



**Universidade Federal do Ceará  
Faculdade de Direito**

**Rodrigo Barbosa Teles de Carvalho**

**O CONTEÚDO JURÍDICO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE AO  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

**FORTALEZA – 2007**

**Rodrigo Barbosa Teles de Carvalho**

O conteúdo Jurídico das Ações Afirmativas Frente ao Princípio da Igualdade

Monografia apresentada ao curso de  
Graduação da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Ceará  
como exigência parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito sob orientação do Professor  
Henrique Botelho Frota

Fortaleza – 2007

## RESUMO

Trata da compatibilidade das Ações Afirmativas com o princípio constitucional da Igualdade. Disserta sobre a evolução da idéia de igualdade no mundo contemporâneo sob uma perspectiva histórica. Busca investigar o enquadramento destas Ações Afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo suas previsões constitucionais e legais, enfatizando suas peculiaridades, limites e critérios para suas adequadas implementações e apresentar resultados, averiguando sua compatibilidade jurídica com o ordenamento brasileiro.

Palavras – chave: Ações Afirmativas. Princípio da Igualdade

## ABSTRACT

It deals with compatibility of affirmative actions with the constitutional equality principle. It discusses about the evolution of the equality idea in the modern world under a historical perspective. It seeks out to investigate the moulding of these affirmative actions in the Brazilian law establishment bringing forth its legal constitutional provisions, emphasizing their peculiarities, limits and criteria to their adequate implementation. It presents results under the ordinance of its law compatibility with the Brazilian establishment.

Keywords: Affirmative actions. Equality principle.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	4
2.1 Evolução da Idéia de Igualdade.....	4
2.2 Caracterização do Estado Democrático de Direito.....	10
2.3 Previsão Constitucional do Princípio da igualdade.....	12
<b>3 AÇÕES AFIRMATIVAS – HISTÓRIA, PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL</b> .....	17
3.1 Definição e História das Ações Afirmativas.....	17
3.2 Previsão Constitucional e Legal das ações Afirmativas.....	21
3.2.1 Previsão Constitucional.....	21
3.2.2 Previsão Infraconstitucional.....	25
<b>4 LIMITES E CRITÉRIOS A ADOÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	30
4.1 Limitações e dificuldades Político-ideológicas na adoção das Ações Afirmativas.....	30
4.2 Políticas Universais <i>versus</i> Ações Afirmativas.....	33
4.3 Critérios possíveis para adotar Ações Afirmativas – O <i>discrímen</i> e seus objetivos....	35
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	41
<b>6 BIBLIOGRAFIA</b> .....	43
<b>LEGISLAÇÃO UTILIZADA</b> .....	44

## 1 INTRODUÇÃO

As Ações Afirmativas são políticas públicas adotadas pelo Estado no sentido de combater, no meio social, os efeitos do preconceito e do racismo. Para tanto, estas políticas atribuem tratamento jurídico diferenciado para os segmentos sociais que sofrem algum tipo de preconceito e são impedidos de exercerem direitos ou têm o acesso a bens da vida restringidos por conta disso.

As Ações Afirmativas constituem uma das mais importantes conquistas do direito contemporâneo (FERREIRA FILHO, 2003, P.72), pois são instrumentos jurídicos que buscam realizar na prática a igualdade material de oportunidades entre as pessoas e os segmentos sociais.

Para grande parte da população, o Estado deve tratar a todos de maneira igual em qualquer situação, sem distinções ou exceções. Entretanto, isto constitui tarefa praticamente impossível, pois as pessoas, os grupos sociais e as situações nas quais elas se encontram, normalmente exigem algum tratamento distinto dado pela lei. Basta pensar em um simples exemplo, como o tratamento jurídico diferenciado prestado aos idosos, aos quais é possibilitado o direito de não mais trabalhar, devendo eles ser “sustentados” pelo Estado e pelo restante da sociedade, através de benefícios previdenciários. Ou, ainda, o tratamento jurídico diferenciado atribuído aos estrangeiros, que não podem exercer os direitos políticos de maneira plena no país, nem se forem naturalizados, já que lhe são vedados os direitos de serem candidato a Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal, por exemplo. A nenhum dos dois exemplos se poderia dizer que foi atribuída uma discriminação ilegítima por conta de um preconceito à idade ou à origem nacional, respectivamente.

