceitos e de práticas baseadas em padrões de superioridade de um sexo sobre o outro; e garantir que a educação e o desenvolvimento dos filhos são obrigações comuns dos pais, destacando-se a maternidade como função social.

Além disso, o Brasil, ao ratificar esses tratados, incorpora ao seu direito interno os direitos decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte, por força do art. 5º § 2º da Constituição Federal, resp eitados os trâmites legais para internalização dos tratados. Isso equivale a dizer que o Brasil possui maior proteção ao princípio da igualdade.

Finalmente, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade sofreu substancial modificação. Já no seu preâmbulo, a nova Carta aponta para os novos rumos do Estado democrático que se institui, visando a assegurar, entre outros, "a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>65</sup>", demonstração clara do comprometimento da busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

De igual forma, socorre-nos o art. 3º da Carta, ao deixar evidente que são objetivos fundamentais da nossa República.

---

<sup>64</sup> MELO, 1998, p.90.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a emenda constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005 São Paulo: Saraiva, 2006.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>66</sup>.

Dessa forma, da observação dos verbos utilizados na confecção do artigo terceiro, fica clara a imposição de uma atitude ativa, não apenas estática, como observou o Ministro Marco Aurélio:

Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos construir, garantir, erradicar e promover implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ação.<sup>67</sup>

Tudo isso implica dizer, conforme se depreende da leitura de Carmen Lúcia da Rocha, que não se está diante da mera repetição do modelo principiológico das constituintes anteriores.

A Constituição de 1988 exige a ação afirmativa, pois somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualação 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 de todos<sup>68</sup>.

Portanto, o Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, levou em conta a busca pela redução de desigualdades como um verdadeiro princípio constitucional que deveria servir de baliza para todo o sistema, atingindo as atividades executivas, legislativa e judicial.

Isso implica afirmar que não se pode mais pensar a igualdade formal separada da igualdade material, assim como não basta apenas proibir a discriminação: é chegada a hora de se implementarem mecanismos que promovam a redução das desigualdades, como são as Ações Afirmativas, que analisaremos com mais propriedade no terceiro capítulo.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit.

<sup>67</sup> MELLO, 2001, p. 86.

<sup>68</sup> ROCHA, 1996, p. 89.

## 1.4 A natureza constitucional do princípio igualdade

O adequado tratamento sobre as Ações Afirmativas, dentro de um esquema conceitual, histórico e valorativo, requer que seja introduzido um estudo da supremacia constitucional, assim como a consagração positiva de princípios e de valores como pressupostos da interpretação jurisprudencial do Princípio da Igualdade.

Ferdinand Lassale já indagava: “O que é uma Constituição? Qual a essência, o verdadeiro conceito de Constituição?”<sup>69</sup>

O pensador Alemão afirma o seguinte:

É a Lei fundamental de uma nação; uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental.<sup>70</sup>

O direito, além de um fenômeno histórico e cultural, é também um fenômeno social. Tais fenômenos devem ser considerados em conjunto, formando um sistema normativo que regula a conduta e a realidade do ser humano.

A Constituição é o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência. Esse conjunto se desdobra em regras relativas à organização social essencial, isto é, à ordem individualista e às liberdades individuais, e em regras relativas à organização política e ao funcionamento do Governo.<sup>71</sup>

A Constituição também é um elemento norteador de um sistema norteador do Estado. A Lei maior serve para se traçar diretrizes e a condução nos rumos que adota. Uma fácil assimilação sobre essa afirmativa se exemplifica com a leitura do artigo terceiro da Lei Maior do Brasil, de 1988<sup>72</sup>, a qual demonstra os principais objetivos que o Diploma Legal elegeu como fundamentais.

---

<sup>69</sup> LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1988, p.10.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>71</sup> HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 52.

<sup>72</sup> Art. 3º 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

Sendo assim, a Constituição em relação aos princípios funciona como continente e conteúdo, que tem o objetivo de colaborar tanto na esfera do regramento da conduta de uma sociedade, como também ser força motora que impede o desvio dos ideários escolhidos pela sociedade através de seus representantes eleitos pelo voto.

Como verificamos anteriormente, a Constituição é um sistema de normas jurídicas que orienta o Estado, o governo e o exercício do poder, segundo um conjunto de valores que os envolve.

A Constituição representa uma unidade política que leva em consideração os aspectos sociológicos e jurídicos. Sendo assim, no aspecto político, refere-se à estrutura de órgãos do Estado, direitos individuais e vida democrática.<sup>73</sup>

No sentido sociológico, a Magna Carta de um país é o somatório dos fatores do poder que regem um país, que transcende o que se escreve para prevalecer a Constituição real e efetiva do poder emanado. E por fim, no sentido jurídico, é a norma pura do dever-ser.

Para que possamos entender e interpretar a Constituição, devemos levar em consideração, segundo José Afonso da Silva, as três estruturas e tomando como pano de fundo os valores compartilhados pela sociedade.

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas; como conteúdo a conduta humana motivada pelas relações sociais; como fim, a realização dos valores que apontam para a existência da comunidade, e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder, que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, confederada como conexão de sentido, como é tudo que integra um conjunto de valores.<sup>74</sup>

---

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Magna Carta de 1988.

<sup>73</sup> SCHIMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p 24.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 39.

Os princípios, por sua vez, constituem-se na síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais que a ela são conduzidas, direta ou indiretamente, pelos princípios.

Constituem-se dos Princípios definidores da forma de Estado, dos Princípios definidores da estrutura do Estado, dos Princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.<sup>75</sup>

Tavares adota a seguinte classificação, estabelecendo o princípio como uma das espécies do gênero norma. Sendo assim, norma é gênero que comporta duas espécies, os princípios e as regras.

A base do sistema jurídico, os seus fundamentos últimos. Nesse sentido é que se compreende as naturezas normogênica, ou seja, o fato de serem fundamento de regras, constituindo a razão de ser, o motivo da existência das regras em geral.<sup>76</sup>

Com isso podemos concluir que denominados princípios são normas consagradoras de valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico.

Antes de estipular-se as relações existentes entre as discriminações e o princípio da igualdade é preciso deixar claro que a concepção de igualdade adotada nesse trabalho é a de igualdade como princípio jurídico fundamental, e cujo ponto de partida é o sistema aberto de regras e de princípios.

---

<sup>75</sup> CANOTILHO, 1998, p. 121.

<sup>76</sup> TAVARES, André. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. São Paulo: PUCSP, 2000, p. 86.

Assim elucida Canotilho, ao afirmar que

O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Esse ponto de partida carece de descodificação: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob forma de princípios como sob forma de regras.<sup>77</sup>

Na mesma seara, interessa aqui o estudo dessas duas espécies de normas de direito fundamentais, que se distinguem em normas do tipo princípio e normas do tipo regra, cujas diferenças qualitativas fundamentais, de acordo com Canotilho, são

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante ao seu peso e à ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra vale (tem validade), deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos (...) Em caso de conflito entre princípios, esses podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em "primeira linha" (prima fade), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. (...).<sup>78</sup>

Além disso, ensina o mestre.

Os princípios são o fundamento de regras jurídicas (função normogenética) e têm uma idoneidade que lhes permitem cimentar objetivamente todo o sistema constitucional (função sistêmica)<sup>79</sup>

A coexistência de regras e princípios permite a compreensão da Constituição como um sistema aberto. Conforme Alexy:

<sup>77</sup> CANOTILHO, 1998, p.1085.

<sup>78</sup> Ibidem, p.1087.

<sup>79</sup> Ibidem, p.1087.

Lo derecho Constitucional es un sistema abierto de normas e de principios que, através de processos judiciais, procedimientos legislativos e administrativos, iniciativas de los ciudadanos, passa de una law in the books para una law in action para una living constitution.<sup>80</sup>

Assim, evidenciada essa natureza principialista do sistema constitucional, é fácil perceber a exigência da concretização do princípio da igualdade (norma do tipo princípio) frente à realidade dos fatos da vida e no cotejo jurídico, pois os princípios jurídicos fundamentais têm o condão de informar diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais, conforme salienta Roger Raupp Rios:

O intérprete tem de compreender o conteúdo dessa norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, sem ignorar a realidade dos fatos e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada juridicamente.<sup>81</sup>

Para um melhor entendimento, cabe ainda o ensinamento de Luiz Afonso Heck:

Segundo o modelo das regras, normas jurídicas têm somente a característica de regras, ou seja, elas valem ou não valem. Toda vez que o seu tipo ocorrer a sua consequência jurídica deve ser aceita. Regras são normas que exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas dadas.<sup>82</sup>

O princípio da igualdade, portanto, opera em mais de um plano, na medida em que informa, obriga e limita no mínimo três categorias diversas, constituindo a: "tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade, limitação ao legislador, ao intérprete /autoridade pública e ao particular".<sup>83</sup>

Com isso o legislador, no exercício de sua função constitucional precípua, isto é, o de editar a norma, não deverá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Dessa forma, as normas que criem diferenciações

---

<sup>80</sup> Livre tradução do autor: O direito constitucional é um sistema aberto de normas e de princípios que, através de processos judiciais, procedimientos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action para uma living consiitution ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 85.

<sup>81</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65.

<sup>82</sup> HECK, Luiz Afonso. O modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais. *Direito e Democracia*, v. 1. 2000, p. 18.

<sup>83</sup> HECK. Op. cit. p. 20.

abusivas, ou arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

Ao intérprete não cabe a aplicação. Só poderá aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar as desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o Poder Judiciário, na sua atividade jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar mecanismos constitucionais, no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas preconceituosas, discriminatórias ou racistas, sob pena de existir uma responsabilização civil e penal, na forma da legislação em vigor.

Como se vê, embora esteja bem delineada a posição do princípio da igualdade na dogmática constitucional, esclarecedora quanto aos limites que o princípio impõe e a quem se dirigem esses limites, ainda permanece nebulosa a idéia da igualdade, que, tradicionalmente, o sistema jurídico brasileiro compreendeu em duas dimensões: a dimensão formal e a dimensão material.

Para melhor entendermos o assunto analisaremos a igualdade pelo prisma da dimensão formal e material.

#### **1.4.1 A igualdade jurídica na dimensão formal**

Como visto anteriormente, o sistema jurídico brasileiro, no que tange à igualdade, compreendeu-a sob duas dimensões, a formal e a material.

A igualdade jurídica formal é também conhecida como igualdade perante a lei e foi muito bem definida por Konrad Hesse:

A Igualdade diante da lei (art.3º, alínea I da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar o direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.<sup>84</sup>

A igualdade formal, traduzindo-se como um princípio de prevalência da lei no estado de direito, tem acentuado seu aspecto negativo, pois se originou num momento histórico (Revolução Francesa) de luta contra um estado estamental e contra particularismos jurídicos (normas particulares para grupos específicos), tanto que institui a criação de um direito igual, que Canotilho apontou como sinônimo de princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal.

Na verdade, é preciso entender a igualdade formal como "um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos."<sup>85</sup>

Assim, conforme se depreende das lições de Canotilho, a afirmação de que todos são iguais perante a lei destina-se principalmente aos órgãos da administração e aos órgãos do judiciário, enquanto promotores da igualdade na aplicação do direito e, ao mesmo tempo, ao próprio legislador, responsável pela criação do direito igual para todos os cidadãos.

Nas palavras de Rios<sup>86</sup>, sobre o significado negativo da igualdade formal: "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."

Assim, o princípio da igualdade na dimensão formal sempre foi alvo de muitas críticas, como ensina Canotilho:

---

<sup>84</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 310.

<sup>85</sup> CANOTILHO, 1998, p. 398.

<sup>86</sup> RIOS, 2001, p.69.

já que ele permitia discriminação quanto ao seu conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas a brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos, mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória.<sup>87</sup>

A igualdade formal por si só não resolve a problemática de dizer quem são os iguais e quem são os desiguais, fato que põe em relevo a análise da igualdade jurídica em sua dimensão material.

Agora analisaremos a igualdade jurídica sob o aspecto material.

#### **1.4.2 A igualdade jurídica na dimensão material**

A igualdade material, também chamada igualdade na lei, na definição de Hesse<sup>88</sup>

Não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.

Nesse sentido, quando se pensa a igualdade pelo prisma Aristotélico, está-se tratando da acepção da igualdade na sua dimensão material.

No entanto, não basta apenas seguir-se a linha tradicional que parte da constatação de Aristóteles de que nem todas as pessoas são iguais e que, muitas vezes, é preciso distinguir pessoas ou grupos para que se possa igualá-los, reconhecendo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades.

Em primeiro lugar, segundo Jorge Miranda, seria correto ter presente que

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, 1998, p. 399.

<sup>88</sup> HESSE, 1998, p.330.

Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.<sup>89</sup>

Assim, conforme aponta Miranda, a dicotomia entre igualdade formal (ou jurídica, ou perante a lei) e igualdade material (ou social, ou na lei, ou na sociedade) é na verdade válida, não tanto quando faz distinção entre duas espécies de preceitos jurídicos, mas, sobretudo, quando demonstra "dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas."<sup>90</sup>

É por isso que Melo<sup>91</sup> foi categórica ao afirmar que a dimensão material do princípio da igualdade só foi possível com o advento do Estado Social. Ou seja, embora os fundamentos da democracia tenham-se originado nos clássicos gregos, numa avaliação mais profunda, percebe-se que um regime de todos decidindo sobre tudo nunca existiu.

De fato, a maior parte da população grega sempre esteve excluída da cidadania, como é o caso das mulheres, dos escravos e dos estrangeiros. Em última análise, para os parâmetros atuais de universalização do sufrágio, o sistema grego jamais poderia ter sido chamado de democrático.

Somente com o debate contemporâneo do início do século XX é que os teóricos conseguiram construir uma teoria para a democracia como hoje ela se representa. Isto é, ao contrário das teorias anteriores de cunho normativo, que sempre explicaram a democracia pela forma de governo e pela preocupação com os procedimentos específicos com a escolha dos representantes.

A democracia se assenta no valor igualdade e num valor igualdade que deixa de ser entendido apenas como igualdade política (sufrágio universal) e igualdade formal perante a lei para igualdade material e de fato. Tanto é assim, que os regimes democráticos de diversos países buscam a igualdade de fato através de medidas específicas de ação afirmativa.<sup>92 93</sup>

---

<sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. Manual do Direito Constitucional, Parte IV - Direitos Fundamentais. p. 225.

<sup>90</sup> MELO, 1998, p. 86

<sup>91</sup> Ibidem, p.87.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>93</sup> Nota Explicativa: esse tema será alvo de abordagem específica no decorrer do trabalho.

Por tudo isso, a preocupação pela aquisição da igualdade material, enquanto acesso igual de todos aos bens da vida, é uma preocupação que surgiu com a democracia social. Então, pode-se afirmar, sem hesitação, que "o regime democrático atual deve compreender a satisfação de direitos econômicos e sociais, ao lado dos direitos civis e políticos para os quais sempre se atentou."<sup>94</sup>

A igualdade material, portanto, preocupa-se com o ser concreto em responder quais as características que o equiparam ou o diferenciam. Conforme Rios<sup>95</sup>, "é necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação."

No entender de Mônia Leal<sup>96</sup>, "a constituição, por sua vez, condiciona a realidade" e, como ensina ainda a Professora, "desse processo de confrontação com a realidade devemos participar todos."

Com Isso, torna-se evidente a natureza relacional do princípio da igualdade na sua dimensão material, como anota o doutrinador italiano Norberto Bobbio:

A igualdade é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações, o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações.<sup>97</sup>

Além disso, a determinação do conteúdo das diferenciações ou equiparações, a fim de alcançar uma forma de igualdade justa, passa por um critério de valoração que adentra o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e torna pertinente seu estudo nesse momento.

Algumas dúvidas prevalecem, entre elas, como é possível se verificar, a as distinções entre igual e desiguais.

---

<sup>94</sup> MELO, 1998, p.85.

<sup>95</sup> RIOS, 2001, p.75.

<sup>96</sup> LEAL, 2006, p. 82.

<sup>97</sup> BOBBIO, 1996, p. 11

### 1.5 Iguais e desiguais sob a égide da lei

Como se viu, a norma Constitucional que vincula o princípio jurídico da igualdade manda que seja deferido aos indivíduos o mesmo tratamento (igualdade formal), exceto quando houver um motivo material que justifique a diferenciação (igualdade material).

No entanto fica uma questão pendente: como é possível saber ou então distinguir quem são os iguais e os desiguais, ou, melhor pontuando, quando é possível autorizar a distinção entre pessoas ou grupos sem ferir o princípio da isonomia?

Cabe à lei desigualar situações, basta observar a Constituição para averiguar uma série de exemplos em que o constituinte discrimina situações e aponta diferenciações racionalmente relevantes e necessárias.

E mais, até mesmo há desigualações que, num primeiro momento, parecem abertamente discrepar de dispositivos constitucionais, mas que, posteriormente, demonstram ser perfeitamente coerentes com o princípio da igualdade, pois o conteúdo do princípio da igualdade visa realmente a impedir determinadas discriminações.

Na corrente do pensamento popular, habituamo-nos a pensar que certos critérios de diferenciação não podem ser eleitos como matriz do *discrimen*, uma base fática de diferenciação que permita o tratamento diverso de forma a propiciar uma igualdade, promovida pela via do ordenamento jurídico, sob pena de ofenderem o Princípio da Igualdade.

Dessa maneira, as pessoas não podem ser desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º caput da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, do tipo físico, etc. Todavia descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade.

A nossa constituição relaciona, a títulos exemplificativos fartos, critérios tidos como proibitivos de diferenciação como sexo, raça, credo religioso, etc.

Em uma apreciação mais acurada, nota-se que a mesma base fática de diferenciação, o chamado *discrímen*, numa situação tida como ofensiva ao princípio da isonomia pode ser perfeitamente aceite numa eleição para uma desigualdade diversa.

Suponhamos a existência de uma Lei, logicamente hipotética, mas interessante para o entendimento do tema proposto: uma Lei que diferencia os homens altos dos baixos para fins de concessão de férias de quarenta dias anuais, concedendo aos baixos um menor tempo de férias.

É possível reconhecer que se trata de pessoas desiguais quanto ao critério estatura, mas qualquer pessoa percebe, nessa disposição, ofensa ao princípio da igualdade.

Notamos também que de igual modo, haveria ofensa ao princípio da igualdade, se, em um determinado concurso, fosse proibida a inscrição de pessoas do sexo masculino por se tratar de vaga destinada à recepção de uma repartição pública qualquer, muito embora seja evidente que existam diferenças quanto ao fator sexo.

Em uma primeira análise, poderíamos pensar que, nessas hipóteses, o Princípio da Igualdade foi transgredido pelo fator de diferenciação eleito: estatura e sexo. Mas basta que observemos os mesmos critérios eleitos em outras situações, como, por exemplo, uma outra lei hipotética que exclua as pessoas de baixa estatura e reserve apenas aos soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros o direito de figurar como guarda de honra em cerimônias militares oficiais.

Apesar de a base fática escolhida ser a estatura, não há aqui gravame algum ao Princípio Constitucional da Igualdade. Ou ainda, um concurso público que vise ao preenchimento do cargo de polícia feminina, em que serão admitidas somente

mulheres, desigualdade em razão de sexo, sem que, contudo, se fira a regra da igualdade.

Como se vê, a lista de critérios proibitivos de diferenciação, enumerada principalmente no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece a vedação de diferenciação por motivos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, forma um rol apenas exemplificativo de fatores, colhidos da realidade, "que freqüentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias."<sup>98</sup>

O Desembargador Rogério Leal, sobre limitação de idade em concursos públicos, entende perante a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>99</sup>, a possibilidade da limitação de idade para o exercício do cargo público, quando prevista em lei e estabelecida na norma, desde que seja razoável esta exigência levando-se em conta a natureza do cargo e suas funções específicas.

Reputa o Desembargador que para a limitação de idade em concursos públicos, além da existência de Lei que regulamenta, é necessário que os requisitos nela constantes sejam razoáveis e compatíveis com a atividade a ser desenvolvida no exercício da função.

De fato, o tratamento desigual arbitrário tem sido apontado como condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade, de tal modo que há uma associação doutrinária entre o princípio da igualdade e o princípio da proibição do arbítrio, articulada da seguinte forma, de acordo com Canotilho:

Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Barroso, Luiz Roberto. V seminário de políticas públicas. PUCRS, maio de 2006.

<sup>99</sup> Reexame necessário número: 70016066540 e agravo de instrumento número: 70014746366

<sup>100</sup> RIOS, 2001, p. 71.

Sensível às lacunas desse conceito é que Roger Raupp Rios acrescenta:

Somente diante de uma razão suficiente para o tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é um problema da valoração.<sup>101</sup>

Então, diante da dificuldade do tema, o autor esclarece que a razão suficiente inexistente quando: " não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação." Nesse caso, poderiam prevalecer os ensinamentos de Alexy:<sup>102</sup>

Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual. Ao contrário, havendo razão suficiente, imperioso o tratamento desigual, de tal modo que a máxima será: Se há razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então, está ordenado um tratamento desigual.