Pois estes tratamentos diferenciados possuem uma lógica coerente entre o tratamento desigual e o grupo ou a pessoa identificados. No caso dos idosos, a lógica é a que por fatores físicos e biológicos (o tempo e suas repercussões no corpo humano), cria-se uma hipossuficiência capaz de legitimar o fato dos idosos de não mais trabalharem, possibilitando que usufruam o fim da vida com dignidade suficiente, sem a obrigação de debilitar sua saúde com a finalidade de se sustentar com o trabalho. No caso do estrangeiro, trata-se de vedar o exercício de alguns dos direitos políticos inerentes aos brasileiros natos. Estas proibições visam assegurar a

Soberania Nacional, impedindo que sejam defendidos interesses estrangeiros em detrimento de interesses nacionais.

As Ações Afirmativas distinguem as pessoas ou segmentos de maneira semelhante, mas não idêntica, aos exemplos mencionados. Elas visam atribuir algum benefício ou vantagem aos segmentos da sociedade identificados como vítimas de preconceito e que, por isso, necessitariam de políticas públicas que gerem igualdade de oportunidades para o exercício de direitos. Trata-se da idéia de equidade, na qual se deve tratar igualmente somente quando estiverem também em igualdade de condições, pois tratar desiguais de maneira igual, seria o mesmo que institucionalizar tais desigualdades, fossilizando-as e criando uma sociedade semelhante às que possuem castas.

Sempre que o Estado trata os cidadãos de maneira diferente, sob qualquer pretexto, devemos analisar se este tipo de tratamento não está ferindo o direito de igualdade genérica que é garantido a todos pelo ordenamento constitucional brasileiro. Para isso, é necessário vislumbrar se realmente é papel do Estado promover, ou buscar promover, uma igualdade material entre as pessoas. Da mesma maneira, é preciso investigar se a simples igualdade formal é suficiente para que as pessoas, *por si sós*, consigam alcançar uma situação econômica e social justa, sem a necessidade de intervenção “paternalismo” estatal.

Neste trabalho vamos analisar que idéia de igualdade entre as pessoas pode se conceber hoje. Da mesma maneira, investigar esta concepção de igualdade, de qual ideologia ela se construiu e em quais momentos ela se consolidou de maneira semelhante a que se busca nos dias atuais.

A igualdade entre os homens sempre foi objeto do pensamento humano. Desde os pensadores estóicos e do Cristianismo Primitivo, passando por juristas romanos, como Ulpiano, até os pensadores medievais, como Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Entretanto, fora apenas durante o período das Revoluções Liberais que primeiro se deu a idéia de que o ser humano, somente pelo fato de ser da espécie humana, possui direitos iguais e, portanto, merece um tratamento digno. Assim, a noção de igualdade dos dias atuais deve muito a este período da história e de suas conseqüências.

Este estudo sobre a igualdade é importante para atribuir o fundamento a idéia atual do Estado Democrático de Direito, no qual se busca promover uma

justiça social baseada na igualdade entre as pessoas. Com isso, um dos instrumentos para alcançar tal igualdade é tentar oferecer-lhes oportunidades iguais nas “disputas” dentro do meio social.

No desenvolvimento central deste trabalho, apresentaremos o enquadramento das Ações Afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro, destacando as suas previsões constitucionais e infraconstitucionais, assim como suas peculiaridades, limites e critérios para sua correta utilização, de maneira que não viole o princípio constitucional da igualdade.



## **2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A dificuldade de se vislumbrar a adequação e o enquadramento das Ações Afirmativas em nosso ordenamento jurídico está no paradoxo de se desigualar as pessoas através de normas e políticas públicas ou privadas para, efetivamente, poder se falar em igualdade material. Tal paradoxo pode gerar estranheza na determinação prática destas discriminações positivas, pelo fato da idéia abstrata de igualdade estar extremamente vinculada a de que o tratamento dado pela lei (*latu sensu*) deva ser igual para todos dentro das regras do Estado. Portanto, é necessário analisar o conteúdo da idéia de igualdade através da história, para chegar ao seu correto enquadramento atual, dentro do contexto de mudança do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito moderno.

### **2.1 Evolução da Idéia de Igualdade**

O princípio da igualdade é um dos mais caros no Sistema Constitucional brasileiro, sendo uma pedra fundante da democracia moderna. Constitui, nas palavras de Bonavides (2001, p. 376), “o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica [...]”. A igualdade sofreu, ao longo da história, entendimentos distintos do que se percebe hoje, sendo a noção de igualdade atual uma conseqüência histórica dos desdobramentos ideológicos e políticos das Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVIII e XIX, em especial, da Revolução Francesa.