Em síntese, percebe-se que a ordem de igualdade de tratamento é viável desde que inexistam uma fundamentação que permita uma diferenciação enquanto a ordem de desigualdade de tratamento exige o ônus de argumentação que a justifique. Como muito bem salientou Rios

A garantia do direito de igualdade dá-se, pois, mediante a imposição de um ônus de argumentação e de prova por conta de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual". Ilustrando, conforme exemplo do próprio autor, quando se manifestou sobre a questão homossexual: "em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada"<sup>103</sup>.

Poderíamos dividir os critérios para identificar o respeito à isonomia em três grandes questões, quais sejam:

Primeira: a análise do elemento tomado como fator de discriminação, no qual o que realmente importa é a exigência de uma norma destinada a abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; e da adoção do traço diferencial que resida necessariamente na pessoa.

---

<sup>101</sup> RIOS, 2001, p. 401.

<sup>102</sup> ALEXY, 1993, p. 395.

<sup>103</sup> RIOS, op. cit., p.76.

Segunda: a correlação lógica abstrata existente no fator eleito como critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele atentando para a avaliação racional do fundamento lógico do traço diferenciador e o tratamento jurídico atribuído.

E finalmente, em terceiro lugar, a adequação dessa correlação lógica com os interesses acolhidos pelo sistema constitucional: é a avaliação da harmonia entre o fundamento racional abstrato, quando existente em concreto, e os valores prestigiados na Constituição.

Podemos dizer que o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, quando houver uma desigualdade na lei, terá origem na distinção que ela traz em seu corpo, porém essa norma não deve fazer tal distinção de forma não-razoável ou arbitrária.

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não-discriminatórias, deverá ser indispensável que seja globalmente aceita e cuja exigência se aplique em relação à finalidade e aos efeitos da medida considerada, devendo estar presente por esse motivo existe uma razoável relação de proporcionalidade com os meios que são empregados e a finalidade a ser perseguida, notando que sempre há a conformidade com os direitos e com as garantias constitucionalmente protegidas.

Com isso não podemos então desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais, que não estejam fora de igualdade, levando-se em conta fatores externos e não diferenças nas situações concretas.

Nesse ponto se faz necessária uma abordagem acerca de preconceito e discriminação, a análise destes termos é muito importante para este trabalho, uma vez que a sua verificação resulta válida quando se detecta que a confusão semântica existente é resultado de um grande rol de possibilidades de interpretações, que invariavelmente a linguagem constitucional disponibiliza.

## **2 O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO COMO FATOS DENSIFICADORES – VIOLATÓRIOS AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

### **2.1 Aproximações Conceituais da Problemática da Discriminação e Preconceito**

Há muito tempo os vocábulos preconceito e discriminação vêm sendo empregados como se fossem sinônimos.

Como demonstraremos a seguir, isso não se dá por acaso. Na verdade, na maior parte das vezes, a confusão entre preconceito e discriminação é mais uma forma de perpetuação e manutenção de um sistema de desigualdade dissimulado, crime contra uma pessoa ou raça.

Analisar esses termos é de suma importância para esse trabalho, uma vez que a sua verificação redonda especialmente válida quando se detecta que a confusão semântica existente é resultado de um grande rol de possibilidades de interpretações que invariavelmente a linguagem constitucional disponibiliza.

De acordo com estudos de Hélio Silva Jr.<sup>104</sup>, quando falamos do aparato normativo, temos que partir da idéia de que todo ato de interpretação da lei que possibilita sua interação com os fins sociais, resulta de um entendimento não apenas teleológico, mas também axiológico.

Sendo assim, toda interpretação se dará a partir de palavras que em última instância estarão a todo tempo atribuindo significados a um conjunto de símbolos, signos e relações.

---

<sup>104</sup> SILVA JR., Hélio. Reflexões sobre Aplicabilidade da Legislação Anti-Racismo. Disponível na Internet [www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br). Acesso em: 15/03/2006.

Isto significa dizer que toda a interpretação é feita de atribuições que conferem aos signos um significado e são carregadas de valores morais e de ideologias. Como muito bem explicita a Professora Marilena Chauí<sup>105</sup>: "o signo lingüístico designa objetos e coisas, mas também valores, ideologias e sentimentos."

Após essa compreensão inicial, deveremos levar em conta, que toda construção da linguagem constitucional, especialmente dos princípios constitucionais, possui alta densidade semântica, porque construída com alto grau de abstração, isto é, onde se utiliza uma linguagem bastante vaga e ambigüidade capazes de abarcar a maior quantidade possível de relações jurídicas.

Isto tudo resulta na especial relevância no exercício da interpretação da linguagem quando empregada na constituição de enunciados prescritivos de conduta.

José Alfredo Baracho, ao tratar do problema da linguagem constitucional, observa:

A determinação do sentido e alcance das expressões do Direito, processo que visa extrair da norma todo o seu conteúdo, realiza-se por meio da interpretação, que possui técnica e meios peculiares para ser atingidos os objetivos da hermenêutica.<sup>106</sup>

E complementa Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser (...) O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas freqüentemente lhes atribui sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada (...) A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica.<sup>107</sup>

A relevância do tratamento desse tema está justamente na confusão que uma leitura desatenta da Constituição Federal poderá induzir, pois existe uma aparente sinonímia no tratamento de termos como preconceito e discriminação, que na

---

<sup>105</sup> CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.136.

<sup>106</sup> BARACHO, José Alfredo. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1984 p. 49.

<sup>107</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 231.

realidade exigem uma depuração conceitual, sendo nosso objetivo nesse momento fazer as distinções necessárias para se distinguir claramente as duas idéias.

## **2.2 Diferenciação entre preconceito e discriminação.**

Para se falar sobre discriminação e entender esse processo como um todo, faz-se necessário o esclarecimento e a diferenciação entre a discriminação e o preconceito.

### **2.2.1 O preconceito**

Numa primeira vista, discriminação e preconceito parecem carregar o mesmo sentido semântico, mas, em uma análise mais profunda, é possível divisar a diferença entre seus significados. Silva Jr. define preconceito e suas implicações jurídicas:

Em seu sentido estrito, preconceito consiste em uma construção mental ou afetiva, uma idéia preconcebida sobre uma pessoa ou grupo de pessoas. Sendo categoria psicológica, preconceito designa elementos volitivos e/ou efetivos situados na esfera da liberdade interior do indivíduo, no terreno da subjetividade, da liberdade de opinião e de pensamento, de sorte que no Estado Democrático de Direito, trata-se de fenômeno per se insuscetível de punição de qualquer natureza. Se isto é verdade, contra o preconceito, ao menos enquanto esse não se exterioriza por meio de condutas, não cabe a ação penal, a punição; cabem, isto sim, medidas persuasivas destinadas a redefinir o sentido de pluralidade (...), reconstruir as representações sociais (...) e preparar crianças e jovens para a valoração positiva da pluralidade étnico-cultural que caracteriza a sociedade brasileira: Pluralidade, aliás, expressamente consagrada no texto constitucional.<sup>108</sup>

Nesse estudo, a busca pelas definições de preconceito retrocede ainda mais ao que Silva Jr. afirma e pretende apontar respostas aos questionamentos de onde vem o preconceito e como superá-lo.

---

<sup>108</sup> SILVA JR., 2004, p. 09.

Sob este aspecto, Zélia Maria Melo<sup>109</sup>, ao estudar o estigma e o espaço para exclusão social, aponta as respostas para a fabricação do preconceito e seus mecanismos perversos de sustentação.

#### De acordo com Erving Goffman

La sociedad establece un modelo y espera que todos, o casi todos, respondan a esos criterios predeterminados por el sistema de control social. Crea patrones y, dentro de esos modelos, establece las categorías.<sup>110</sup>

#### E ainda nos ensina

Como sistema de control, tiene como objetivo catalogar las personas vellos atributos considerados comunes y naturales para los miembros de cada categoría (...) Rotula, cataloga los sujetos y los estigmatiza, marginalizando-los clasificándolos como sujetos o grupo de sujetos de poca potencialidad humana creativa, e incluso destructivos, perjudiciales a la convivencia comunitaria.<sup>111</sup>

#### No entender de Mello

Em uma situação de confronto com um sujeito ou grupos que não se enquadram nos atributos pertencentes a sua categoria, isto é, que assumem diferentes posturas, ou não, são enquadrados dentro dos atributos estéticos, status econômicos, cor, nacionalidade, etc. (...) Deixamos de vê-lo como sujeito comum e o convertemos não somente em uma pessoa diferente, mas também com pouca potencialidade e prejudicial ainda no que diz respeito às regras sociais. Convertemo-lo em um sujeito desprovido de critérios também éticos e morais.<sup>112</sup>

Portanto, o grupo ou pessoa estigmatizada não conseguirá estabelecer relações como indivíduo, será sempre a representação de características atribuídas a uma classe ou categoria determinada, como uma identidade social real e global.

<sup>109</sup> MELLO, Zélia Maria. Estigmas: espaço para exclusão social. *Revista Symposium*, in Ciências, Humanidades e Letras, ano 4, número especial, Dez/2000, p. 18.

<sup>110</sup> Livre tradução do autor: A sociedade estabelece um modelo e espera que todos, ou quase todos, respondam a esses critérios predeterminados pelo sistema de controle social. Cria padrões e, dentro desses modelos, estabelece as categorias. GOFFMAN, Erving. *Estigmas: La identidad deteriorada*. Argentina: Siglo, 1993, p.11.

<sup>111</sup> Livre tradução do autor: Como sistema de controle, tem como objetivo catalogar as pessoas pelos atributos considerados comuns e naturais para os membros de cada categoria (...) Rotula, cataloga os sujeitos e os estigmatiza, marginalizando-os classificando-os como sujeitos ou grupo de sujeitos de pouca potencialidade humana criativa, e até mesmo destrutivos, prejudiciais à convivência comunitária. *Ibidem*, p.11.

<sup>112</sup> MELLO, op. cit., p. 19.

Nesse sentido, demonstra Mello

O estigma é um atributo que produz um descrédito amplo na vida do sujeito; em situações extremas, é nomeado como marca ou desvantagem em relação ao outro; isso constitui uma discrepância entre a identidade social, demarcada por um modelo social e a identidade real. Para o estigmatizado, a sociedade reduz suas oportunidades, esforços e movimentos, não lhes atribui valor; impõe-lhes a perda da identidade social (...) Significa que o social anula a individualidade e determina o modelo que interessa para manter o padrão de poder e anula todos os que rompem ou tentam romper com o modelo social.<sup>113</sup>

Por fim, o grupo ou pessoa estigmatizada passa a ser uma ameaça aos demais grupos não considerados estigmatizados, pois esses não conseguem manter uma relação com o diferente, a convivência só se estabelece com os considerados semelhantes.

Nesse espaço prolifera-se o preconceito e contra ele qualquer luta é sempre árdua. Como observou Albert Einstein, “é mais fácil quebrar um átomo que destruir um preconceito”.

De toda sorte, percebe-se que o preconceito é fruto da sociedade, mais precisamente, “nasce na família, pois ela é uma unidade social que desenvolve múltiplos papéis fundamentais para o crescimento psicológico do sujeito, marcando as diferenças no contexto dos parâmetros das diferenças sociais e culturais, mas com raízes universais”<sup>114</sup>.

Todavia, através da família também é possível a superação do estigmatizado, nas palavras de Mello

Através dos vínculos estabelecidos na família, o sujeito estigmatizado pode encontrar o suporte para apreensão das suas diferenças no contexto das semelhanças, relativizar a diferença e, dentro da mesma, oportunizar que o diferente pode acrescentar pontos significativos na sua identidade social, algo: diferente no universo das semelhanças.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> MELLO, 2000, p. 19.

<sup>114</sup> MINUCHIN, Salvador. Famílias: funcionamento e tratamento. Porto Alegre: Artes Médicas, 1982, p. 48.

<sup>115</sup> Ibidem., p. 21.

Outra instituição que pode abrir espaço para a inclusão social do sujeito marcado pela diferença é a escola, por isso, afirma Mello:<sup>116</sup>

Os espaços de discussões acadêmicas têm como papel fundamental a produção do ensino e novas construções do saber. Cabe à instituição universidade, universo de conhecimento, incluir diversas categorias consideradas estigmatizadas através da discussão, da palavra e viabilizar e produzir novas perspectivas, contribuir para que a sociedade possa conviver, de maneira sadia, com o diferente no lugar do semelhante, para produzir conhecimentos diferentes - semelhantes, aproximar, através da pesquisa, novos conhecimentos, incluindo a exclusão, e, conseqüentemente, propor novas transformações sociais.

Na esfera do Direito, fica claro o porquê da importância de determinar o que é preconceito.

Afinal, esses discernimentos adquiridos acompanham o indivíduo-legislador que cria as leis, que podem ou não ser maculadas pelas suas próprias abstrações e acompanham também indivíduos que interpretam e fazem uso da lei em seus julgamentos, os ditos operadores do Direito, que podem ou não ser tendenciosos.

Talvez aí se encaixem algumas brechas que se encontram em nossa legislação e que dão margem às más interpretações da lei, como também às dificuldades de aplicação das normas antidiscriminação, como argumentam Flávia Piovesan e Luis Carlos Rocha Guimarães<sup>117</sup>: "essa em implementar a legislação sobre a matéria, por razões de natureza ideológica..."

Essas tendências ideológicas e preconceituosas fazem com que, em sua grande maioria, a prática de interpretação das normas antidiscriminatórias se torne obscurecida, para não se dizer facciosa.

Nesse sentido, salienta-se a importância do trabalho interpretativo do juiz que, conforme demonstra Charles Lawrence:

---

<sup>116</sup> MELLO, 2000, p. 21

<sup>117</sup> PIOVESAN, F.; GUIMARÃES, L. C. R. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, 1998, p. 368.

The bias unaware is difficult so far as he did not can be object as of self-correcting by way of from the political process. As you the one discriminant do not have consciousness from its bias does have belief of what I lose the one he trails from the square deal , they are business associate the chances as of success from the Reason from the persuasion ethics.<sup>118</sup>

Na mesma seara Carlos Maximiliano:<sup>119</sup>

Cumprir evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e desse modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais esse se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos.

Feita a distinção do que seja o preconceito, essa construção mental que só existe no universo psico-emocional de cada pessoa, cabe observar quando o preconceito salta as barreiras do interior do indivíduo e cria situações que trivialmente passamos a chamar de discriminação.

### 2.2.3 Discriminação

Já com a faceta do preconceito definida, pode-se encaminhar a uma elucidação do que seja a discriminação. Aliás, dependendo de como é trabalhada, a discriminação torna-se a manifestação concreta do pensamento preconceituoso.

Para melhor explanação é mister trazer o enfoque para o mundo do Direito, pois é por esse prisma que se tratará a discriminação, sem com isso insinuar uma atenuação em seu impacto no campo social, psico-emocional e físico. Um ato discriminatório se espraia por todos esses níveis, mas é dentro do Direito que a sociedade criou meios punitivos ou compensatórios para diminuir tal impacto.

---

<sup>118</sup> Livre tradução do autor: O preconceito inconsciente é problemático na medida em que ele não pode ser objeto de autocorreção pela via do processo político. Quando o discriminador não tem consciência do seu preconceito e tem convicção de que percorre a trilha da justiça, são poucas as chances de sucesso da razão e da persuasão moral. LAWRENCE, Charles. *American Constitucional Law*. New York: RCD, 1988, p. 1516.

<sup>119</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Interpretação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.79.

A discriminação, ao contrário do preconceito, é conduta omissiva ou comissiva tendente a criar desigualdade e, como afirma Hélio Silva Jr.<sup>120</sup>, nem sempre tem relação de causalidade com preconceito. Situa-se no campo da ação humana e, por isso, é passível de sanções.

Os organismos internacionais<sup>121</sup> já consagraram a definição de discriminação como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou como efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, em igualdade de condição, de direitos humanos e liberdades fundamentais em qualquer domínio da vida pública.

Assim, há discriminação quando uma pessoa é impedida de exercer um direito, por motivos injustificados, arbitrários e não tiver as mesmas oportunidades e os mesmos tratamentos de que gozam outras pessoas, processo baseado apenas em função da raça<sup>122</sup>, do sexo, da idade ou de qualquer outro critério arbitrário e não justificável racionalmente.

Como se observa, a falta de distinção entre preconceito e discriminação, conforme salienta Silva Jr.<sup>123</sup>:

---

<sup>120</sup> SILVA JR., 2004, p. 10.

<sup>121</sup> Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. FARIA, H. O. L.; MELO, M. Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. In: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, 1998, p. 371-404.

<sup>122</sup> Cabe nesse momento fazermos uma ressalva quanto ao significado empregado hodiernamente sobre o significado de raça, uma vez que as diferenciações pertinentes a sexo, idade são óbvias. A origem da palavra "raça" é obscura. Alguns estudiosos entendem que a sua etimologia provém da palavra latina "radix", que significa raiz ou tronco; enquanto outros acham que ela tem origem na palavra italiana "razza", que significa linhagem ou criação. Seja qual for a sua origem, ela foi introduzida na literatura científica há cerca de 200 anos e desde então tem aparecido em tantos diferentes contextos que até hoje a palavra "raça" não teve o seu significado exatamente esclarecido. Ela tem sido usada para designar qualquer agregado de pessoas que podem ser identificados como pertencentes a um grupo. De acordo com esse entendimento, as pessoas que possuem os mesmos ancestrais, ou compartilham as mesmas crenças ou valores, mesma linguagem ou qualquer outro traço social ou cultural são considerados como uma raça. Por si mesmo, esta ampla definição talvez não seja de todo uma coisa má, contudo abre a porta para muitos e sérios desentendimentos sobre pessoas que a utilizam para caracterizar preconceito e discriminação. Este panfleto, portanto, é de muita utilidade, pois tem o propósito de esclarecer o sentido científico da definição da palavra, até então de uso restrito naquelas ocasiões onde o seu significado é apropriado.

<sup>123</sup> SILVA JR., op. cit., p. 12.

pode implicar não apenas numa perigosa e totalitária devassa na esfera da liberdade individual, como também, o que é mais freqüente e perverso, na omissão estatal pura e simples face à discriminação, motivada, entre outras razões, pela indefinição dos limites, do papel e dos instrumentos estatais destinados ao enfrentamento da discriminação e à promoção da igualdade.

Embora o Direito Constitucional Moderno tenha se empenhado ao máximo através de diversas formas e teorias, para o alcance da igualdade e pela condenação da discriminação, ainda permanecem na sociedade pessoas ou grupos que evidenciam as diferenças, inclusive realizando um esforço intelectual voltado à legitimação de agressões ou de privilégios, desde o fim da Revolução Francesa.

Afinal, como muito bem definiu Albert Memmi (apud Joaquim Barbosa Gomes)<sup>124</sup>: "a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem as pratica, não raro como meio de justificar um privilégio."

Assim, mesmo havendo uma orientação constitucional no sentido de buscar a igualdade, condenando a discriminação, e que, baseado na Lei Maior, diversos Estados venham implementando políticas especialmente antidiscriminatórias, ainda não se conseguiu alcançar a eficácia desejada. Na visão de Joaquim Barbosa Gomes<sup>125</sup>, isso se dá porque não há uma clareza da definição de quais são os comportamentos que violam as regras de igualdade.

Gomes formulou a classificação das discriminações, inserindo em dois grandes grupos as discriminações intencionais (diretas e indiretas) e as discriminações não intencionais.

Baseados nessa classificação analisaremos algumas espécies de discriminações, como veremos a seguir.

---

<sup>124</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade..* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 20.

### 2.2.3.1 Discriminação direta ou intencional

Esse é o tipo de discriminação mais comum, presente na maioria dos casos que são encontrados em nosso cotidiano. Por ser a forma mais evidente de discriminação, é a mais fácil de se identificar.

Trata-se daquela forma de discriminação através da qual o indivíduo é vítima de um tratamento desigual, desfavorecendo-o em suas relações preponderantemente com base em sua raça, cor, sexo, origem, orientação sexual, idade, compleição física ou qualquer outro fator que destoe do referencial de maioria dominante.<sup>126</sup>

Esse tipo de discriminação tem como característica essencial a intencionalidade deliberada em discriminar e a prática de atos concretos no presente.

O estudo sobre o tema apontou que a simples proibição da discriminação desse tipo é ineficaz. Como afirma Gomes<sup>127</sup>, isso ocorre porque

Esse tipo de noção faz completa abstração de dois fatores importantes em matéria de discriminação: a) o aspecto cultural, psicológico, que faz com que certas práticas discriminatórias ingressem no imaginário coletivo, ora tornando-se banais, e portanto indignas de atenção salvo por aqueles que dela são vítimas, ora se dissimulando através de procedimentos corriqueiros, aparentemente protegidos pelo Direito; b) os efeitos presentes da discriminação do passado, cuja manifestação mais eloqüente consiste na tendência, facilmente observável em países de passado escravocrata e patriarcal, como o Brasil, de sempre reservar a negros e a mulheres os postos menos atraentes, mais servis do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade.

---

<sup>126</sup> Dominante no sentido econômico, uma vez que segundo UNICAMP, Em 2003, a população brasileira era de 173,9 milhões, com 91,3 milhões de brancos e 82,6 milhões de negros (aqueles que se declaram pretos e pardos). Segundo Garcia, 6,2% da população branca estava em famílias da alta classe média, enquanto o percentual de negros que sustentavam o mesmo padrão de vida era de apenas 1,1% – ou apenas 872 mil pessoas no universo de 82 milhões. No outro extremo, na linha de pobreza e abaixo dela, estavam 18,2% da população branca e 52,4% da população negra – ou 43 milhões de pretos e pardos subsistindo com renda familiar inferior a R\$ 500. O percentual de negros era de 3,3% (2,6 milhões) na média classe média e de 16,2% (13,3 milhões) na baixa classe média. Disponível em: [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/dezembro2005/ju312pag05.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/dezembro2005/ju312pag05.html).

<sup>127</sup> GOMES, 1982, p. 20.

Por ser inerente, a intencionalidade nesse tipo de discriminação, constitui-se o ônus da prova deve ser da vítima discriminada. Esse fato tem sido responsável pela maioria do fracasso das políticas antidiscriminatórias.

Uma vez que a intenção pende para o terreno da subjetividade e a discriminação em nosso país é basicamente dissimulada, fica extremamente difícil a comprovação do ato discriminador.

As poucas iniciativas individuais de combate às práticas discriminatórias acabam sem efeito frente ao argumento processual da falta de prova.

Essa situação, somada ao descaso do Estado frente às reivindicações do discriminado, contribuem ainda mais para a estigmatização daqueles que tentaram se utilizar desse caminho. Além do que, acarreta também, implicitamente, a idéia de que lutas desse tipo não trazem nenhum tipo de resultado para essas populações.

### **2.2.3.2 Discriminação indireta ou por impacto desproporcional ou adverso**

O estudo desse tipo de discriminação é fruto da inovação do Direito Norte-Americano ao constatar que a discriminação nem sempre precisa vir revestida de intencionalidade para que produza resultados discriminatórios; aliás, o efeito discriminatório muitas vezes ocorre sem que haja a intenção deliberada de discriminar.

Nas palavras de Gomes, sobre a discriminação indireta

Redunda em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> GOMES, 1982, p. 23.

O autor ainda salienta que, de acordo com

Um conjunto significativo de intérpretes e pensadores do Direito dos EUA, a discriminação por impacto desproporcional seria a forma mais perversa de discriminação, dissimulada, quase invisível, raramente abordada pelos Compêndios de Direito, voltados em sua maioria ao tratamento do amorfo conceito de igualdade perante a lei, sem levar na devida conta o fato de que muitas vezes a desigualdade advém da própria lei, do impacto desproporcional que os seus comandos normativos podem ter sobre certas pessoas ou grupos sociais.<sup>129</sup>

Outro aspecto perverso da discriminação indireta é sua possibilidade de perpetuar práticas de desigualdade arraigadas resultantes de fatores histórico-culturais já absorvidas como legítimas pela maioria das pessoas e, inclusive, chanceladas pelos operadores do direito.

A teoria do impacto desproporcional, nascida no Direito Norte-Americano teve seu marco com o caso *Griggs v. Duke power Co*<sup>130</sup>, em 1970, mas também no Brasil há bons exemplos dessa discriminação, como o das entrevistas de seleção de emprego, em que os candidatos, em princípio, teriam suas reais possibilidades de conseguir o cargo avaliadas somente por suas capacidades e preparo para a execução da tarefa.

Ainda sobre Teoria do Impacto Desproporcional (Disparate Impact Doctrine) é tida como um dos reflexos doutrinários da tendência mundial sobre a adoção de Ações Afirmativas, que veremos mais adiante no terceiro capítulo. Esta tem como princípio basilar proteger os cidadãos de toda lei, atitude, prática ou mesmo costume que estabeleça condições de desigualdade material, justamente medindo o impacto social desproporcional sobre determinada seara de pessoas que podem ser negros, homossexuais, mulheres, silvícolas e outros grupos que historicamente têm sido preteridos nas escolhas políticas e históricas.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> GOMES, 1982, p. 25.

<sup>130</sup> Em que os autores, negros empregados da empresa ré, se queixavam do programa de ação afirmativa delineado pela empresa (que só o implementou após fortes pressões políticas e sociais do movimento em defesa dos direitos civis) como forma de permitir a contratação e a promoção de integrantes dessa etnia, por entenderem que os critérios elaborados tinham impactos raciais desproporcionais. TAVARES, André. *Jurisprudência Constitucional norte-americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: ESDC, 2003, p. 299.

<sup>131</sup> ALMEIDA, Dayse. O que são ações afirmativas ? Disponível em: [http://72.14.203.104/search?q=cache:PH9qx0tg12QJ:listas.softwarelivre.org/pipermail/psl-mulheres/2005-July/001340.htm+Esta+tem+como+princ%C3%ADpio+basilar+proteger+os+cidad%C3%A3os+de+toda+lei,+atitude,+pr%C3%A1tica+ou+mesmo+costume&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1&lr=lang\\_pt](http://72.14.203.104/search?q=cache:PH9qx0tg12QJ:listas.softwarelivre.org/pipermail/psl-mulheres/2005-July/001340.htm+Esta+tem+como+princ%C3%ADpio+basilar+proteger+os+cidad%C3%A3os+de+toda+lei,+atitude,+pr%C3%A1tica+ou+mesmo+costume&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1&lr=lang_pt). Acesso em 12 nov 2006.

Esta teoria é muito interessante e podemos entendê-la como uma proteção contra a ditadura da maioria, onde exige respeito aos mínimos direitos fundamentais, partindo entretanto do prisma do resultado e da lesividade causada, em que reafirmam o Estado Democrático de Direito.

Para Maria Berenice Dias devemos observar que:

O que se deve atentar não é à igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição. A consagração da igualdade advém necessariamente do combate às desigualdades, que tem como artilharia principal à "positive discrimination", deixando patente que a realidade fática é muito díspare da realidade jurídica.<sup>132</sup>

No entanto, itens como raça, cor, sexo, estatura, compleição física e orientação sexual pesam como excludentes para o entrevistador.

Poderíamos destacar um outro exemplo indiscutível, no Brasil, dessa forma de discriminação: é o exame vestibular, que baseado em ideologias de mérito e universalismo, tem sido considerado um instrumento neutro das universidades para tornar justa a disputa por uma vaga no seu quadro acadêmico.

Entretanto, estudos realizados pelo Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (UnB), para citar apenas um desses estudos, demonstram que:

---

<sup>132</sup> DIAS, Maria Berenice. Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade. *Revista Del Rey*, nº 04, dez/98, p.

- a) "os negros que representam 45% da população do país, somam apenas 2% da população universitária brasileira; os brancos e amarelos, que representam 54% da população, detêm 98% das vagas atuais do ensino superior"
- b) "Na UnB, 99% dos professores são brancos e em torno de 90% dos alunos são brancos"
- c) "Pretos e pardos estão praticamente ausentes dos cursos tidos como de alto prestígio, como Medicina, Direito, Odontologia, Administração e Jornalismo; os pardos têm representatividade maior que a dos pretos, ainda que inferior proporcionalmente ao seu contingente, nos cursos tidos como de médio prestígio; e os poucos negros se concentram nos cursos tidos como de baixo prestígio, como Letras e Artes, porém, em todo o espectro, ainda que crescendo na proporção do prestígio, os brancos estão super-representados."<sup>133</sup>

Esses dados estatísticos comprovam que, na prática, o exame vestibular acaba por tornar-se apenas um mecanismo dissimulado de perpetuação de resultados adversos que imobilizam certos grupos e impede seu acesso à educação, porque universalizou-se apenas a concorrência mas não as condições para competir.

Por fim, como resume Gomes a teoria do impacto desproporcional é:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.<sup>134</sup>

O exame vestibular é o tipo de discriminação que se assemelha à discriminação por impacto desproporcional, pois também não prescinde de intencionalidade para que ocorra.

Na verdade, a discriminação na aplicação do direito pode acontecer de duas maneiras. Numa primeira hipótese, ela existe mesmo que a lei, na sua aplicação concreta, demonstre-se neutra, sem ter sido concebida com intenção de discriminar.

Nesse caso, a discriminação como que se utiliza de brechas deixadas em leis aparentemente neutras para se manifestar. Já uma segunda hipótese de discriminação na aplicação do direito é vislumbrada quando uma lei, embora

<sup>133</sup> O estudo foi realizado pelos professores: José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato para apresentação no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, em 08 de março de 2002. GOMES, 1982, p. 23.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 27.

aparentemente neutra, tenha sido concebida com o propósito implícito de prejudicar um determinado grupo.

De fato, a averiguação da existência de discriminação se dará através da análise dos resultados obtidos na aplicação da lei, como assegura Gomes<sup>135</sup>: "a discriminação somente surgirá após a análise dos resultados disparatados obtidos com a aplicação da norma aos casos concretos, os quais apontarão um favorecimento desproporcional e desarrazoado de um grupo em detrimento de outro".

Devido as suas peculiaridades, esse tipo de discriminação requer do intérprete extrema sensibilidade para detectar a violação do princípio da igualdade, mesmo quando o fato se dá dentro da lei, que num primeiro olhar demonstra-se neutra, mas em cuja aplicação redonda um propósito ilegal de exclusão de certas categorias de pessoas.

Como é exemplo, a neutralidade da lei que estipulou os concursos para a magistratura no Brasil que, historicamente, marcou pela invariabilidade com que excluía as mulheres do ingresso na carreira. De fato, a lei era neutra, mas sua aplicação sempre deixou espaços possíveis para a prática discriminatória<sup>136</sup>, como é comum nos exames psicotécnicos, entrevistas, provas orais, etc.

Gomes nos convida a levar em consideração os dados coletados em uma pesquisa realizada pela UNB<sup>137</sup>, que também servem de exemplo para esse tema: "Dos 620 Procuradores da República, apenas 7 são negros (entre eles o próprio Joaquim Barbosa Gomes). Ou seja, 98,6% de brancos".

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>136</sup> GOMES, 1982, p. 31.

<sup>137</sup> Ibidem, p.21.

### 2.2.3.3 Discriminação manifesta ou presumida

A experiência do Direito Norte-Americano fez com que se chegasse à construção jurídica de certas discriminações como "Prima Face Discrimination"<sup>138</sup>. Trata-se de situações tão flagrantes e incontestáveis que acabam por ser consideradas presumidas.

Esse tipo de discriminação é, na verdade, um tipo de tratamento adotado diante de certas discriminações que, por serem evidentes, dispensam certos procedimentos. Isto é, conforme demonstra Gomes<sup>139</sup>, "essa modalidade de discriminação tem o formidável efeito de isentar do ônus da prova as pessoas ou grupos que dela são vítimas, e que recorrem ao Judiciário em busca de alguma medida de caráter injuntivo ou declaratório."

Já quando a postulação é de natureza indenizatória, mesmo em se tratando de hipótese de discriminação manifesta, o ônus da prova continua a ser do autor, na medida em que o peso da discriminação, presente ou passada, não incide uniformemente sobre todas as pessoas; daí a necessidade de individualização do dano causado a cada um.

No entanto, numa análise mais acurada, percebe-se que a prova "prima face" nem sempre importa numa inversão do ônus de provar, outrossim, no caso brasileiro, trata-se de mera aplicação dos dispositivos legais sobre prova, pois ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, (conforme art. 333, I do CPC<sup>140</sup>), ao réu os fatos impeditivos do direito do autor (art. 333, II do CPC<sup>141</sup>) e ao juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplicar as regras de experiência

---

<sup>138</sup> The Chambers Judge correctly identified the appropriate comparator group as the group of employees who were of a commensurate level of seniority and properly concluded a case of *prima face* discrimination had been made out. Disponível em: <http://www.albertacourts.ab.ca/jdb/1998-2003/ca/Civil/2003/2003abca0246.pdf>.

<sup>139</sup> GOMES, 1982, p. 32.

<sup>140</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

<sup>141</sup> Art.333. O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (de acordo com art. 335 do CPC<sup>142</sup>).

Isso implica dizer que, no caso da discriminação, à vítima cabe provar que pertence a um grupo discriminado e que a ela foi imposta um tratamento que restringe uma oportunidade ou um direito indevidamente (leia-se sem justificativa legal ou racional), e ao acusado de praticar a discriminação caberá provar fato impeditivo legítimo que derrube a prova "prima fade".

Há aquela prova que numa primeira aparência demonstra o que costumeiramente acontece, ou melhor, uma idéia universal de conhecimento corrente, que embora formada por elementos compostos fora dos autos, é inegável, porque evidente e de aceitação geral, por isso, facilmente presumida.

Já o sistema americano construiu, a partir do caso Jones v. Lee Way Motor Freight, nos anos 60, o seguinte: "into affirmative action of discriminatory racial, the statistics always they sample a lot more than the testimony of various testifies, the tribunals owes deliver the due effects." <sup>143</sup>

O Judiciário Federal da Carolina do Norte, acolhendo a pretensão então solicitada, entendeu que o critério adotado, ou seja, dos "testes de inteligência" exigidos para a promoção e admissão, ao invés do antigo critério da era apresentação de diplomas escolares, favorecia a admissão de brancos, uma vez que a grande maioria dos candidatos negros haviam freqüentado escolas de qualidade muito inferior e segregacionista.

---

<sup>142</sup> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

<sup>143</sup> A título exemplificativo, veja-se resultados apresentados pelo IBGE/1990, em que as mulheres negras ocupadas em atividades manuais (emprego doméstico, lavadeiras, passadeiras, cozinheiras e serventes) perfazem um total de 79,4%; enquanto em outras atividades técnicas, administrativas, científicas, artísticas representam algo entre 5,3 e 10%; já nas funções de vendedoras, recepcionistas ou secretárias correspondem a 7,4%.

Torna-se, oportuno salientar, que o caso em tela, datado de 1970, ocorreu apenas 16 anos após o precedente da Suprema Corte<sup>144</sup> que selou o destino da segregação das escolas e da teoria do *equal but separate*<sup>145</sup> nos Estados Unidos.

Assim, nos EUA, as disparidades estatísticas que demonstram a ausência ou sub-representação de certas categorias em determinados setores e atividades, quando se trata de discriminação na educação ou nas relações de emprego, são fortemente utilizadas.

Infelizmente, no Brasil, essa técnica jamais é cogitada, pois se o fosse, perceber-se-iam as diferenças abissais no mercado de trabalho, no sistema escolar, etc.

Especialmente quando o assunto é a discriminação racial, pois o negro, devido à exclusão social que sofreu a longo da história, herdou uma série de dificuldades de acesso desde a escola até as oportunidades de emprego, que, quando obtém, invariavelmente, resume-se a posições subalternas e consideradas inferiores.

Notadamente, as estatísticas comprovam esse tipo de discriminação flagrante, mas o Brasil não adota esse sistema como legítimo nos seus julgados.<sup>146</sup>

#### **2.2.3.4 Discriminação legítima**

Existem situações específicas em que o tratamento discriminatório é chancelado pelo Direito. São situações em que a natureza da atividade ou do negócio exigem inevitavelmente algum tipo de discriminação.

---

<sup>144</sup> Livre tradução do autor: em ações de discriminação racial, as estatísticas sempre provam muito mais do que o depoimento de várias testemunhas, e os Tribunais devem dar-lhes os devidos efeitos *Brown v. Board of Education*. LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law : cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1996. Case *Loving v. Virginia*, de 1967, p. 67.

<sup>145</sup> No que se refere à doutrina do “equal but separate”, veremos com maiores detalhes no capítulo III.

<sup>146</sup> Nota explicativa: sobre a adoção do modelo de democracia racial pela sociedade brasileira em oposição ao da segregação, escolhido pelo EUA, e suas conseqüências far-se-á menção adiante.

No entanto, essas discriminações são validamente comprováveis, pois seguem um critério racional nas suas exigências peculiares decorrentes das necessidades inerentes ao trabalho a executar. Evidentemente, a exclusão é revestida de racionalidade e razoabilidade.

Também fazem parte da discriminação legítima as chamadas discriminações positivas ou ação afirmativa. Nas palavras de Gomes<sup>147</sup>: "cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão."

Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais a que se visa com ela atingir.

A Suprema Corte dos EUA decidiu no caso *United Steelworkers of America v. Weber*<sup>148</sup>, que o tratamento discriminatório é legítimo quando fizer parte de um programa de Ação Afirmativa regularmente concebido a fim de reparar uma situação de flagrante injustiça.

Também, a Constituição Sul-Africana, que foi promulgada em outubro de 1996, adota a expressão discriminação justa (art. 9, V) referindo-se àquelas discriminações que visem à igualdade.<sup>149</sup>

### **2.3 O preconceito e a discriminação na realidade brasileira**

Para se entender a dicotomia brasileira entre a teoria, que prega a igualdade entre as pessoas e igualdade de tratamento, e a prática discriminatória que redund

---

<sup>147</sup> GOMES, 1982, p. 27.

<sup>148</sup> LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law : cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1996. Case *Loving v. Virginia*, de 1967, p. 39.

<sup>149</sup> Disponível em: <http://www.africadosulemb.org.br/geral.asp#Constituicao>. Acesso em: 21 de outubro de 2006.

em tratamentos desiguais, é preciso o estudo da sua realidade e a percepção da forma como a sociedade brasileira recepciona, ou melhor, encobre as diversas formas de discriminações em seu seio.

A categoria social da inclusão, que é neutralizada pela valoração negativa atribuída pela condição da diferença (de cor, raça, sexo, classe, etc.), marcou a sociedade brasileira durante séculos, o que resultou, segundo Roberto Kant de Lima<sup>150</sup>

Numa sociedade hierarquizada, em que diferentes segmentos não têm acesso a deveres e direitos e, também, regem suas relações por diferentes 'códigos de honra'. No entanto, como somos uma República, tais diferenças se tornam objeto de estigma, não sendo capazes de despertar sentimento de universal reconhecimento como legítimos códigos de conduta.

Pelo viés jurídico, uma sociedade que se alicerça em uma construção social diferenciada e não-plural de seus membros, como marca do preconceito, que permite o acesso de alguns em deferimento de outros, seja aos bens materiais, como aos bens culturais, que venham a valorar positivamente à desigualdade substantiva das pessoas está condenada à construção da violência tanto no viés material como simbólico.

Na visão de Habermas:

Não apenas com referência aos direitos é que podemos diferenciar uma igualdade de competências de uma igualdade de situações efetivas de vida. Somente entre o fazer jus a determinados direitos, por um lado, e as oportunidades dadas para o uso desses direitos, por outro, pode surgir, um desnível problemático a partir do ponto de vista da igualdade, ao passo que tal desnível não existe entre a efetiva disponibilidade de bens e o uso efetivo dos bens. Seria ou redundante ou carente de sentido falar no "justo valor" de bens repartidos com igualdade.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> LIMA, Roberto. Políticas de Segurança Pública e seu Impacto na Formação Policial: considerações teóricas e propostas práticas. In: ZAVERUCHA, J.; BARROS, M. R. N. (Org.). *Políticas de Segurança Pública: dimensão da formação e impactos sociais*. Recife: Massangana, 2002, p. 23.

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 69-70.

A busca por um tratamento jurídico universalizado, independentemente dos marcos da diferença, nos diferentes âmbitos da sociedade, não pode existir sem uma reformulação dos conceitos fundamentais da ciência do direito, filosofia jurídica e política do Estado em pertinência a todas as manifestações de diferenças que possam nos remeter às exclusões.

Essa posição trouxe à tona a questão do preconceito, cuja discussão sairia do anonimato para ser alvo de punição legal.

No ano de 1940 é sancionado o Código Penal Brasileiro, forte no artigo 140, falava e fala ainda sobre a injúria e a ofensa a dignidade e o decoro. Existindo em seu parágrafo terceiro uma agravante no caso de o crime ser de raça, cor, etnia, religião ou origem. Com pena de reclusão de um a três anos e multa.

A Lei Afonso Arinos de número 1.390, de 03 de julho de 1951, foi a pioneira no Brasil, considererando contravenção quaisquer dos tipos de preconceitos tanto de raça, como de cor.

A partir de 1º de outubro de 1955, passou a ser tipificado como crime o genocídio, a destruição de qualquer grupo nacional étnico, racial ou religioso, conforme a Lei nº 2.889.

Com a Lei de número 7.170, de 14 de dezembro de 1983, constitui-se crime contra a Segurança Nacional qualquer forma de propaganda ou expressão de discriminação racial.

Em 1985, de número 7.437, de 20 de dezembro de 1985, denominada de Lei Cáo, o preconceito de raça, de cor, de sexo ou estado civil são incluídos como contravenções penais na Lei Afonso Arinos.

Com a Constituição de 1988, preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, (art.3º, IV), tais como a prática do racismo, constituíram-se juridicamente em crimes inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitos à pena de reclusão nos termos da lei (art.3º, XLII).

O resultado dos movimentos sociais refletiu sobre o contexto legislativo, uma vez que, de 1988 a 1997, a Lei recebeu muitas emendas abrangentes que incluíam uma gama enorme de muitas outras formas e de expressões de discriminação. Entre as quais, estão as específicas que se observam no trabalho.

Exemplificando, os critérios que levam em consideração à ocupação de distinta dos cargos, das responsabilidades e das promoções dentro dos estabelecimentos empresariais, sendo essa ocupação determinada pela cor, pelo sexo, pela origem, etc.; à admissão pode se dar pela aparência; a existência das humilhações no local de trabalho.

A população brasileira ainda hoje se divide em negros e brancos, pobres e ricos, homens e mulheres, etc, não como signo do direito à diferença, mas como signo de suspeição.

Tais divisões remetem a uma violência moral exercida nem sempre de maneira visível ou explícita na relação de um com o outro, em muitas vezes é recoberta por boas intenções.

O sociólogo Roberto Da Matta<sup>152</sup> analisou muito bem o tema, quando fez sua avaliação sobre carnavais, malandros e heróis e denunciou a contradição brasileira de uma sociedade com duas concepções de realidade nacional: "uma delas é a visão do mundo como foco de integração e cordialidade, a outra é a visão do mundo como feito de categorias exclusivas, postas numa escala de respeito e deferências".

---

<sup>152</sup> DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, p. 143.

Fica clara a dicotomia da realidade do povo brasileiro, sempre reforçando sua imagem de democracia e sociabilidade, e escondendo sua extrema verticalização e opressão.

Veja-se o exemplo do caso da falsa democracia racial no Brasil, que, diferentemente dos EUA, optou por um preconceito de marca e não um preconceito de origem. Assim, criou-se um sistema de discriminação parcial que permite compensações, em contrapartida ao norte-americano, total e inapelável.

#### De acordo com Da Matta

Reagimos de modo radicalmente diverso dos americanos diante da esmagadora igualdade jurídica que veio com a Abolição da escravidão em ambos os países. Lá, criou-se imediatamente um contra-sistema legal para estabelecer as diferenças que haviam sido legalmente abolidas: era o racismo em ideologia, prática social aberta e constituição jurídica. Estabelece-se, pois, num sistema igualitário que Gunnar Myrdal chamou de "defesa" do próprio "Credo Americano", centro e raiz do "Dilema Americano". Aqui, porém, a esfera onde as diferenças se manifestaram foi na área das relações pessoais, um domínio certamente ambíguo porque permitia hierarquizar na base do "Você sabe com quem está falando?" e deixava os flancos abertos para escolhas pessoais e múltiplas classificações. Sendo assim, não fizemos qualquer contralegislação que definisse um sistema de relações raciais fechado e segregacionista, baseado no princípio do "iguais, mas separados" (como foi o caso americano).<sup>153</sup>

#### Diz ainda:

Preferimos utilizar o domínio das relações pessoais - essa área não atingida pelas leis - como local privilegiado para o preconceito que, entre nós, como têm observado muitos pesquisadores, tem um forte componente estético (ou moral) e nunca legal. Sendo assim, nunca chegamos a temer realmente o negro livre, pois todo o nosso sistema de relações sociais estava fortemente hierarquizado. Apenas adaptamos a rede de relações sociais e passamos a atuar nas áreas mais internas do sistema (no corpo e na casa) zonas em que não devia haver discussão de que o critério moral ou pessoal se aplicava integralmente<sup>154</sup>.

De fato, o uso do "Você sabe com quem está falando?" demonstra que as relações modernas efetivadas ao abrigo da ideologia igualitária e individualista, na

---

<sup>153</sup> DA MATA, 1983, p. 143.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 143-4.

verdade, estão embasadas num esqueleto hierarquizante que encontra sempre novas formas de manter-se.

No Brasil, vivemos uma dualidade, há o desejo de uma sociedade ocidental capitalista, que faz a passagem para um sistema de indivíduos, mas continuamos a manter subjacentemente um sistema de pessoas.

Porque, conforme salienta Da Matta<sup>155</sup>: "num sistema de pessoas, todos se conhecem, todos são 'gente', todos se respeitam e nunca ultrapassam seus limites. Todos conhecem seus lugares e ali ficam satisfeitos."

É nesse sistema de pessoas, que sustenta o universo social segmentado em famílias, grupos compactos de profissionais, bairros, e a famosa e sempre presente ideologia ariana e racista que hierarquiza ou ajuda a hierarquizar nossas relações entre pessoas, que as leis são feitas e se estabelece a confusão entre a regra e o seu autor que, por realizá-la materialmente, pode, é óbvio, deixar de segui-la.

Enquanto que o sistema de indivíduos<sup>156</sup> dá ênfase ao "eu individual", que seria o depósito de liberdade, espaço interno, sentimentos, emoções, e conseqüentemente capaz objetivar a liberdade, assim como a igualdade. Observando que a solidão e o amor seriam dois de seus traços basilares e o poder realizar a escolha, um dos seus direitos mais fundamentais.

Nessa construção - que corresponde à construção ocidental, levando-se em conta que a parte é realmente muito mais importante que o todo. E a noção geral, universalmente aceita, é de que a toda a sociedade deve estar a serviço do indivíduo, sendo que o oposto seria uma injustiça que importa em corrigir.

O estudo de Da Matta evidencia que o Brasil vive um sistema misto, utilizando-se a bel-prazer ora de uma forma, ora de outra, como afirma<sup>157</sup>: "é preciso reconhecer que a vertente individualizante também existe entre nós."

---

<sup>155</sup> DA MATTA, 1983, p. 180.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 192.

Ela está presente em nosso aparato legal, pois as leis foram feitas para os indivíduos e em função da igualdade básica de todos os indivíduos perante a lei. Numa palavra, o universo dos indivíduos é constituído daquele plano da impessoalidade das leis, decretos e regulamentos na sua aplicação e operação prática.

É nesse espaço que se fortificam os preconceitos (que dificilmente deixam de existir numa sociedade escravocrata como a nossa, marcada pela desigualdade) e as discriminações ganham passagem, pois sempre se pode oscilar de uma concepção à outra, aparentando uma democracia com trato igualitário, mas que no íntimo encontra outras formas de desigualar e discriminar.

Sobre esse aspecto Da Matta conclui

Se o capitalismo é sempre o mesmo em suas linhas gerais, ninguém poderá negar que ele deixa o seu berço e é aplicado em mundos repletos de preconceitos, idéias e valores. Como se realiza o capitalismo diante de diferentes valores culturais? Sem uma resposta a essa pergunta, estaremos fadados a discutir o mundo de um modo cada vez mais distante e mais formalístico. No caso brasileiro, os sistemas globais, de caráter universal, são permeados pelos sistemas de relações pessoais, fato que também tem sido verificado em outras sociedades semitradicionais como a Itália, e Espanha, Portugal e a Grécia, para não falar da América Latina. Aqui, as relações pessoais mostram-se muito mais como fatores estruturais do sistema do que como sobrevivências do passado que o jogo do poder e das forças econômicas logo irá colocar de lado e marginalizar. Ao contrário dessa suposição linear, de tendência evolucionista e racionalista o "Você sabe com quem está falando?" revela a complexa convivência de um forte sistema de relações pessoais, embaraçado a um sistema legal, universalmente estabelecido e altamente racional. Aqui temos a prova de que o sistema legal pode ser sistematicamente deformado pela moralidade pessoal, de modo que sua aplicação não se faz num vazio, mas num verdadeiro cadinho de valores e ideologias.<sup>158</sup>

Com a chegada do século XXI e a nova postura internacional de reparação dos excluídos e de igualdade de oportunidades, é preciso uma reflexão que pondere a existência das discriminações e a efetividade do princípio da igualdade na sociedade brasileira, pois não há mais espaço para o discurso oficial de igualdade perante a lei, que cultua uma falsa cordialidade social (sobretudo quando o assunto é discriminação racial) e silencia sobre as gritantes desigualdades de oportunidades.

---

<sup>158</sup> DA MATTA, 1982, p. 182-183.

## **2.4 Discussão acerca da resolução desse problema no sistema constitucional pátrio**

O governo brasileiro tem se mostrado bastante sensível e maduro à questão das discriminações em nossa pátria.

No conteúdo do *Décimo Relatório Relativo à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (MJ/MRE, 1996), enviado pelo governo brasileiro às Nações Unidas, o Brasil reconhece a existência de práticas discriminatórias que repercutem em todas as instâncias sociais, incluindo-se aí desde relações interpessoais até indicadores de qualidade de vida da população.

Apesar do racismo ser tipificado como crime na Lei n. 7.716 de 05 de janeiro de 1989, existe uma relação de causa entre cor e desigualdades.

No âmbito governamental, porém, “as iniciativas de combate às desigualdades raciais ainda têm um alcance limitado e podem ser mais facilmente identificadas nos documentos e recomendações do que por meio de ações práticas”<sup>159</sup>.

O Ministério da Justiça, criou o Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1998, onde dedica uma seção inteira à apresentação de propostas relacionadas ao tema das desigualdades raciais, onde tiveram crucial importância nos trabalhos a participação do GTI (Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra), que teve criação depois da campanha das organizações do movimento negro na ocasião dos festejos dos 300 anos de Zumbi dos Palmares, em 1995.

---

<sup>159</sup> HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. Cad. Saúde Pública., Rio de Janeiro, v. 18, 2002, p.3.

O governo federal, em julho de 1996, organizou a conferência *Multiculturalismo e Racismo: O Papel da Ação Afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos*. Onde em seu discurso de abertura, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso declarou:

Devemos, pois, buscar soluções que não sejam pura e simplesmente a repetição ou a cópia de outras soluções imaginadas para situações em que também há discriminação e o preconceito, mas em contexto diferente do nosso. É melhor, portanto, buscarmos uma solução mais imaginativa<sup>160</sup>.

Logo após a conferência, começaram os trabalhos do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), seguindo as recomendações que foram levantadas durante a realização do encontro. Várias medidas propostas envolviam algum tipo de programa que possuam Ações Afirmativas, que deveria ser desenhado para promover o acesso de mais negros a empregos e educação.

O documento *Construindo a Democracia Racial*<sup>161</sup>, vem apresentar os "planos de ação que estão sendo ou serão desenvolvidos" no tocante a política públicas.

O documento anteriormente citado, juntamente com o Plano Nacional de Direitos Humanos, vem delinear as diretrizes governamentais para o combate e erradicação das desigualdades raciais no Brasil.

De um modo geral, o Estado brasileiro, nas suas diversas instâncias, efetivamente ainda não demonstrou o comprometimento sério com a diminuição das desigualdades raciais.

Nem mesmo os programas que já vêm sendo implementados. É possível a identificação da insuficiência de recursos materiais e humanos que garantam o bom andamento dos mesmos. Assim como a descontinuidade dos programas para o combate e erradicação das desigualdades raciais e a falta de sensibilidade de

---

<sup>160</sup> Presidente Fernando Henrique Cardoso. Em, Conferência *Multiculturalismo e Racismo: O Papel da Ação Afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos*. julho de 1996. discurso de abertura.

<sup>161</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/RACIAL.HTM](https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/RACIAL.HTM) Acesso em 15 de novembro de 2006.

muitos técnicos e funcionários para incorporar o combate às desigualdades sociais e à discriminação racial no seu cotidiano de trabalho.

Ao longo dos últimos anos, notamos à multiplicação de iniciativas relacionadas ao combate das desigualdades raciais no Brasil. “Na maioria delas possuem entre seus objetivos a promoção da população afro-brasileira. Como é difícil o enquadramento em uma única classificação, dada a pluralidade de atividades desenvolvidas”<sup>162</sup> ,.

Na tentativa de agrupá-las é possível destacar:

os seguintes tipos de organizações: atividades comunitárias, geralmente em favelas ou bairros de periferia, destinadas à promoção social de crianças e jovens, por meio de reforço escolar, de atividades profissionalizantes e de educação voltadas para o exercício da cidadania; atividades de apoio e estímulo a microempresários afro-brasileiros (essa atividade envolve treinamento em conhecimentos ligados à administração empresarial e qualificação profissional) estímulo e ampliação do acesso de afro-brasileiros ao ensino superior: essa atividade se dá principalmente servindo-se da organização de cursos preparatórios (pré-vestibular) para o exame de admissão às universidades brasileiras<sup>163</sup>.

Essas são, entre outras, algumas das iniciativas que muito bem ilustram a existência de uma mobilização nos diversos setores da sociedade no sentido da adoção de políticas de promoção da igualdade.

O Brasil passou por um grande processo de transformação ao longo dos últimos tempos no que tange às relações raciais.

O Brasil, hoje, como um país que possui uma democracia racial é cada vez menos um consenso, e atualmente diferentes setores da sociedade possuem uma política marcada pelo debate sobre o racismo como elemento constitutivo de nossa sociedade.

---

<sup>162</sup> MAGGIE, Yone.; REZENDE, Cláudia. *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

<sup>163</sup> HERINGER, Op.cit, p. 04.

Embora o Brasil tenha presente à auto-imagem de um país homogêneo e indiferenciado, existe progressivamente maior abertura a experiências que procuram beneficiar grupos específicos, historicamente com menor acesso a oportunidades.

Esta realidade atual faz referência a grupos minoritários como as pessoas com deficiência, crianças, idosos, homossexuais, portadores de vírus HIV, e também com relação às mulheres, que nessa última década garantiram um maior acesso a melhores posições no mercado de trabalho e espaços de poder, político e empresarial.

Muito embora esteja longe e estar equilibrado esse quadro, já é possível observarmos um avanço em relação à tornar cada mais justo esse quadro.

No que tange às desigualdades advindas das diferenças étnicas e raciais, o avanço antes mencionado é bem menor, muito embora já seja possível detectar mudanças no que diz respeito a um maior número aceitação de programas que procurem atuar no campo das diferenças raciais e étnicas.

Apesar dessas e de outras iniciativas, é bastante complicado afirmar que a sociedade brasileira possui realmente um compromisso com a diminuição das desigualdades raciais. A grande parte das pessoas simplesmente quando recusa-se a levar raça em consideração quando são verificadas as causas da pobreza e da falta de oportunidades.

Entretanto, existe a percepção de que a maioria dos pretos e pardos são pobres e de que a maioria dos pobres são pretos e pardos<sup>164</sup>. Essa percepção pode transformar-se em um ponto de partida para sugerir a adoção de medidas específicas a alguns grupos.

O debate sobre Ação Afirmativa no Brasil é recente, tendo iniciado debates mais sérios nos últimos cinco anos. De uma maneira geral, os movimentos negros

---

<sup>164</sup> MAGGIE; REZENDE. Op. cit. p. 29.

têm sido os responsáveis mais diretos pela introdução desse tema, trazendo o assunto à baila para um debate público no país.

As políticas públicas afirmativas são alvo de muitas críticas e resistências à sua incorporação, assim como de elogios por outra parte da população, sendo inclusive tidas como o caminho mais rápido e seguro para a existência de equilíbrio social.

É o que veremos no próximo capítulo.

### **3 A POSSIBILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUPERADORAS DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO ENQUANTO AFIRMADORAS E CONCRETIZADORAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

#### **3.1 Delimitações conceituais e jurídicas das políticas públicas afirmativas enquanto espécie de política pública de inclusão social**

O tema das Ações Afirmativas, embora possa parecer recente para nós, brasileiros, já vem sendo alvo de análise desde fins da década de 60, nos Estados Unidos.

É praticamente impossível tal estudo sem a contemplação do enfoque que lhes foi dado nos Estados Unidos, uma vez que são eles os precursores da análise e da sistemática desse tema.

No final da década de 1950, começaram a surgir organizações, como a NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), movimentos pacifistas de lutas pelos direitos humanos e contra o racismo, e grandes líderes, como Martin Luther King Jr., que evidenciavam o descontentamento pelas políticas de descaso com as minorias.<sup>165</sup>

Já nessa época, a Suprema Corte Americana, sob a presidência de Earl Warren, e o Poder Judiciário como um todo, vinham-se manifestando sobre casos concretos envolvendo discriminações.

Tanto que à Suprema Corte Americana tem sido atribuído papel essencial para o progresso e a efetividade das normas de direitos fundamentais, pois seus reconhecimentos pela via judicial, mesmo que direcionados para grupos individuais, tiveram o condão de despertar toda a sociedade para esses direitos.

Dessa forma,

---

<sup>165</sup> Nota Explicativa: o verdadeiro alcance da expressão minorias é alvo de esclarecimentos elaborados adiante ao tratar das críticas às ações afirmativas.

Grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados, mas não participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas e reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não formalizados, expressamente, nos documentos normativos.<sup>166</sup>

Entretanto, os preconceitos eram por demais arraigados, e as tensões sociais cresciam imensamente no país, por isso percebeu-se que apenas decisões isoladas não conseguiriam modificar esse cenário.

Nessa época, o candidato à presidência do Estados Unidos, John Kennedy, comprometeu-se, em seu plano de governo, a promover o acesso das classes minoritárias a setores como educação, saúde e previdência social.

Desse modo,

Visando estabelecer uma igualdade de oportunidades e erradicar a discriminação e o preconceito nas relações mantidas entre governo federal e seus contratantes, ele expediu, apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive order n. 10925, que, afora criar um órgão para fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho (President's Comittee on Equal Employment Opportunity) empregou pela primeira vez em um texto oficial, ainda que com uma conotação restritiva, o termo affirmative action.<sup>167</sup>

Com o assassinato do então eleito Presidente Kennedy, em 22 de novembro de 1963, assume o então Vice-Presidente Lyndon Johnson, que deu continuidade a seus projetos legislativos, destacando-se aprovação do Civil Right Act em dois de julho de 1964, que impunha em seu texto legal algumas observâncias.

Proibição de 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 federal (Título IV); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho calcada em raça, cor, sexo ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo universidades públicas ou privadas (Título VII).<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> ROCHA, 1996, p. 89.

<sup>167</sup> MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.30.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 90.

Mesmo com essas determinações, o setor privado pouco se sensibilizou após a edição do *Civil Righth Act*, por isso percebeu-se a necessidade de adoção de medidas mais agressivas, defendidas pelo Presidente Lyndon Johnson, no seu notável discurso, em 4 de junho de 1965, na *Howard University*, ao indagar "se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdades de condições." <sup>169</sup>

E mais:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões. <sup>170</sup>

Como se vê, já estava plantada a semente para a o movimento que posteriormente ficou conhecido como *affirmative action*.

De acordo com as lições de Barbosa Gomes<sup>171</sup>, no início, as Ações Afirmativas constituíram-se como um mero incentivo à igualdade por parte do Estado, para aqueles que detivessem poderes decisórios na esfera pública ou privada considerassem, quando suas decisões versassem sobre acesso ao mercado de trabalho e à educação, fatores como raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas.

Esse encorajamento tinha por objetivo viabilizar a representação desses grupos no mercado de trabalho e nas escolas.

Essa fase inaugural, que poderíamos chamar de fase anti-discriminatória, previa, regra geral, que o "Poder Público não poderia estabelecer tratamentos desiguais salvo mediante alguma diferenciação satisfatória razoavelmente relacionada ao objeto da regulamentação." <sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> ROCHA, 1996, p. 87

<sup>170</sup> MENEZES, 2001, p.91

<sup>171</sup> GOMES, 1982, p. 47

<sup>172</sup> MENEZES, 2001, p. 61.

Essa fase também é conhecida como fase "Color Blind" (cego para cor), pois compreendia medidas universalistas e neutras que não dessem tratamento preferencial ou beneficiassem grupos específicos.

Na realidade, o Direito comparado conhece essa política pública de combate à discriminação como "políticas governamentais de feições clássicas", usualmente traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação.<sup>173</sup>

Do meio para o final da década de 60, constatou-se que esses procedimentos clássicos de combate à discriminação demonstraram-se ineficazes, pois, ao contrário do que se pensara, as desvantagens sociais não permitiram um equilíbrio natural a partir da igualdade meramente formal.

Por isso, surgiram alternativas mais audaciosas, de políticas de tratamento preferencial, a fim de concretizar a igualdade de oportunidades para as minorias marginalizadas no acesso à educação e ao mercado de trabalho, como explica *Michel Walzer* "Se, porém, na luta pelo reconhecimento não pode haver igualdade de resultados, pode haver (...) igualdade de oportunidades"<sup>174</sup>.

É o caso, por exemplo, de imposição de cotas rígidas, ou cotas cegas, como as denominam os norte-americanos. Além disso, também surgiram idéias de vinculação das Ações Afirmativas ao alcance de metas de representação dos discriminados nos postos de trabalho e nas escolas.

Os ensinamentos de Gomes<sup>175</sup> deixam claro que o cerne do surgimento das Ações Afirmativas norte-americanas, e aqui arriscaríamos a dizer que das demais também, se deu a partir de duas constatações básicas.

---

<sup>173</sup> GOMES, 1982, p. 49.

<sup>174</sup> WALZER, Michel. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da dignidade. São Paulo: Martins fontes, 2003. p. 351

<sup>175</sup> Ibidem.

A primeira constatação é que a mera positivação, mesmo que em dispositivo constitucional, de vedações a discriminações não consegue romper com a tradição cultural de um país e suas implicações já gravadas no imaginário coletivo.

### Segundo Riso Ferrand

Estas políticas son una manifestación del abandono de la postura tradicional de neutralidad que tenía el Estado pasando a intervenir en cuanto sea necesario para asegurar un mínimo de vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales.<sup>176</sup>

A segunda constatação é de que a mudança desse quadro passa obrigatoriamente pela renúncia da neutralidade estatal quanto a questões sociais e a assunção de uma postura ativa para o alcance da efetividade do princípio da igualdade.

A partir dessas premissas, nasceram as Ações Afirmativas nos Estados Unidos e depois se espalharam por diversos países europeus, asiáticos e africanos, que as adotaram respeitando as adaptações necessárias de cada país.

A África do Sul e o Canadá solucionaram os conflitos sobre a adoção das Ações Afirmativas, autorizando-as por meio da incorporação de uma cláusula genérica nas suas Constituições. Contudo, a constituição dos Estados Unidos, país que influenciou Canadá e África do Sul, não contém nenhuma cláusula específica a respeito do assunto.

A Índia, país onde as Ações Afirmativas tiveram um desenvolvimento simultâneo com a experiência norte-americana, teve a preocupação em elaborar uma Constituição, no ano de 1949, que protegesse seus cidadãos contra discriminações por parte do Estado fundadas apenas em religião, raça, casta, sexo ou local de nascimento em seu décimo quinto artigo.

---

<sup>176</sup> RISSO, Martin. *Derecho Constitucional*. Montevideu: Ingranusi, 1998. p.192.

Article 15 Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth

(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.

(2) No citizen shall, on ground only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to –

(a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained whole or partly out of State funds or dedicated to the use of general public.

(3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.

(4) Nothing in this article or in clause (2) or article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.<sup>177</sup>

Todavia, o alcance efetivo do artigo só foi possível após a emenda da Constituição que acrescentou a ele:

Nada no presente artigo ou na cláusula 2 do artigo 29 impedirá o Estado de elaborar qualquer disposição especial para o progresso de qualquer classe social e educacionalmente atrasada de cidadãos ou das castas Programadas ou Tribos Programadas.<sup>178</sup>

Entretanto, a Índia continuou, durante um longo tempo, tentando conciliar os programas de Ações Afirmativas, admitidos pela sua Constituição, com o Princípio da Igualdade perante a lei.

Até que, em 1975, a Suprema Corte da Índia determinou de vez que "em determinadas situações, a ação afirmativa e o princípio da igualdade são perfeitamente compatíveis".<sup>179</sup>

O Estado, então, passou a implementar medidas de proteção às classes minoritárias e às menos favorecidas econômica e culturalmente.

A Malásia, após sua independência no ano de 1957, adotou uma norma em sua Constituição que favorece o povo nativo<sup>180</sup>, utilizando o texto constitucional indiano como referencial.

<sup>177</sup> Disponível em: <http://www.indianembassy.org.br/port/constitution.htm> Acesso em: 07 de novembro de 2006.

<sup>178</sup> MENEZES, 2001, p. 42

<sup>179</sup> Idem.

O Brasil, entretanto, embora seja

O país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, recentemente começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão sobre o tema e a necessidade do rompimento da neutralidade do Estado, com a conseqüente promoção da igualdade através da implementação de Ações Afirmativas.<sup>181</sup>

Como podemos observar, as Ações Afirmativas são o resultado de uma evolução na concepção das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivos, que, via de regra, só oferecem a suas vítimas soluções reparatórias posteriores à discriminação efetiva.

Assim, firma-se a percepção de que não basta proibir, é preciso também promover políticas que viabilizem respeito aos princípios da diversidade e do pluralismo. Tais políticas são capazes de transformar gradativamente os preconceitos e os comportamentos arraigados na sociedade, seja pela tradição, seja pelos costumes, seja pela história.

Com isso podemos entender o seu conceito, consoante Menezes<sup>182</sup>, como

Medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

É importante observar que as Ações Afirmativas não se restringem a uma modalidade<sup>183</sup>, outrossim, compreendem "um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas, elaboradas para equilibrar aqueles competidores que se encontram em

---

<sup>180</sup> Kuala Lumpur es la anfitriona permanente de tres culturas (malaya, china e hindú), que interactúan diariamente de manera pacífica. Según la Constitución Malaya, los bumiputras, son los verdaderos malayos, aquellas personas que "profesan el islam, hablan bahasa melayu habitualmente, conservan las tradiciones malayas, y poseen por lo menos un padre nacido dentro de la Federación de Malasia antes de la independencia del 31 de agosto de 1957." Aunque la Constitución no lo especifica, las mujeres bumiputra cubren sus cuerpos con vestidos largos de manga larga, decorados con enormes flores coloridas, y esconden sus cabellos con pañuelos que combinan con su vestimenta. Disponível em : <http://www.clarin.com/suplementos/viajes/2006/09/17/v-02401.htm>. Acesso em : 07 de novembro de 2006.

<sup>181</sup> GOMES, 1982, p.37-38.

<sup>182</sup> MENEZES, 2001, p. 25.

<sup>183</sup> Nota Explicativa: Reforça-se, de acordo com declaração do Programa Nacional de Direitos Humanos Brasileiro, que "ação afirmativa não é sinônimo de cotas".

situação de desigualdades resultante de práticas discriminativas negativas presentes ou passadas.”<sup>184</sup>

De acordo com o Affirmative Action Review<sup>185</sup>, as Ações Afirmativas podem ser efetivadas através de várias técnicas ou recursos e são empregadas, nos Estados Unidos, em diversas áreas, como "contratação de empregos, admissão em instituições de ensino superior, contratação com o Poder Público e moradia". Em outros países do mundo, as Ações Afirmativas têm sido aplicadas para ampliar a participação da mulher no preenchimento de cargos eletivos.

No Brasil, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH – conceitua Ação Afirmativa como:

um mecanismo que se define como um processo de transformação ampla e planejada a fim de assegurar uma representação igualitária em termos de raça e gênero no mercado de trabalho, e de identificar e suprimir, no seio da administração pública e privada, todas as práticas suscetíveis de serem discriminatórias<sup>186</sup>.

Devido a essa classificação, como um processo de transformação, o PNDH preocupou-se em elaborar um Programa de Ação<sup>187</sup> que inicia por um diagnóstico da situação, seguido da elaboração de objetivos visados; determinação do cronograma, já que medidas são adotadas em caráter temporário; estipulação de medidas, que podem ser corretivas, fornecendo tratamentos privilegiados ou vantagens, ou medidas de igualdade de oportunidades, eliminando práticas que obstam a igualdade e, finalmente, fixação dos modos de controle e de avaliação dos resultados.

Joaquim Barbosa Gomes vai além ao salientar o caráter público ou privado das Ações Afirmativas, bem como a sua exigibilidade de cumprimento obrigatória ou opcional. Vejamos sua definição<sup>188</sup>:

---

<sup>184</sup> MENEZES, 2001, p. 25.

<sup>185</sup> Relatório atual apresentado por uma comissão constituída pelo Presidente Clinton especialmente para estudo das ações afirmativas.

<sup>186</sup> Instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996.

<sup>187</sup> Proteção do Direito a Tratamento Igualitário Perante a Lei.

<sup>188</sup> ROCHA Carmen. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, 2000 nº 15 p. 85.

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.

Esse conceito, ao colocar em relevo a abrangência das Ações Afirmativas também para programas de iniciativa voluntária e espontânea por parte de empresas privadas, dissipa um equívoco freqüente de que as medidas afirmativas estariam adstritas a iniciativas oficiais ou programas previstos em lei.

Por fim, merece destaque o conceito de ação afirmativa da professora Rocha<sup>189</sup>, teórica de Direito Público:

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 engravados na cultura dominante na sociedade. Por essa 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.

E diz mais:

Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados.

Vale ainda salientar sobre a idéia de discriminação pretérita, que como dito anteriormente, necessitaria de ações para corrigir discrepâncias do passado, teve entendimento jurisprudencial nos Estados Unidos.

---

<sup>189</sup> ROCHA. 2000, p. 85.

Ronald Fiscus relata “que, em 1989, no julgamento do caso *City of Richmond versus J. A Croson Company*, decidido pelo voto-desempate do Ministro Kennedy, a Suprema Corte norte americana declarou inconstitucional postura municipal que canalizava 30% do orçamento público da construção civil para empresas contratadas que fossem de propriedade de integrantes de minoria”.

É necessário ressaltar que grande parte da Suprema Corte americana fez questão de ressaltar que Ações Afirmativas só podem ser justificadas quando houver ocorrido, no passado, discriminação a grupos específicos e passível de identificação para que se possa utilizar as Ações Afirmativas.

Destaca, ainda, que, antes de tal julgamento, havia dúvidas da utilização de uma avaliação genérica a ser utilizada da seguinte forma:

Previously, it had been uncertain whether a general racial proportionality might be used as a benchmark and/or justification for affirmative action quotas in particular cases. The Richmond case signaled, more unambiguously than any early case had, the Court’s antipathy to general racial proportionality, either as a benchmark or as a justification for any given affirmative action plan.<sup>190</sup>

Neste mesmo diapasão deve-se atentar ainda a outros critérios. Se, para o mesmo fim lícito de equiparação material, houver outras medidas adequadas que tornem dispensáveis as quotas elas serão elas incompatíveis com o princípio da igualdade, porque não serão necessárias.<sup>191</sup>

Segundo Fiscus “seria lícito que a maioria suporte algum ônus ou sacrifício para que a igualdade material seja implementada”.

Torna-se importante frisar que isso não significa uma tolerância plena, sem se levar em consideração qualquer ônus.

---

<sup>190</sup> Livre tradução: Anteriormente, era incerto se uma proporção geral racial poderia ser usada como parâmetro ou justificação para quotas de ação afirmativa em casos particulares. O caso Richmond assinalou, de forma mais hialina que qualquer outro precedente, a antipatia da corte para com a proporcionalidade racial geral, seja como parâmetro ou como justificação. FISCUS, Ronald. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Londres e Durban: Duke University Press, 1992, p. 2.

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 209.

The most distinguishing characteristic of this affirmative action jurisprudence is that only 'some of the burden' may constitutionally be placed on these 'innocent persons'. For these justices, affirmative action was acceptable in hiring but not in firing.<sup>192</sup>

Segundo Ronald Dworkin, é importante implementar uma discriminação positiva que, ao decorrer do tempo torne-se o critério passível de discriminação menos relevante.

Muitas vezes se diz que os programas de ação afirmativa têm como objetivo alcançar uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles, como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Essa é uma análise incorreta. A sociedade norte-americana, hoje, é uma sociedade racialmente consciente; essa é a consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. (...) Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.<sup>193</sup>

Dworkin referia-se à discriminação positiva do caso *BAKKE*, porém suas idéias poderiam ser utilizadas generalizadamente em face do princípio do pluralismo.

A implementação de quotas, portanto, só se justifica se temporária, destinada a corrigir uma distorção e a fazer com que o critério discriminatório, ao longo do tempo, seja dissolvido.

### **3.2 Políticas públicas afirmativas e compatibilidade com o princípio da igualdade e sua pressuposição recíproca na principiologia constitucional de 1988**

Sem sombra de dúvida, a finalidade essencial das Ações Afirmativas é implementar a igualdade material na realidade concreta, já que apenas a adoção da igualdade formal não consegue esse alcance.

---

<sup>192</sup> Livre tradução: A característica mais marcante da jurisprudência sobre ação afirmativa é que somente alguns sacrifícios e ônus podem ser impostos constitucionalmente a pessoas inocentes. Para os juízes da Suprema Corte, a ação afirmativa era aceitável na contratação de pessoal, mas não na demissão. FISCUS, 1992, p. 6.

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martis Fontes, 2000, p. 439.

Entretanto, dizer que o objetivo fundamental das Ações Afirmativas é a busca do alcance da igualdade efetiva talvez importe numa debilidade semântica, como já teve oportunidade de manifestar-se José Renato Nalini:

Utilizar-se em demasia certas expressões faz com que seu sentido perca a intensidade (...) isso ocorre com Justiça, Liberdade, Igualdade e também com a Ética.(...) O núcleo comum de todas elas é sua evidente carga emocional. São expressões que transbordam de sentimento. Não guardam enunciado singelo. Encerram a complexidade característica às questões filosóficas. Reforçam a convicção de que o objeto próprio da filosofia é o estudo sistemático de noções confusas. Com efeito, quanto mais uma noção simboliza um valor, quanto mais numerosos são os sentidos conceituais que tentam defini-la, mais confusa ela parece.<sup>194</sup>

Por isso, falar em mudanças que visem ao alcance efetivo da igualdade é falar necessariamente em alterações de comportamentos e de valores sedimentados no inconsciente social.

Segundo Clóvis Azevedo: “As Ações Afirmativas rompem com a visão liberal clássica que reduz o campo dos direitos à letra morta da igualdade dos desiguais perante a Lei.”<sup>195</sup>

Compreendido dessa maneira, o alcance do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, enquanto vitória sobre as discriminações, tem nas Ações Afirmativas uma grande aliada, à medida que elas podem ser consideradas um referencial em matéria de instrumento capaz "de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher.”<sup>196</sup>

Em outras palavras, quando o assunto versa sobre discriminação, a história já demonstrou que não basta apenas a estipulação de normas proibitivas; é necessário que ocorra uma promoção de estratégias capazes de modificar idéias fortemente arraigadas pela tradição, pelos costumes e pelo desenrolar histórico.

---

<sup>194</sup> NALINI, Jose Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 6.

<sup>195</sup> AZEVEDO, Clóvis. *Políticas afirmativas e inclusão social*. N. 22. Porto Alegre: ArtMed, 1997, p. 46.

<sup>196</sup> GOMES, 1982, p. 44.

Em consequência disso, a adoção de determinadas Ações Afirmativas representa também a promoção dos princípios da diversidade e do pluralismo, visto que são atividades de caráter de exemplaridade, pois, à medida que vão penetrando no imaginário coletivo, tendem a reduzir certas práticas discriminatórias, que não condizem com uma sociedade pluralista e rica em diversidade, como é o caso da sociedade brasileira.

Desse modo, pode-se dizer que as Ações Afirmativas têm também como característica assegurar a representação mais equânime e harmônica dos diversos grupos sociais nas atividades públicas e privadas. O que se vê atualmente é uma acentuada desigualdade, em que grupos minoritários são excluídos de certas áreas, enquanto em outras estão bastante representados.

Desse modo, as Ações Afirmativas têm como objetivo na visão de Gomes não somente coibir a discriminação presente, mas sobretudo

eliminar os "lingering effects", isto é, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada discriminação estrutural, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.<sup>197</sup>

Na perseguição desse objetivo, as Ações Afirmativas tem-se mostrado especialmente eficazes na quebra das "Glass Ceiling"<sup>198</sup>, que são barreiras artificiais e invisíveis que impedem o acesso das minorias discriminadas em posições de mando e de prestígio na órbita econômica privada.

As Ações Afirmativas visam também fomentar certas personalidades emblemáticas, os chamados "role models"<sup>199</sup>, que representam simbolicamente exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Ou seja, os "role models" servem de incentivos para os representantes jovens de minorias como prova viva de que é

---

<sup>197</sup> GOMES, 1982, p. 47.

<sup>198</sup> A expressão "Glass Ceiling" foi cunhada pelos norte-americanos para designar barreiras invisíveis.

<sup>199</sup> A expressão "role models", também criada pelos norte-americanos, designa modelo a ser seguido, paradigmas para as minorias. (Idem, p. 41)

possível sonhar e concretizar projetos de vida. Ou então, como é possível vencer a discriminação na luta, na qual o preconceito é o maior inimigo.

Por fim, Gomes<sup>200</sup> aponta como mérito das Ações Afirmativas o seu caráter preventivo ou antecipatório, ao contrário das políticas governamentais antidiscriminatórias, pois não atuam apenas como instrumentos jurídicos reparatórios após o dano, ou fato discriminador, outrossim:

Visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido e da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

A discussão a respeito do princípio da igualdade, do qual derivam as Ações Afirmativas, já foi objeto de inúmeras especulações filosóficas, por isso diversos filósofos atribuem aos seus postulados os fundamentos das ações afirmativas.

No entanto, para fins desse estudo, duas teorias destacam-se como bases filosóficas das ações afirmativas: a teoria da justiça compensatória e a teoria da justiça distributiva.

Em linhas gerais, a teoria da justiça compensatória considera que descendentes de grupos ou de categorias de pessoas que foram vítimas de discriminação no passado, devido à adoção de políticas de subjugação, como é o caso da escravidão, recebem um injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado no presente.

Isto é, a discriminação sofrida por gerações passadas transmite-se e afeta indubitavelmente as gerações futuras. Por isso, a justiça compensatória reveste-se de um caráter restaurador ou reparador de injustiças. Conforme esclarece Jules Coleman:

---

<sup>200</sup> GOMES, 1982, p. 41.

A justiça compensatória, portanto, cuidaria de restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário delas em uma transação que resultou em ganho para o violador e perda para a vítima.<sup>201</sup>

Para a teoria da justiça compensatória, as ações afirmativas representam o resgate das chances de acesso a emprego e prestígio que as vítimas das discriminações históricas teriam naturalmente, não fossem as discriminações ocorridas. Sendo assim, as Ações Afirmativas justificam-se sob esse ponto de vista filosófico, tanto que diversas vezes foi invocado pela Suprema Corte Americana nas suas avaliações<sup>202</sup>.

A teoria da justiça distributiva remonta a Aristóteles e repousa na idéia de igualdade proporcional, exigida pelo bem comum na distribuição dos ônus, direitos e vantagens entre as pessoas, que pode vir a ser promovida por meio de Ações Afirmativas. Nessa visão,

A simples existência de desigualdades injustificáveis na sociedade -e, por decorrência, na distribuição da justiça, como, por exemplo, a posição de inferioridade a que os negros e as mulheres podem ser relegados apenas em função da raça ou do sexo -seriam suficientes para autorizar, por si só, a implantação de políticas de ação afirmativa<sup>203</sup>

Para a teoria da justiça distributiva, as Ações Afirmativas acenam como importantes instrumentos de redistribuição dos direitos e das oportunidades retirados de certos grupos apenas em decorrência de discriminações. Contrário senso, negar, por exemplo, a premissa da evolução das mulheres e dos negros não fosse o sexismo e o racismo, seria o mesmo que "sustentar que os grupos marginalizados seriam dotados de uma inferioridade congênita." <sup>204</sup>

Modernamente, contribui para o enaltecimento da teoria distributiva a adesão de Ronald Dworkin, como vimos anteriormente, defendendo a ação afirmativa pelo prisma distributivo, mas vislumbrando um cunho utilitarista.

---

201 COLEMAN, Jules. Apud GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 62.

<sup>202</sup> Nota Explicativa: No entanto sob ponto de vista jurídico essa teoria sofre críticas, assunto que será abordado no tópico relativo às críticas às ações afirmativas.

<sup>203</sup> MENEZES, 2001, p. 38.

<sup>204</sup> GOMES, 1982, p. 68.

Segundo sua doutrina, as ações afirmativas, além de promoverem a inserção de determinados grupos excluídos na sociedade, acarretam, conseqüentemente, a redução das desigualdades sociais e promovem o bem-estar geral.

Por si só tal procedimento já justifica os custos e sacrifícios que terão de sofrer os não beneficiados pelas políticas de ação afirmativa, pois esses sacrifícios "revertem em favor de um bem maior (distribuição da justiça) que alcança toda a comunidade, visto que uma sociedade igualitária tende a ser uma sociedade mais justa." <sup>205</sup>

Além disso, Dworkin também defendeu a ação afirmativa, quando a avaliou apenas sob o enfoque jurídico, pois, segundo ele,

o princípio da igualdade, assegurado pela Constituição e pela legislação federal, impede não apenas a chamada discriminação subjetiva (discriminação declarada e deliberada contra determinados grupos e indivíduos), mas também a discriminação estrutural de padrões sociais e econômicos arraigados na sociedade norte-americana, em função de injustiças praticadas durante gerações, de baixas expectativas, de educação deficiente e de preconceitos instintivos, que influenciam as perspectivas de vida das pessoas. <sup>206</sup>

Nesse aspecto, a ação afirmativa pode ser considerada como uma estratégia de combate contra a discriminação estrutural "moralmente legítima e admitida juridicamente como uma meta pública cogente". <sup>207</sup>

De qualquer forma, dependendo do enfoque que se queira dar, quer seja sob o argumento da justiça compensatória, quer seja da justiça distributiva, a ação afirmativa tem-se mostrado pertinente aos fins para os quais se originou, sobretudo no cenário norte-americano.

Ademais, a discussão promovida por Dworkin trouxe o esclarecimento: "o grande desafio da ação afirmativa no plano constitucional, ou seja, a sua

---

<sup>205</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. USA: Harvard University Press, 1996, p.147-162.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 148.

compatibilização com o princípio da isonomia, quase sempre presente nas Constituições dos Estados, e os direitos individuais dele decorrentes.”<sup>208</sup>

Modernamente, embora o combate às desigualdades que sejam oriundas de práticas constantes de algum tipo de discriminação negativa ainda seja a justificativa para a adoção de um tratamento diferenciado em prol de específicos grupos sociais, alguns grupos antevêm a justificativa mais ampla para a adoção de Ações Afirmativas, conforme salienta Menezes, por alguns segmentos da doutrina e do Poder Judiciário norte-americano.

Sustentam (como motivação válida e legítima para o emprego dessas políticas) a promoção de uma maior diversidade social, mediante a ascensão e o fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade, independentemente das causas que originaram tal quadro.<sup>209</sup>

Com certeza, a crítica mais comum e recorrente às Ações Afirmativas é a de que elas seriam uma subversão ao princípio da igualdade, já que permitem justamente um tratamento diferenciado tornando como parâmetro discrimens, mormente, proibidos pela Constituição.

Sem dúvida, as pessoas contrárias as Ações Afirmativas, enquanto mecanismo que fere o princípio da igualdade, estão a considerá-la apenas no âmbito de sua dimensão formal, em detrimento da sua acepção material, que determina adoção racional de tratamento diferenciado quando a realidade fática assim o exigir.

É Fábio Konder Comparato, em sinonímia com as idéias de Dworkin<sup>210</sup>, quem melhor responde a essa crítica:

Os críticos que assim se pronunciam parecem desconhecer o fato óbvio de que objeto da isonomia é a igualdade de normas, enquanto as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais. No primeiro caso, a igualdade é um pressuposto de aplicação concreta da lei; ao passo que, no segundo, ela é uma meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>211</sup>

<sup>208</sup> MENEZES, 2001, p. 40.

<sup>209</sup> Idem.

<sup>210</sup> Nota Explicativa: Conforme já se teve oportunidade de demonstrar nesse trabalho, Dworkin afirma que o princípio da igualdade informa a vedação à discriminação estrutural.

<sup>211</sup> COMPARATO, 1993, p. 77-78.

Portanto, para que se possam tratar as pessoas de forma igual, é necessário que haja o paradigma, e que esse esteja no mesmo patamar de igualdade, caso contrário é admissível a adoção de políticas de ação afirmativas de cunho temporário e fundadas em discriminações positivas.

A segunda grande crítica que se faz às Ações Afirmativas encontra o cerne na teoria da justiça compensatória.

De acordo com os críticos dessa corrente, a adoção de Ações Afirmativas fundadas nas idéias de compensação histórica enseja falhas no plano jurídico, ao mesmo tempo em que provoca uma discriminação reversa, pois nesses moldes “a ação afirmativa representaria um ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas, a grupos sociais identificados ou identificáveis”<sup>212</sup>.

E como envolve um dano, via de regra, deveria comportar de um lado quem sofreu o dano e de outro quem o causou. No entanto, na realidade fática, essas políticas de Ações Afirmativas beneficiam grupos determinados, que não são necessariamente compostos por quem sofreu a discriminação.

Além disso, podem criar vítimas inocentes, que não estão no abrigo da ação afirmativa que são prejudicadas mesmo sem culpa, pois, normalmente, não são as responsáveis pela discriminação compensada.

Paulo Lucena de Menezes responde a essa crítica, ressaltando que as discriminações históricas não se limitam a algumas pessoas, mas atingem sistematicamente todos os indivíduos pertencentes às classes discriminadas, como, por exemplo, os negros. Por isso, não se faz obrigatória a individualização das vítimas ou dos responsáveis pela discriminação”<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> MENEZES, 2001, p. 35.

<sup>213</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. 1 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 34.

Além disso, embora o argumento da "vítima inocente" (endereçado à fundamentação compensatória) seja muito utilizado pelos opositores das Ações Afirmativas, a teoria da justiça compensatória não exaure os fundamentos para a adoção de Ações Afirmativas, como já foi abordado nesse trabalho.

Em conformidade com a visão utilitarista de Dworkin, mesmo que individualmente e de forma imediata alguém sofra prejuízo, deve-se considerar a utilidade social das Ações Afirmativas, porque elas apontam para o benefício da coletividade.

Ainda, algumas opiniões mais radicais consideram que ainda que, embora proceda a argumentação de que a Ação Afirmativa provoque uma discriminação reversa, ela faz-se necessária, por um determinado tempo, a fim de se alcançar a superação de discriminações que se sedimentaram ao longo dos séculos.

Nesse sentido, Menezes<sup>214</sup> salienta a importância desse debate, "pois traz à tona a questão dos limites temporais das Ações Afirmativas". Segundo o autor, a doutrina, de um modo geral, põe em relevo o caráter temporário dessas medidas corretivas, que devem durar até que se alcance o ponto de equilíbrio objetivado.

Diga-se, a propósito, que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), sensível ao tema, não deixa dúvidas quanto à sua transitoriedade, no seu art. 4º, inciso I, que dispõe:

A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher 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 oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> MENEZES, 2001, p.36.

<sup>215</sup> Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 4º, inciso I.

Uma terceira espécie de crítica, talvez uma das mais comuns no Brasil, diz respeito à imposição do sistema de cotas rígidas, isto é, a fixação de um número determinado de lugares reservados em favor de membros de um grupo beneficiado.

Infelizmente, o sistema de cotas cegas, como é conhecido nos Estados Unidos, iniciou o debate sobre as Ações Afirmativas no Brasil, de tal modo que se estabeleceu uma confusão entre reserva de cotas e Ação Afirmativa, a tal ponto de se tomar uma pela outra (tanto que os esparsos projetos de leis representados no congresso versando sobre ação afirmativa incorrem geralmente nesse erro).<sup>216</sup>

Na verdade, o sistema de cotas é apenas um dos modos de implementação de ação afirmativa. Aliás, esse sistema "praticamente não é utilizado nos Estados Unidos, na atualidade, por ser considerado inconstitucional."<sup>217</sup>

Entretanto, o modelo norte-americano admite o sistema de metas (goals)<sup>218</sup> como forma legítima de ação afirmativa, mas as metas também são alvo de muitas críticas, pois em abstrato não se consegue diferenciá-las do sistema de cotas, razão pela qual a prática norte-americana resolveu o problema excluindo do plano os sistemas de cotas por inconstitucionalidade e avaliando, caso a caso, outros mecanismos que se enquadram nesse conceito, sem adotar, contudo, a fixação de cotas.

É o caso, por exemplo, da oferta de treinamento específico para pessoas de certos grupos tendendo a corrigir deficiências educacionais e facilitar-lhes a ascensão profissional.

---

<sup>216</sup> A título ilustrativo do sistema de cotas, veja-se o art. 289 da Constituição Estadual da Bahia que prevê: "sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma de raça negra."

<sup>217</sup> MENEZES, 2001, p.31.

<sup>218</sup> "Estabelecer uma meta é visar à realização futura de certa proporção de negros para brancos, ou mulheres para homens, numa determinada força de trabalho ou programa de universidade.(...) Uma meta pode ser flexível ou inflexível. As quotas exigem que um determinado número ou proporção de bens a serem alocados seja distribuído segundo outro critério que não, ou em adição a, qualificações educacionais ou profissionais". (apud MENEZES, 2001, p. 32)

Além disso, conforme aponta Menezes<sup>219</sup>, “as pesquisas mais recentes revelam que o sistema de cotas não conta com a aprovação da opinião pública, enquanto o mesmo não ocorre com outros tipos de Ações Afirmativas”.

Uma crítica não muito recorrente diz respeito à adoção de programa de Ação Afirmativa que privilegia grupos que não representam as minorias na sociedade, porque existe uma confusão doutrinária no que tange a equiparar ação afirmativa e direito de minorias. No entanto, Rocha esclarece que:

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 detêm 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 aqueles que detêm o Poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa (...) a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor números de pessoas.<sup>220</sup>

Antes, nesse caso, uma minoria pode ser um contingente grande, que na prática supera o que estabelecemos como maioria, porém não no respeito. Assim os negros e as mulheres no Brasil, que taxados como minorias, mas que representam maior número de pessoas que integram a sociedade brasileira.

Nesse diapasão, explicita Alain Tourreine:

A liberdade foi concebida como a derrubada das minorias pela maioria. Hoje ela é defendida como o reconhecimento dos direitos sociais e culturais das minorias, portanto da diversidade, e do direito de cada um ser ele-mesmo e de combinar seus valores e suas formas de ação com os utensílios da razão instrumental. A justiça foi, inicialmente, concebida como a igualdade de todos perante a lei e como a destruição de privilégios; em seguida, foi defendida como a equidade, dando a cada um o que lhe é devido, cujo ponto de equilíbrio só pode ser determinado por um debate democrático, por vias legais ou contratuais. Cada vez mais, sua maneira de ser é diretamente ética, como o respeito dos direitos fundamentais<sup>221</sup>.

Não cabe alegar que as Ações Afirmativas devem beneficiar grupos em desvantagem numérica. Outrossim, o verdadeiro requisito para o benefício da ação

---

<sup>219</sup> MENEZES, 2001, p.33.

<sup>220</sup> ROCHA, 1996, p. 87.

<sup>221</sup> TOURREINE, Alain. Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 353.

afirmativa é que "o grupo beneficiado não se encontre em posição dominante, sendo reconhecida a existência, contra ele, de algum tipo de desvantagem ou discriminação."<sup>222</sup>

Além dessas principais críticas, existem outras que se manifestam de forma esparsa:

A alegação de que as desigualdades são oriundas apenas de um problema econômico, redundante em uma falácia, pois não consegue explicar o porquê de pessoas de mesmas condições econômicas receberem tratamentos diferenciados, quando presentes diferenças como cor ou sexo.<sup>223</sup>

É o caso de alguém em cargo superior que impede a promoção de uma funcionária, justificando a dificuldade que os demais funcionários teriam de aceitar uma mulher como superior hierárquico.<sup>224</sup>

Existem algumas críticas que se fundamentam no argumento meritocrático de que o livre arbítrio gera o mérito individual, ao passo que as Ações Afirmativas beneficiam aqueles que não se esforçaram. É Rocha quem melhor responde essa crítica ao afirmar que

A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem deixar o direito desse ao desabrigo -tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos e oportunidades gerais para a obtenção das condições necessárias para cada qual segundo sua vocação à competição e à coordenação de todos.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> MENEZES, 2001, p.34.

<sup>223</sup> Uma pesquisa da Fiocruz/Prefeitura do Rio de Janeiro constata que os hospitais são mais cuidadosos com o pré-natal da gestante branca do que da gestante negra. A diferença foi verificada até mesmo quando as entrevistadas (brancas e negras) pertenciam à mesma classe social e tinham o mesmo nível de escolaridade. Conforme dados retirados do Correio Braziliense, em 31/05/2002. disponível em: [http://www.uniethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/Reflexao8\\_web.pdf](http://www.uniethos.org.br/_Uniethos/Documents/Reflexao8_web.pdf). Acesso em : 12 nov 2006.p.6.

<sup>224</sup> Exemplo retirado do PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Brasil, Gênero e Raça: Todos Unidos pela Igualdade de Oportunidades. Brasília: MTb/Assessoria Internacional, 1998, p.16.

<sup>225</sup> ROCHA, 1996, p. 99.

A Constituição Federal de 1988 não faz menção expressa de autorização da abordagem das Ações Afirmativas, como faz, por exemplo, a Constituição adotada pela Namíbia em 1990<sup>226</sup>. Todavia a mudança de postura no tratamento do princípio da igualdade, já mencionada nesse trabalho em capítulo anterior, permite afirmar que se passou de um conceito estático e negativo para um conceito democrático e dinâmico, ou seja, da mera proibição da discriminação avançou-se para o dever de promoção da igualdade.

A propósito, nessa espécie de mudança, o Brasil tem seguido uma progressão comum à maioria dos países que adotaram programas de Ações Afirmativas. Conforme destaca Menezes<sup>227</sup>, “a ação afirmativa normalmente se apresenta em três estágios temporais: primeiro há no país a consagração da igualdade perante a lei”; seguida da repressão no âmbito penal, quando se intensifica, então, a criminalização de práticas discriminatórias, para, por fim, haver a implementação de Ações Afirmativas na correção das distorções sociais.

Verifica-se, no Brasil, a consagração do princípio da igualdade formal no art. 5º caput da Constituição Federal, bem como, a disposição, ao longo da Constituição, de diversos artigos que se inclinam para a busca da igualdade efetiva e aceitam, implicitamente, a postura afirmativa, como nesses exemplos relacionados por Menezes<sup>228</sup>;

---

<sup>226</sup> O art. 23 §2º assim dispõe: "Nada constante no Art. 10 do presente (igualdade perante a lei) impedirá o Parlamento de aprovar legislação que possibilite .direta ou indiretamente o desenvolvimento de pessoas dentro da Namíbia que tenham estado socialmente, economicamente ou educacionalmente, em desvantagem devido a leis ou práticas discriminatórias passadas, ou a implementação de políticas ou programas voltados para a correção de desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais na Namíbia, oriundos de leis ou de práticas .discriminatórias passadas, ou para alcançar uma estrutura equilibrada do serviço público, força policial, força de defesa e do serviço carcerário." (MENEZES, 2001, p.29)

<sup>227</sup> MENEZES, 2001, p. 37

<sup>228</sup> Apud

A contemplação de punição a qualquer discriminação atentatória dos (art. 5º, XLI); o repúdio ao racismo nas relações internacionais (art. 4º, VIII), denominando sua prática como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII);

A afirmação da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I), corroborado nas relações conjugais (art. 226, § 5º), mas ressalvando-se exceções constitucionalmente previstas de tratamentos desiguais em decorrência das diferenças físicas, como é o caso da licença à gestante (art. 7º, XVIII), ou de tratamento diferenciado específico para proteção da mulher no mercado de trabalho, que alguns autores<sup>229</sup> apontam como verdadeira ação afirmativa (art. 7º, XX);

A estipulação da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X);

A obrigação da União, dos Estados, do Distrito Federal, com competências concorrentes, de legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) e ainda a vedação de discriminação ao deficiente no que toca a salários e a critérios de admissão no trabalho (art. 7º, XXXI), salvo estipulação de discriminação positiva como a reserva de vagas na administração pública (art. 37, VIII) e a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meio de subsistência (art. 203, V);

O primado pela igualdade de condições para acesso e permanência na escola (art. 206, I).

Não obstante, a norma constitucional está aberta à recepção das Ações Afirmativas e também as normas jurídicas brasileiras infraconstitucionais têm cuidado em dar aplicação plena ao princípio da igualdade. Somente a título ilustrativo, citam-se as seguintes:

A lei nº 8.112/90, que fixa, nos concursos públicos, a reserva de 20% das vagas a deficientes físicos;

A Lei eleitoral de nº 9.504/97, que estabelece, em relação aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo;

A Lei das licitações de nº 8.666/93, que permite a contratação, com dispensa de licitação, de associações que não possuam fins lucrativos, e de portadores de deficiência física;

A Lei nº 8.213/91, que fixa proporções de contratações de portadores de deficiência física, obrigatoriamente, a empresas com cem ou mais empregados;

<sup>229</sup> Nesse sentido aduz MELO, 1998, p. 97.

O Projeto de Lei n° 650/99, de iniciativa do Senador José Sarney, que visa estipular cotas, pelo prazo de 50 anos, para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior nas universidades públicas e particulares<sup>230</sup> e aos contratos de financiamento ao estudante do ensino superior<sup>231</sup>.

O Projeto de Lei n° 298/99, proposto pelo Senador Antonio Paes de Barros, que visa estabelecer reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos da rede pública de ensino.

Além disso, conforme traz ciência Melo:

No âmbito de Proteção Internacional dos Direitos Humanos (ONU e OEA), no qual o Brasil se insere, por ter ratificado Tratados que inserem no âmbito interno a possibilidade jurídica da ação afirmativa e por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, também está prevista a possibilidade da ação afirmativa.<sup>232</sup>

Nessa mesma vertente, tanto a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher preocupam-se em esclarecer que as medidas de ação afirmativa não podem ser consideradas discriminações.

A partir dessas previsões, as ações afirmativas têm-se disseminado em diversos pontos do país. No entanto, em face da sua fragmentação, a implementação não tem acontecido na forma de programas estruturados ou políticas de largo alcance, outrossim tem-se dado como acontecimentos isolados, enfraquecidos, desordenados e, mormente se pode constatar, somente na modalidade de reserva de cotas.

Em decorrência disso, os conflitos crescem, as controvérsias não se esclarecem, e as decisões sobre assuntos semelhantes recebem um arcabouço de decisões desencontradas, a tal ponto que uma política de ação afirmativa

---

<sup>230</sup> Apenas 2% da população de afro-descendentes, que chegam quase à metade dos brasileiros, têm diploma de curso superior, de acordo com dados do MEC colhidos em 2000.

<sup>231</sup> Dados retirados do Correio Braziliense, 18/04/2002.

<sup>232</sup> MELO, 1998, p. 95.

recepcionada por mais de um estado em suas constituições estaduais, é tachada de inconstitucional em outros. É o caso da publicidade oficial composta por percentuais de negros, por exemplo, constitucionalmente prevista na Bahia (art. 289) e na legislação municipal do Rio de Janeiro (Lei nº 2.325/95) e São Paulo (Lei nº 12.353/97), porém vetada no Mato Grosso do Sul por inconstitucionalidade.<sup>233</sup>

De acordo com estudo realizado pelo Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, essas são algumas das medidas de ação afirmativa vigentes em vários âmbitos.

O Ministério da Justiça aprovou uma portaria a partir da qual será observado, no preenchimento de cargos de Direção e de Assessoramento Superior –DAS requisito que garanta, a cota de 20% dos cargos para afro-descendentes, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência física.

Nas licitações e concorrências públicas promovidas pelo Ministério, deverá ser observado, como critério adicional, a preferência por fornecedores que comprovem a adoção de políticas de ação afirmativa equivalentes.

Ainda, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito dos projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, será exigida a observância das mesmas metas para os cargos de DAS: 20% para afro-descendentes, 20% para mulheres e até 5% para portadores de deficiência dentro de uma escala crescente de números de empregados das empresas.

O Ministério do Desenvolvimento Agrário também passou portarias para que sejam privilegiadas, nas contratações, licitações e contratos de compra de equipamentos, aquelas empresas que pratiquem Ações Afirmativas, também na implementação de cotas de 20% de pessoal contratado afro-descendente.

O Ministro Marco Aurélio Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, lançou, no dia 31 de dezembro de 2001, o primeiro edital de licitação do órgão que prevê cotas para negros

O STF contratará 17 jornalistas e exige que a empresa contratada recrute e selecione 20% das vagas para profissionais negros que tenham o diploma de jornalismo.

O Ministério da Educação criou um programa de implementação de cursinhos preparatórios para o vestibular para jovens carentes, denominado Diversidade na Universidade.

Os cursos começarão em março de 2002, e os estados escolhidos para iniciar o programa são: Rio de Janeiro, Bahia, São Paulo, Rio Grande do Sul, Maranhão e Mato Grosso do Sul.<sup>234</sup>

<sup>233</sup> Nota Explicativa: tramita na Câmara dos Deputados Projeto do deputado Paulo Paim que institui cota racial em filmes, peças teatrais (no mínimo 25% dos atores ou figurantes devem ser afro-descendentes) e publicidade veiculadas pelas emissoras de televisão (a proporção sobe para 40%), conforme Correio Braziliense, 18/04/2002.

<sup>234</sup> CARVALHO, José; SEGATO, Rita. Uma Proposta De Cotas Para Estudantes Negros Na Universidade De Brasília. Série Antropologia. Universidade de Brasília: Brasília, 2002. p.21

As duas universidades estaduais do Rio de Janeiro, a UERJ<sup>235</sup> e a Universidade Estadual Fluminense, mudaram as regras de ingresso do vestibular a partir desse ano segundo as duas leis, uma do Governador do Estado Carioca e outra da Assembléia Legislativa Estadual: no contingente dos candidatos aprovados, devem estar incluídos 50% de estudantes egressos de escola pública e 40% de negros, vindos de escola pública ou de particulares.

A Universidade do Estado do Mato Grosso iniciou, em julho de 2001, a implementação do Terceiro Grau Indígena, no Campus de Barra do Bugres<sup>236</sup>.

O programa reserva duzentas vagas do curso superior exclusivamente para índios brasileiros: cento e oitenta para índios do Estado do Mato Grosso e vinte vagas destinadas para índios do resto do Brasil, e oferece três Licenciaturas Plenas, com a finalidade de formar professores para ensinar no primeiro e segundo graus para os indígenas<sup>237</sup>.

A Universidade Estadual de Diamantina reserva 30% das suas vagas exclusivamente para estudantes que residam no Vale do Jequitinhonha, reconhecidamente a região mais pobre do estado de Minas Gerais<sup>238</sup>.

A Universidade Estadual do Paraná iniciou, nesse ano de 2002, um programa de reserva de três vagas para os índios em todos os cursos, em todos os seus *campi*<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> O resultado de um levantamento feito pelo coordenador do PAE e professor do Instituto de Matemática e Estatística (IME), Cláudio Carvalhaes, quebra alguns dos principais mitos relacionados à polêmica de cotas. A idéia de que os alunos que ingresaram na UERJ por meio da Leis de Cotas e oriundos de escolas públicas teriam desempenho abaixo dos demais calouros foi derrubada pelos números apresentados por Carvalhaes. Em seu estudo, ele comprovou que, no primeiro semestre de 2003, os cotistas tiveram um percentual de evasão escolar menor do que os demais e um desempenho acadêmico igual ou maior, com exceção das áreas tecnológicas. A avaliação levou em conta os 2.850 calouros da Universidade. Deste total, 1.197 ingressaram pelas cotas referentes às escolas públicas e 541 pelo sistema de cotas raciais. Disponível em: [http://www2.uerj.br/~emquest/emquestao82/quebram\\_mitos.htm](http://www2.uerj.br/~emquest/emquestao82/quebram_mitos.htm). Acesso em 26 de outubro de 2006.

<sup>236</sup> CARVALHO; SEGATO, 2006. p.22.

<sup>237</sup> ibdem

<sup>238</sup> CARVALHO; SEGATO, 2006. p.23.

<sup>239</sup> ibdem

Com a finalidade de aumentar o número de diplomatas negros brasileiros, o Itamaraty acaba de implementar um programa de dotação de 20 bolsas de estudo para estudantes afro-descendentes que se candidatem ao concurso Rio Branco.

A Universidade Federal do Tocantins (UNITINS) também mantém um sistema de cotas para índios.

Cabe também ressaltar iniciativas de algumas grandes empresas, já que, como já foi dito, as Ações Afirmativas dirigem-se também à esfera privada. Desse modo, apenas para citar algumas: "a empresa Levi's Strauss com destinação de vagas para negros desde 1970, até hoje só conseguiu compor 10% de negros no seu quadro funcional; na mesma política a empresa Xerox do Brasil, o Banco Real, o Banco de Boston."<sup>240</sup>

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso acertou passo com os princípios de uma sociedade democrática como a nossa, ao assinar os decretos nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e o decreto nº 4.229, também de 13 de maio de 2002, que dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos<sup>241</sup>

Assim, com a assinatura dos referidos decretos, especialmente do decreto 4.228, o Governo federal abandona de vez a neutralidade estatal e instala um novo consenso para políticas públicas no Brasil, isto é, rompe com a mera adoção de medidas universalistas e compromete-se com a promoção da igualdade.<sup>242</sup>

Além disso, também o Poder Judiciário, na figura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio de Mello, vinha desfraldando a bandeira da adoção das Ações Afirmativas como melhor forma de corrigir as desigualdades e cumprir os preceitos constitucionais fundamentais da república, conforme cita em pronunciamento oficial: "Só teremos supremacia da Carta quando, à luz dessa

---

<sup>240</sup> MELO. Op. cit., p.4

<sup>241</sup> PNDH -Dec. 1904 de 13 de maio de 1996.

<sup>242</sup> Nota Explicativa: A mudança de postura governamental é fruto também das propostas coletadas pelo Relatório do Ministério da Justiça para a 111 Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que o Brasil enviou a Durban em agosto de 2001.

mesma Carta, implementarmos a igualdade. As ações afirmativas evidenciam o conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica.<sup>243</sup>.

E ainda conforme Rocha:

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 aos demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil, que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola do superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição.<sup>244</sup>

Em setembro de 2003, a governadora do Rio de Janeiro, Rosângela Matheus Garotinho, sancionou o Projeto De Lei 4151 que fora aprovado na Assembléia Legislativa, no dia 14 de agosto.

Com a decisão, 45% das vagas em Universidades ficam destinadas para os alunos carentes seguindo o seguinte critério de 20% para estudantes que sejam da rede pública, 20% para os estudantes negros e 5% para os portadores de necessidades especiais e integrantes de minorias étnicas.

O grande diferencial dessa lei, para a que estava em vigor, é a comprovação de carência por todos os estudantes que sejam beneficiados pelo sistema de cotas. Tanto negros como alunos das escolas públicas, assim como os deficientes físicos deverão provar que são carentes.

Com a referida lei, cabe à Universidade estabelecer qual será o critério de avaliação a ser estabelecido pela instituição, levando-se em consideração o nível socioeconômico dos candidatos.

---

<sup>243</sup> MELLO. Op. Cit. p.24.

<sup>244</sup> ROCHA, 1996, p. 99

Uma outra significativa mudança é no que tange o sistema de cotas é a classificação da cor da pele: a partir de agora, para evitar as fraudes, o candidato somente poderá de autodeterminar da raça negra, a cor parda está excluída da dessa classificação. As novas normas já estão valendo para o Vestibular 2004.

Em 23 de maio de 2003 é criada a Secretaria Especial para a promoção da igualdade racial com a Lei 10.678, e o Senador Paulo Paim, entre num embate para a aprovação do projeto que deverá ser o maior instrumento de combate as desigualdades, o Estatuto da Igualdade Racial.

### **3.3 Normatividade e eficácia das políticas públicas afirmativas no ordenamento jurídico internacional e brasileiro**

Deste estudo fica claro que o caminho para se atingir a igualdade na sua maior amplitude possível passa necessariamente por uma postura de seriedade e comprometimento por parte do Estado e de engajamento por parte de toda a sociedade, em conjunto, quer evitando as discriminações, quer dando maior eficácia ao princípio vertente.

Com o escopo de abarcar todos os membros da sociedade em condições de igualdade, isto é, de competição no processo da obtenção dos bens da vida para a satisfação de suas necessidades, considerou-se necessário favorecer uns em detrimento de outros.

Trata-se sim de discriminação; mas discriminação justificada para atingir a igualdade. Importante mencionar, neste momento, a definição da palavra discriminação segundo a Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que entende ser

Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão.<sup>245</sup>

---

<sup>245</sup> OIT – Convenção Nº 11.

Esse conceito bem trabalhado, em seu cerne, teria repercussão em todos os outros ramos do direito.

Dessa forma, materializam-se constantes discriminações com finalidade justificada, por meio das quais pretende-se reduzir as diferenças sociais, hoje não inferiores a épocas passadas.

Por esse prisma, o tratamento desigual tem sido considerado um instrumento para se conceber a igualdade; pois, por meio do referido tratamento desigual, pretende-se corrigir uma desigualdade anterior.

É nesse contexto que, a partir da década de 60, o princípio da igualdade jurídica passou por uma reestruturação constitucional, alterando-se o seu entendimento que devia ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação.

Como dito anteriormente, o princípio constitucional da igualdade jurídica foi formalizado desde os primeiros momentos do Estado Moderno como direito fundamental, em 04 de junho de 1965, na Howard University.

Levando-se em conta princípio constitucional da igualdade, o então Presidente norte-americano Lyndon B. Johnson buscava saber se todos ali eram livres para competir com os outros membros da sociedade em igualdade de condições.

A partir daquele momento político, a presidência norte-americana inflamou o movimento em busca da igualização, que se tornou conhecido, e que posteriormente foi denominado assim pela Suprema Corte, como *Affirmative Action* (Ações Afirmativas). Esse movimento compromissou as organizações e instituições públicas e privadas com uma nova prática, no direito, do princípio constitucional da igualdade.

É relevante que tenhamos em mente para não correremos o risco de confundir os institutos da "affirmative action" com a doutrina "separate but equal". Esta,

também de origem norte-americana, é antecessora daquela e admitia a igualdade entre negros e brancos, porém determinava que deveriam estudar e morar em locais separados.

### Segundo André Tavares

Ainda que a décima quarta e décima quinta Emendas representassem um grande passo no combate à discriminação, a teoria do "equal treatment" não resolvia, por efetivo, essa problemática, culturalmente enraizada. O período conhecido como doutrina do separate but equal demonstrou a força da discriminação na sociedade americana. Como se traduz do próprio nome, tal doutrina aceitava a separação, o isolacionismo das raças, porém com a imposição de que os serviços prestados a cada uma seriam os mesmos, é dizer que os serviços prestados à raça negra deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados à raça branca.<sup>246</sup>

Sobre o separate but equal, Novak e Rotunda dizem: "under this principle, persons of minority races could be given separate services or treatment so long as it was equal to that provided for whites."<sup>247</sup>

Assim, considerando que a Ação Afirmativa nasceu na década de 60 e teve pujança nos Estados Unidos nas décadas de 70 e 80, ela deve também a sua existência, em grande medida, à atuação da Suprema Corte desse país.

Essa A suprema Corte norte-americana desempenhou um papel imprescindível no tocante aos direitos humanos, à grande responsabilidade que ao refazer o conteúdo dos direitos fundamentais, em especial no relacionado ao princípio jurídico de igualdade, mais especificamente no período posterior ao da Segunda Grande Guerra mundial.

Portanto, as Ações Afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas que tem por objetivo beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o argumento de que lhes faltarem as mesmas condições de competição e oportunidades em virtude de terem sofrido injustiças históricas ou discriminações.

---

<sup>246</sup> TAVARES, 2003. p. 295.

<sup>247</sup> Livre tradução: sob este princípio, às pessoas das raças minoritárias poderão ser concedidos serviços separados, desde que sejam iguais aos providenciados aos brancos. NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitution Law*. Minnesota: Hornbook, 1983, p. 356.

Nesse caso específico, no direito interno, têm sido criados leis ordinárias e projetos de lei com o escopo de igualar oportunidades discrepantes creditadas ao passado patriarcal da família no Brasil. O Brasil também celebrou, no plano internacional<sup>248</sup>, a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que, em dispositivo expresso, como veremos a seguir, aduz não existir discriminação, no sentido negativo da palavra, na implementação de políticas públicas compensatórias da discriminação de gênero.

Nessas convenções, avultam-se, sobretudo, as preocupações da comunidade internacional para a discriminação em dois espaços, o das relações de trabalho e o da representação política.

### 3.3.1 Ações afirmativas e minorias

A expressão *ação afirmativa* foi usada pela primeira vez, como vimos anteriormente, numa ordem executiva (decreto de execução em nosso ordenamento) federal norte-americana de 1965, na qual se estabelecia que as empresas empreiteiras que haviam sido contratadas por parte das entidades públicas ficavam obrigadas a uma "ação afirmativa" com o objetivo de crescer a contratação dos grupos que eram considerados minorias, desiguais socialmente e, por extensão, juridicamente.

Foi nesse contexto social que a ação afirmativa passou a significar a exigência de privilegiar algumas minorias que estavam socialmente inferiorizadas, ou, então poderia dizer-se, juridicamente desiguais, por preconceitos culturalmente enraizados e que necessitavam ser extintos com o propósito de alcançar a eficácia da igualdade proclamada e assegurada constitucionalmente, com fulcro nos princípios dos direitos fundamentais.

---

<sup>248</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 183.

Sendo assim, a alteração feita no conteúdo do princípio da igualdade, desde o momento em que se concebeu a ação afirmativa, trouxe a fixação de planos e de programas governamentais e também para a sociedade, através dos quais as tidas minorias sociais iniciavam a ter, necessariamente, um maior número de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas.

O pressuposto de que a pessoa portadora de deficiência necessita de proteção jurídica para ter garantido o direito à integração social decorre da aplicação do princípio constitucional da isonomia que assegura a todos a igualdade de oportunidades e tratamento.<sup>249</sup>

O ponto de vista do que seja uma minoria a ser protegida pela ação afirmativa assume papel relevante. A esse respeito, afirma Rocha que:

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 detêm o poder.<sup>250</sup>

A doutrinadora diz ainda

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. (...) Por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o 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 número menor 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 de 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.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> COUTINHO, Maria Luiza. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 75.

<sup>250</sup> ROCHA, 1996, p. 64.

<sup>251</sup> Idem.

Resta claro, portanto, que para as ações afirmativas o termo "minoria" não guarda parâmetro com a quantidade, mas sim com a discriminação sofrida por certo grupo.

É importante ressaltar que podem ser sujeitos da Ação Afirmativa não só as pessoas físicas, como também as pessoas jurídicas, sejam elas pequenas empresas, ou empresas de propriedades de grupos minoritários tanto étnicos ou como raciais, que venham a ser discriminados de maneira geral, como negros ou mulheres, ou ainda especialmente como originados de alguns Estados de nosso país. De fato, esses sujeitos da ação afirmativa constituem um grande todo de excluídos ou marginalizados, total ou parcialmente.

Mesmo tendo-se concebido a compreensão da ação afirmativa nesses anos de prática do princípio da igualdade jurídica, não se conseguiu extinguir ainda completamente o preconceito e o fim de todas as formas de discriminação.

O conceito jurídico do princípio da igualdade no direito reverteu em benefício dos discriminados. O que antes era um conceito jurídico passivo, agora é um conceito jurídico ativo, vale dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas mudou-se para um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica.

Conforme Charles Taylor:

Conflitos semelhantes advêm hoje em torno da política da diferença. Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem deusas "cegas" às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado<sup>252</sup>.

Os planos e programas que tem como meta a Ação Afirmativa estão dotados de uma precisa medida, a qual é importante salientar num âmbito de razoabilidade, procurando concretizar o mandamento constitucional. Assim sendo, qualquer excesso que houver acabaria significando uma violação à própria ordem constitucional. Querendo incluir uns, não se deve excluir os outros. Com a ação

---

<sup>252</sup> TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000. p. 251.

afirmativa, requer-se uma introdução e absorção, na estrutura político-social, daqueles que, de forma diversa, se considerariam marginalizados, aplicando um tratamento diferenciado.

### 3.3.2 Ações afirmativas e o sistema de quotas

Do contexto acima descrito, um exemplo de ação afirmativa visando dar igualdade às minorias seria a adoção de cotas, com as considerações que seguem.

De acordo com a explicação de Carmen Rocha, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva igualmente considera que

Não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa... Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre a disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.<sup>253</sup>

No direito pátrio, o artigo 3º da Lei Maior determina como objetivos fundamentais da República:

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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> SILVA, Fernanda. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lummens, 2001, p. 65.

<sup>254</sup> Constituição Federal de 1988, art 3º.

Levando-se em conta que o Título I da Constituição Federal do Brasil trata dos princípios constitucionais fundamentais que se traduzem como os objetivos primordiais na nação brasileira, é forçoso admitir que, para se cumprir estes objetivos insertos no citado artigo 3º, somando-se a indesejável desigualdade existente, deve-se valer do tratamento desigual justificado. Aqui o fundamento constitucional para a aplicação das ações afirmativas.

Apesar de essa Constituição Federal datar de 05 de Outubro de 1988 e, portanto, havendo desde aquela data autorização para a aplicação das Ações Afirmativas, somente agora são notados seus primeiros e vagarosos passos.

No Estado do Rio de Janeiro, o sistema de quotas tem causado polêmica e certa contestação, sobretudo no que se refere à edição da chamada "Lei Garotinho", como analisado anteriormente, pela qual 50% das vagas na universidade pública são destinadas para alunos provenientes de escolas públicas e 40% para os afro-descendentes.

No Senado Federal, por força e competência do Senador Paulo Paim, tramita projeto de lei para instituir quotas para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e para financiamento ao estudante do ensino superior. Ao que parece, o Estado brasileiro finalmente começa a sair da posição de letargia em que se encontrava.

É importante esclarecer que, por se tratar de novidade no mundo jurídico nacional, o sistema de quotas tem sofrido críticas, as quais, na maioria das vezes, se baseiam no o fundamento de que o cidadão que obtiver acesso a sua quota irá auferir vantagens independentemente de méritos, qualidades individuais ou necessidades reais.

A questão do mérito, depois de recebido o benefício da quota, é matéria que deverá se deter em um amplo debate e não poderá ser ignorada. Isso significa dizer que todo aquele que for contemplado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob esse estado de benefício.

Do contrário, a oportunidade deverá ser estendida a outrem. A razão do elemento mérito não requer maiores explicações ao seu entendimento. Não pode o Estado, em ato de tratamento desigual justificado, beneficiar aquele que não corresponde ao verdadeiro intuito do sistema de quotas, qual seja, atingir a igualdade de oportunidades. Sustentar no sistema de quotas aquele que não demonstra mérito seria, sem dúvida, prejudicar as Ações Afirmativas.

Mesmo tendo a certeza de que a noção de ação afirmativa surgiu, ganhou forças graças ao *Regents of the University of Califórnia v. Bake* e foi aplicada sistematicamente nos Estados Unidos devido aos conflitos raciais da década de 60<sup>255</sup>, como já mencionado, é oportuno ressaltar que o sistema de quotas que sustenta a idéia da igualdade pelo tratamento desigual justificado também tem a sua representação no Direito europeu continental, aqui denominada discriminação positiva. Na França, por exemplo, é recente o oferecimento de oportunidade para minorias em escolas de elite.

### **3.3.3 Ações afirmativas e a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**

No campo internacional, temos como exemplo da eficácia pela busca da igualdade a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Flávia Piovesan<sup>256</sup> traduz essa Convenção por ter fundamento na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade seja como uma obrigação vinculante, seja como um objetivo.

---

<sup>255</sup> O caso *Regents of the University of Califórnia v. Bake* de 1978, em que o engenheiro Bake de 34 anos de idade, pretendia cursar a faculdade de medicina. Tomou conhecimento, em determinada Universidade, de um programa especial que separava 16% das vagas para as minorias. Embora não tivesse ingressado na Universidade, constatou que suas notas haviam sido superiores às daquele grupo e, por isso, alegou discriminação em função da raça. O Justice Powell decidiu que o sistema de quotas pode ser constitucional desde que não considere apenas o aspecto racial ou étnico para a escolha, e desde que não haja quotas inflexíveis. Tal decisão tornou-se referência para casos posteriores. TAVARES, André. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 423.

<sup>256</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 188.

Nos termos do artigo 1º da Convenção, a discriminação contra a mulher significa

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>257</sup>

Continua a autora, dizendo que “a referida Convenção prevê, em seu artigo 4º, a possibilidade de adoção das “ações afirmativas”, como importante medida a ser adotada pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade”<sup>258</sup>. Na qualidade de medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres, as Ações Afirmativas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São, assim, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório.

Para Jürgen Habermas:

Feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, todos esses são fenômenos aparentados entre si, mas que não cabe confundir. Seu parentesco consiste em que as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e as culturas, todas se defendem das opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São todos eles movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo<sup>259</sup>.

Habermas salienta ainda que:

Embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> Convenção sobre a eliminação de todas formas de discriminação contra a mulher de 1979, art 1º.

<sup>258</sup> PIOVESAN. 1988, p.189

<sup>259</sup> HABERMAS. Op. cit. 238.

<sup>260</sup> Apud

Desse modo, a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade<sup>261</sup>. Aqui repousa a verdadeira função das Ações Afirmativas, que têm sua tradução na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XX, que prevê a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei".

### **3.3.4 Ações afirmativas e a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**

Ao efetivar a igualdade, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em seu artigo 1º, dispõe que:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.<sup>262</sup>

Todos os Estados signatários da referida Convenção assumem o propósito de eliminar a discriminação racial, assegurando a efetivação da igualdade, mesmo que em certo lapso temporal.

Também nessa convenção há previsão das Ações Afirmativas para assegurar o adequado progresso de certos grupos étnicos, de minorias e de diferentes cores de pele.

Salienta Cidinha da Silva:

A negação da existência do racismo no Brasil tem ainda outra característica importante: ter-se-ia aqui um problema de "cor da pele" e não de pertencimento racial, embora as diferenças entre as pessoas que se declaram pretas e pardas nos levantamentos do IBGE sejam estatisticamente insignificantes. A "cor" das pessoas tem valor hierarquizado em sociedades racializadas, ou seja, em sociedades nas

---

<sup>261</sup> PIOVESAN, Op cit, p. 189.

<sup>262</sup> Convenção Internacional sobre eliminação de toda forma de discriminação racial. Art 1º.

quais as pessoas valem mais ou menos, de acordo com as características fenotípicas que carregam<sup>263</sup>.

Neste momento, pede-se vênia para trazer à luz o debate quanto à palavra "raça". Essa palavra tem traduzido, no mais das vezes, a cor da pele de um certo grupo de indivíduos. Assim, diz-se "raça negra", "raça branca" "raça amarela" etc.

Si el principio de igualdad implica reconocer que los hombres son esencialmente semejantes más allá de las diferencias accidentales, la discriminación, al considerar relevantes dichas diferencias, constituye un ataque frontal a este principio. A sí mismo es una afrenta a la dignidad humana, ya que esta se halla íntimamente ligada al concepto de igualdad.<sup>264</sup>

Não se pode negar que o avanço da genética tem incomodado o conceito da palavra "raça". É que, cientificamente, não há como determinar na fase inicial da formação do DNA de que "raça", isso é, qual a cor da pele, será aquela determinada pessoa. É imperioso concluir que o conceito de "raça" é um só, qual seja, o de "raça humana", ficando a cor da pele para outro estágio.

Disso decorre que a atribuição da qualidade de "raça" no sentido de se referir à cor da pele da pessoa ou de um grupo de indivíduos deverá ser repensada.

Para Piovesan, "o combate à discriminação como medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente".<sup>265</sup>

Diz ainda

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.<sup>266</sup>

Conclui a mesma autora afirmando que

<sup>263</sup> Silva, Cidinha. *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. São Paulo: summus, 2003. p. 36.

<sup>264</sup> RUSSO, Eduardo. *Derechos humanos y garantías: el derecho mañana*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1992, p. 83.

<sup>265</sup> PIOVESAN, Op cit, p. 184.

<sup>266</sup> Idem, p. 185.

As Ações Afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as Ações Afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.<sup>267</sup>

A proibição da discriminação no Brasil encontra amparo constitucional, especialmente, em dois incisos do artigo 5º. O inciso XLI prevê que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" assim como o inciso XLII dispõe que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei."<sup>268</sup>

Por sua vez, a lei 7.716/89<sup>269</sup>, alterada pela lei 8.081/90 e pela lei 9.459/97, dispõe em seu artigo 1º que: "Serão punidos, na forma da lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

No mesmo sentido, o Decreto 3.952/01<sup>270</sup>, que regula o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, CNCD, em seu artigo 2º diz :

Ao CNCD, órgão colegiado, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, compete propor, acompanhar e avaliar as políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos dos indivíduos e grupos sociais e étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância.

## Segundo Romero Rodriguez

Profundización de la democracia es la alternativa posible para comenzar a cambiar la historia (...) baseándose en respecto de las cinco categorías de derechos que la humanidad se ha impuesto; derechos económicos, sociales, políticos, civiles y culturales. La profundización de estas cinco categorías generará una participación activa de la población. (...) La democracia participativa unirá estado y sociedad, permitiendo un aprendizaje conjunto sobre la base del respecto y el reconocimiento de los iguales-diferentes.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> Idem, p. 185.

<sup>268</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XLI e XLII.

<sup>269</sup> Lei 7.716/89, art 1º.

<sup>270</sup> Decreto 3.952/01, art 2º.

<sup>271</sup> RODRIGUEZ, Romero. *Racismo y Derechos Humanos em Uruguay*. Montevideo: Ediciones Étnicas, 2003, p. 118.

O reconhecimento da existência de discriminação na sociedade brasileira, combinada com a previsão constitucional de punição a ela, deve entender de vital importância a implementação das Ações Afirmativas no sentido de alcançar a igualdade de tratamento e de oportunidades entre aqueles que portam diferença na cor da pele.

### **3.4 A efetividade da igualdade através das ações afirmativas**

Do que foi falado e trazendo à luz o contido no preâmbulo da Carta Magna brasileira que prevê, entre outros, a igualdade como valor supremo, aliado ao artigo 3º do mesmo Diploma Magno que consiste em um dos princípios Fundamentais do Estado brasileiro, resta irrefutável, como já dito, que a efetivação do princípio da igualdade depende de políticas governamentais que, gradativa e progressivamente, atingirão ao fim a que se destinam.

Segundo Victor Rossi:

En la medida en que existan discriminaciones, es necesario aplicar medidas concretas que ayuden a tratar en forma diferente a los que son diferentes, de modo de devolverles las posibilidades de igualdad a quienes de por sí no están en condiciones de acceder por igual a todos los derechos que el ser humano debe tener<sup>272</sup>.

Pelo que foi visto até aqui, poder-se-ia entender que a ação afirmativa supera a concepção de que o Princípio da Igualdade Jurídica se esgota na expressão da igualdade formal.

Segundo João Jorge:

Na sociedade brasileira atual, todos convivem com a injustiça da desigualdade (...), e, mesmo com dados expressivos dessas desigualdades, o senso comum de justiça, ainda debate se (...) devem ou não ser beneficiados com alguma forma de política do Estado para reparar,

---

<sup>272</sup> ROSSI, Victor. Las leyes antidiscriminatorias en el mercosur. Montevideo: mundo afro, 2002. p.62.

compensar a exclusão através de mecanismos de inclusão desses atores sociais na democracia e no acesso aos bens e serviços produzidos pelo Estado.<sup>273</sup>

Há, contudo, uma boa razão para pensar que essas Ações Afirmativas também podem ser apresentadas como um instrumento prático para completar a igualdade jurídica material.

Para Rocha,

(...) a adição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é considerada como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram ou são marginalizados por preconceitos encravados 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 e no 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.<sup>274</sup>

Nesta matéria, Flávia Piovesan e Priscila Kei Sato entendem que

a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na 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 consistente padrão de violência e discriminação.<sup>275</sup>

Aqui também o legislador pátrio não deixou de elaborar a competente norma para a consecução do acima exposto. Recentemente, a Presidência da República editou o Decreto 4.886/03, que instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

O mencionado Decreto reconhece que o Estado brasileiro deve rediscutir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e de tratamento.

<sup>273</sup> JORGE, João. *A justiça e as ações afirmativas no Brasil*. Anais do XIII encontro nacional do COMPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.435-6.

<sup>274</sup> ROCHA, 1996, p. 286.

<sup>275</sup> PIOVESAN, F.; SOTO, P. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 28. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999, p. 86.

Reconhece, ainda, o compromisso de incentivar os diversos segmentos da sociedade e as esferas de governo a buscar a eliminação das desigualdades raciais no Brasil. Admite, por fim, que necessário se faz romper com os limites da retórica e das declarações solenes e necessárias à implementação de Ações Afirmativas, de igualdade e de oportunidade, traduzidas por medidas tangíveis, concretas e articuladas.<sup>276</sup>

Contra as cotas, argumenta-se, sobretudo, que o critério que deve prevalecer na seleção de candidatos para cargos públicos e para a universidade deve basear-se na aferição de competência absoluta, ou seja, em padrões de aferição objetivos, cegos para critérios raciais, em homenagem ao princípio da isonomia.

Esse tema não é tão simples, pois passa necessariamente por uma ponderação de princípios.

É correto verificar que se deve considerar como meta a aprovação dos melhores candidatos. Porém, é também notório que abrigamos o princípio do pluralismo, e o princípio da igualdade material, inclusive racial.

Verificamos a tensão de valores constitucionais igualmente relevantes, e somente o critério da proporcionalidade poderá revelá-los à medida em que um dos princípios pode ser corretamente aumentado e o outro deverá ser contraído na situação concreta.

Vale observar, com Inocêncio Coelho, que:

Por isso, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for ou parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio – com exclusão de todos os demais que, *prima facie*, também poderiam ser utilizados como norma de decisão-, o intérprete aplicador fará uma ponderação entre os standards concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior.<sup>277</sup>

<sup>276</sup> Decreto 4886, de 20/11/2003.

<sup>277</sup> COELHO, I. M.; MENDES, G. F.; GONET, P. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.49.

A proporcionalidade será decisiva para a constatação de que se trata de medida possível ou vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise de uma lei dessa natureza deve ir além do plano lógico-abstrato, e basear-se também na apuração de valores, pois a mesma medida, antes constitucional, pode tornar-se inconstitucional pela mudança de fatos.

Os direitos fundamentais do homem e do cidadão merecem o amparo da lei, numa sociedade livre, solidária, aberta, fraterna, pluralista, sem preconceitos, comprometida com soluções pacíficas de todas as controvérsias na ordem interna e internacional e na sociedade onde privilegia em primeiro plano o respeito à dignidade humana.<sup>278</sup>

As razões do legislador, via de regra são vinculantes e também determinantes, razão pela qual a decisão judicial não pode se negar a analisá-los.

Segundo Gilmar Mendes:

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica. (...) Hoje, não há como negar a comunicação entre norma e fato (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional.<sup>279</sup>

Os meios utilizados pelo legislador devem ser, sob pena de inconstitucionalidade, adequados e necessários à perseguição dos objetivos por ele definidos, e se a necessidade é um dado factual.

Os Legisladores devem enfrentar a questão de entender que existem maneiras menos danosas que podem de solucionar a questão das cotas. “A conquista e a defesa dos direitos individuais é uma tarefa diária, um esforço de todas as horas. Essa luta incessante é benéfica às liberdades e à conservação.”<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> FERREIRA, Wolgran. *Direitos e garantias individuais*. São Paulo: Edipro, 1997, p. 342.

<sup>279</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 465.

<sup>280</sup> HORTA, 2003, p. 233.

Em simples palavras, é chegada a hora de transformar os discursos e as legislações em realidade fática.

## CONCLUSÃO

Nos dias de hoje, parece ter havido um despertar para a questão das Ações Afirmativas. A sociedade brasileira, as universidades, os órgãos judiciais, as organizações não-governamentais e a própria presidência da República têm-se manifestado sobre a questão da implementação de políticas que viabilizem a igualdade material entre as pessoas que foram ou são alvos de discriminações.

Esse despertar não se dá ao acaso, uma vez que a sociedade verificou uma grande verdade: é preciso haver melhor distribuição de oportunidades entre as pessoas.

Assim, tem-se invocado a igualdade de oportunidades como lema desse milênio. Que seria a efetivação da liberdade e o caminho para a fraternidade. E já não era sem tempo, uma vez que outros países, há muito, vêm adotando o instrumento das Ações Afirmativas como um nivelador para o alcance de equilíbrio entre grupos tão díspares e tão desiguais, quando o assunto é o acesso a oportunidades, mormente, de trabalho, educação e cidadania.

No entanto, talvez por ignorância, há ainda pessoas que se negam a enxergar que a sociedade brasileira é eminentemente preconceituosa e freqüentemente discriminadora, conforme teve oportunidade de se manifestar, com brilhantismo, Carmen da Rocha:

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. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais. a competição - pedra

de toque da sociedade industrial capitalista -e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.

As mesmas pessoas que não reconhecem as profundas desigualdades a que são condenados, histórica e culturalmente, os discriminados são as que conseguem vislumbrar, nas Ações Afirmativas, práticas discriminatórias e ofensas ao princípio constitucional da igualdade.

No entanto, diante das inúmeras estatísticas atuais e dos estudos que se avolumam sobre a presença das discriminações na realidade brasileira, torna-se irrefutável seu reconhecimento, bem como, expurga-se, de vez, argumentos de que as Ações Afirmativas provocam, ao contrário, mais discriminações. Pois, as discriminações positivas são baseadas, não apenas no argumento de uma justiça compensatória pelo longo lapso histórico de exclusão e de marginalização de certos grupos sociais, como também em na redistribuição de oportunidades aos excluídos, acabando, inevitavelmente, na redução das desigualdades sociais e na promoção de bem-estar geral.

Incontestável também que haja a compatibilidade das Ações Afirmativas com os ditames constitucionais, que não apenas vedam a desigualação jurídica e os comportamentos discriminatórios, como também asseveram a promoção da igualdade jurídica não só formal como material, como verdadeiro objetivo a ser perseguido pelo Estado Democrático Brasileiro.

No pensar de Habermas:

Pois os sujeitos particulares do Direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a *aspectos relevantes* sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual<sup>281</sup>

Evidentemente que as peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, quando da avaliação dos tratamentos impostos aos

---

<sup>281</sup> HABERMAS. Op. Cit. 295.

iguais e desiguais, inviabilizam a criação de padrões genéricos e absolutos para o estabelecimento de políticas de ação afirmativa, devendo proceder-se a análise de cada situação concreta<sup>282</sup>.

Diante disto tudo que foi dito, é possível afirmar sem medo, que as Ações Afirmativas, representam um mecanismo impar de igualdade social, política e econômica que não pode ser mais relegado apenas à questão de estudos acadêmicos, pois, é notória a amplitude da questão da efetivação da igualdade e sua abrangência dentro do Estado Democrático de Direito. Afinal a defesa da igualdade entre todos os indivíduos, o respeito à singularidade do outro, repercutem no reconhecimento da pluralidade social e no alcance do princípio da dignidade humana.

A efetivação do princípio da igualdade é, portanto, tarefa primordial e fundamental de toda nação democrática. A busca pela igualdade deve ser incessante e constante, uma vez que disto decorre a convivência com os direitos humanos elementares.

O sofrimento e as desigualdade que grande parte da nação brasileira suporta deriva da péssima distribuição do que se produz e não tem outra razão senão o fracasso no atingimento da efetiva igualdade de oportunidades que tem como consequência a pior de suas realidades, qual seja, a falta de oportunidades, a marginalização, o desemprego, a fome e a violência sem limites que hoje é presente nos em todo nosso país, e porque não dizer no mundo como um todo.

Nas palavras de Axel Honneth,

São as três formas de reconhecimento do amor. do direito e da estima que criam primeiramente, tomadas em conjunto, as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos podem chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos; pois só graças à aquisição cumulativa de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima, como garante sucessivamente a experiência das três formas de reconhecimento, uma pessoa é capaz de se conceber

---

<sup>282</sup> Segundo método de averiguação do princípio da igualdade, consagrado no ordenamento brasileiro: identificando-se o *discrímen* e sua correspondência com as disparidades adotadas, atentando-se para pertinência da norma, quanto à razoabilidade ou à proporcionalidade.

de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos<sup>283</sup>.

Finalmente, devemos ter em conta que os programas de Ações Afirmativas não são um substituto das demais políticas sociais destinadas a combater a marginalização social. Devendo se admitir que essas Ações Afirmativas, devem possuir um caráter transitório, devendo combater a possibilidade de discriminação futura, sob o risco de uma inversão do grupo discriminado.

É importante ter em mente que existem outros instrumentos para se alcançar a igualdade material nos mais distintos grupos sociais, e que a implementação de uma medida como as das ações Afirmativas deve ser limitada e aplicada em última instância.

Quando o objetivo previsto não possa ser conseguido de um outro modo deve-se utilizar as Ações Afirmativas, e essa utilização deve ser de modo temporário, isto é, deve se estabelecer somente quando seja justificável. Essas medidas devem ser sempre transitórias e sua aplicação e interpretações devem ser sempre de direito estrito já que o benefício aos discriminados passa por um prejuízo a um setor ou grupo determinado, que ironicamente se definiu como uma maneira de nivelar, superar, as condições desfavoráveis de um grupo em detrimento aos demais.

Nas palavras de Bobbio, "a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização."<sup>284</sup>

É assim que se guindará cada brasileiro à condição de cidadão. É assim que se transformará o Brasil numa nação rica e de todos. É assim que se atingirá aquilo que Aristóteles dizia estar acima de tudo: a felicidade.

---

<sup>283</sup> HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. São Paulo: 34, 2003. p. 266.

<sup>284</sup> BOBBIO, 2000, p.38.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALBUQUERQUE, Martins. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ARAÚJO, L.; NUNES, V. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARINOS, Afonso. Folha de São Paulo, 08 de junho de 1980. p. 6
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ARRUDA, José; PILETTI, Nelson. *Toda a História*. São Paulo, Ática, 1997.
- AZEVEDO, Clóvis. *Políticas afirmativas e inclusão social*. N. 22. Porto Alegre: ArtMed, 1997.
- BARACHO, José Alfredo. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: JG, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luiz Roberto. V seminário de políticas públicas. PUC, 2006.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Editora da UnB, 1981.
- BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FTD, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: EDIOURO, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a emenda constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005 São Paulo: Saraiva, 2006..
- BRASIL. Decreto Lei nº 4.229 de maio de 2002. dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos.
- CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. Conferência *Multiculturalismo e Racismo: O Papel da Ação Afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos*. julho de 1996. discurso de abertura.

CARVALHO, José; SEGATO, Rita. uma proposta de cotas para estudantes negros na universidade de Brasília. Disponível em: <http://www.unb.br/ics/dan/Serie314empdf.pdf> Acesso em 11 de setembro de 2006.

CARVALHO, Maria. *Construindo o Saber. Metodologia científica, fundamentos e técnicas*. Campinas: Papyrus, 1991.

CASTRO, Carlos. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, I. M.; MENDES, G. F.; GONET, P. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COLLIARD, Cloude-Albert. *Libertés publiques*. Paris: Précis Dalloz, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, Desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*. 1993.

COUTINHO, Maria Luiza. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

DIAS, Maria Berenice. Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade. *Revista Del Rey*, nº 04, dez/98.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. USA: Havard Univerty Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martis Fontes, 2000.

FARIA, Helena; MELO, Mônica. Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. In: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA FILHO, Manuel. *Direitos Humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Wolgran. *Direitos e garantias individuais*. São Paulo: Edipro, 1997.

FISCUS, Ronald. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Londres e Durban: Duke University Press, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOFFMAN, Erving. *Estigmas: La identidad deteriorada*. Argentina: Siglo, 1993.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HECK, Luiz Afonso. O modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais. *Direito e Democracia*, v. 1. 2000.

HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. São Paulo: malheiros editores, 2001.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 1983.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: 34, 2003.

HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JORGE, João. *A justiça e as ações afirmativas no Brasil*. Anais do XIII encontro nacional do COMPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentos de metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991.

\_\_\_\_\_. *Crítica da razão pura*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1988.

LAWRENCE, Charles. *American Constitucional Law*. 1988.

LEAL, Rogério Gesta. Constituição e cidadania no Brasil. *Revista de estudos e debates*. 2000; 1; 87; 102.

LEAL, Mônia Hennig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: Origens, fundamentos e Controvérsias. In: Reis, J.; GORCZEWSKI, C. (org). *Constitucionalismo contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2006.

LIMA, Roberto. Políticas de Segurança Pública e seu Impacto na Formação Policial: considerações teóricas e propostas práticas. In: ZAVERUCHA, J.; BARROS, M. R. N. (Org.). *Políticas de Segurança Pública: dimensão da formação e impactos sociais*. Recife: Massangana, 2002.

LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law : cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1996. Case Loving v. Virginia, de 1967.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGGIE, Yone.; REZENDE, Cláudia. *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo :Global,1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Interpretação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Mônica de. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 25, 1998.

MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional: A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Revista de Cultura*, São Paulo: IMAE, v. 2, 2001.

MELLO, Zélia Maria. *Estigmas: Espaço para Exclusão Social*. Revista Symposium, Pernambuco, ano 4, n. especial, dez. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. Manual do Direito Constitucional, Parte IV - Direitos Fundamentais.

MORAIS, José Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996.

NALINI, Jose. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOWAK, Jonh.; ROTUNDAA, Ronald. *Constitution Law*. Minnesota: Hornbook, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia.; GUIMARÃES, Luís Carlos. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, 1998.

PIOVESAN, Flávia.; SATO, Priscila. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Implementação do direito à igualdade. n. 28. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção número 111 DE 1965.

RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RISSO, Martin. *Derecho Constitucional*. Montevideu: Ingranusi, 1998.

ROSSI, Victor. Las leyes antidiscriminatorias en el mercosur. Montevideo: mundo afro, 2002.

ROCHA, Carmen da. *A Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. Revista Trimestral do Direito Público, n. 15, 1996.

RODRIGUES, Eder Bomfim . Ações afirmativas nos EUA e sua legitimidade no Brasil., Belo Horizonte: Vitaejus, v. 1, n. 1, 2005

RODRIGUEZ, Romero. *Racismo y Derechos Humanos em Uruguay*. Montevideu: Ediciones Étnicas, 2003.

RUSSO, Eduardo. *Derechos humanos y garantías: el derecho mañana*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1992.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, cidinha. Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras. São Paulo: summus, 2003.

SILVA JR., Hélio. *Reflexões sobre Aplicabilidade da Legislação Anti-Racismo*. Disponível na Internet: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipr/rel/ipri/2000/2631.PDF>, acesso em 07 de outubro de 2004.

SCHIMITT, Carl. *Teoria de La Constitucion*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1975.

SILVA, Fernanda. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lummens, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, André. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. São Paulo: PUCSP, 2000.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência Constitucional norte-americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: ESDC, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000

TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. São Paulo: EDUSC, 1997.

\_\_\_\_\_. Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 353.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília: Editora da UnB, 2000.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

Walzer, Michel. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da dignidade*. São Paulo: Martins fontes, 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](#)