O grupo social protagonista destas revoluções, a Burguesia, não aceitava a idéia de possuir força econômica expressiva e, ao mesmo tempo, não possuir o Poder Político do Estado em suas mãos. Os privilégios de nascença da Nobreza, que adivinham do período medieval, passaram a ser contestados ideologicamente pelo Iluminismo, acarretando o movimento revolucionário burguês.

Ao mesmo tempo em que crescia a força econômica da burguesia, em razão da Revolução Industrial, cada vez menos a Igreja e a Nobreza Feudal conseguiam legitimar seus privilégios diante da sociedade. A Nobreza, numa

tentativa de se recuperar de grave crise econômica em sua única fonte de riqueza, a propriedade de terras (crise esta gerada pelo aumento da população no período pré-revolucionário que gerou um conseqüente aumento dos preços dos alimentos e do custo de vida em geral), passa a ocupar, cada vez mais, os postos de poder burocrático do Estado, aprofundando a intervenção deste nas atividades comerciais (e na indústria nascente), principalmente, na instituição e majoração de tributos.

Como reação, a burguesia, respaldada por teóricos da Economia Política Liberal clássica, passa a defender a liberdade de atuação na economia, buscando instituir uma economia de mercado, sendo esta considerada a única maneira de conseguir o pleno desenvolvimento da produção para alcançar a “riqueza das nações”, nas palavras de Adam Smith. Nesse aspecto, é significativa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu parágrafo 4º, que dizia: “todo cidadão é livre para usar seus braços, sua indústria e seu capital como julgar adequado e útil a si mesmo [...] Ele pode fabricar o que lhe aprouver da maneira que lhe aprouver”.

Portanto, a primeira grande reivindicação da burguesia era a liberdade que deveria refletir, primordialmente, na liberdade econômica de produção e circulação de riquezas, sem a intervenção do Estado. Ao mesmo tempo em que essa abstenção do Estado geraria mais segurança jurídica para a economia de mercado nascente; traria, conseqüentemente, mais poder a quem detivesse os meios de produção. E isto, a nobreza aristocrática e o clero não estavam dispostos a aceitar facilmente.

Com a resistência previsível destes setores, a burguesia revolucionária percebeu que era na defesa da igualdade entre as pessoas que ela poderia superar a força política da nobreza e da Igreja, pelo simples fato destes serem minoria em relação à burguesia e ao povo<sup>1</sup> (que, nesse momento histórico, estava ao lado da burguesia na luta política contra a nobreza feudal). A Revolução Francesa representou, no plano político-jurídico, o que a Revolução Industrial representou no plano econômico.

---

<sup>1</sup> "O povo é constituído pelas classes dominadas (classe operário-industrial, camponesa, etc.), mas além disso, por grupos humanos que não são classe capitalista ou exercem práticas de classes esporadicamente (marginais, etnias, tribos, etc.). Todo este "bloco" - no sentido de Gramsci - é o povo como sujeito histórico da formação social, do país, ou nação."( DUSSEL, 1986, p.96/97).

Entretanto, isso não significa que a burguesia defendia a igualdade de fato entre todos os seres humanos, essa igualdade reivindicada consistia somente em seu plano jurídico-formal, com fins de superar o poder político da pequena elite que tinha privilégios de nascença. Ou seja, a burguesia revolucionária queria liberdade para produzir e comercializar, para tanto, era necessário defender politicamente a igualdade entre as pessoas, mas com as devidas ressalvas para que ela não se estendesse a uma de nível material, de distribuição eqüitativa da produção de riquezas. Nesse sentido, Leciona Silva (2005, p.211):

Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

[Portanto] As constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei.

A ideologia liberal clássica, fundada em Adam Smith, que servira de embasamento para as revoluções burguesas do século XVIII não considerava existir contradição entre o discurso de igualdade e a realidade de desigualdades flagrantes no sistema capitalista nascente, pois se assentava na perseguição individual do ser humano pela felicidade, sendo a livre disputa entre as pessoas seu principal trunfo. Esse entendimento está refletido na obra do historiador inglês, Hobsbawm (2006, p. 330), que afirma:

O argumento social da economia política de Adam Smith era tanto elegante quanto confortador [para a burguesia]. É verdade que a humanidade consistia essencialmente de indivíduos soberanos de certa constituição psicológica, que buscavam seus próprios interesses através da competição entre uns e outros. Mas poderia ser demonstrado que estas atividades, quando deixadas tanto quanto possível fora de controle, produziam não só uma ordem social 'natural'(distinta da artificial imposta pelos interesses estabelecidos, o obscurantismo, a tradição ou a intromissão ignorante da aristocracia), mas também o mais rápido aumento possível da 'riqueza das nações', quer dizer, do conforto e do bem-estar, e portanto da felicidade, de todos os homens. A base desta ordem era a divisão social do trabalho. Podia ser cientificamente **provado** que a existência de uma classe de capitalistas donos dos meios de produção beneficiava a todos, inclusive aos trabalhadores que se alugavam a seus membros, exatamente como poderia ser cientificamente comprovado que os interesses da Grã-Bretanha e da Jamaica estariam melhor servidos se aquela produzisse mercadorias manufaturadas e esta produzisse açúcar natural[...]. Além do mais, a sociedade economicamente muito

desigual que resultava inevitavelmente das operações de natureza humana não era incompatível com a igualdade natural de todos os homens nem com a justiça, pois, além de assegurar inclusive aos mais pobres condições de vida melhores, ela se baseava na mais eqüitativa de todas as relações: o intercambio de valores equivalentes no mercado.

Uma crítica à Revolução Francesa feita por Marx, referindo-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, era que ela fora feita sob medida aos interesses da burguesia, tratando-se a declaração concreta e historicamente direcionada àquela classe, e não em defesa do homem em geral, de maneira abstrata. Considerada por Bobbio uma crítica justa, mas não aceitável em sua opinião, por considerar que a crítica confundia uma questão de fato – a ocasião histórica das reivindicações contidas na Declaração, que era a luta do Terceiro Estado contra a Nobreza aristocrática – com uma questão de princípio – que via no homem apenas o cidadão, e no cidadão, apenas o burguês (BOBBIO, 1992, p. 99).

Continua o ilustre autor italiano afirmando que, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e das conseqüências da Independência Americana, ocorrera uma “inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do pensamento clássico, [...] seja no pensamento medieval” (BOBBIO, 1992, p.100), pelo fato de esta Declaração afirmar *direitos* dos cidadãos primordialmente, e que os governos, em conseqüência desses direitos, obrigam-se a defendê-los através de garantias. Antes, ao contrário, as normas estabeleciam *obrigações* aos indivíduos para com o soberano e não direitos.

Como conseqüência desta inversão, lembra Bobbio (1992, p.100), surge o Estado Moderno em que, em um primeiro momento, de características liberais, os indivíduos que reivindicam o poder são apenas uma parte da sociedade (a burguesia); em um segundo momento, um pouco mais democrático, no qual potencialmente todos são legitimados (os que eram considerados cidadãos) a fazer reivindicações; e, por último, o Estado Social, no qual todos os indivíduos são legitimados, sem distinção de classe para reivindicar, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais, que são da mesma forma direitos do indivíduo.

Esta mudança do Estado Liberal para um Estado de características sociais não ocorreu de forma imediata, tratando-se de uma conquista histórica,

resultante de fatores que se sucederam desde o início do século XIX até o fim da Primeira Guerra Mundial.

Como protagonista nessa luta por direitos está o proletariado que surgira pós Revolução Industrial. Com o auge do Liberalismo, no século XIX, as condições econômicas e sociais do proletariado eram insustentáveis. As péssimas condições de trabalho, aliadas aos baixos salários, criaram uma situação social explosiva.

Esta situação de contrastes sociais gerou vários movimentos políticos e ideológicos contrários ao capitalismo liberal durante o século XIX, como: Socialismo (utópico e científico), Sindicalismo, Catolicismo Social, Anarquismo, etc. Todas estas ideologias tinham em comum a crítica feroz ao capitalismo liberal que só gerava desigualdade econômica e péssimas condições de trabalho ao povo.

Com destaque dentre estas ideologias, sem dúvida, está o Socialismo Científico proposto por Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895). Esta corrente ideológica, fruto histórico da própria Revolução Industrial, não se propunha a construir abstratamente uma sociedade ideal, como os socialistas utópicos, mas sim, baseada na análise econômica da realidade e na evolução histórica do capitalismo, buscou formular leis e princípios determinantes da história, em direção a uma sociedade sem classes e igualitária.

A grande força política do Socialismo Científico estava em sua intenção de dar ao proletariado uma consciência de classe, tornando-o possível protagonista de uma nova revolução, desta vez, para destruir o capitalismo (assim como as revoluções que derrubaram o Antigo Regime tinham a burguesia como protagonista). Essa consciência de classe do proletariado como ator principal na luta contra o capitalismo liberal está explicitada no documento principal de conclamação aos trabalhadores do mundo, o *Manifesto do Partido Comunista*, de 1848:

Até hoje a história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a História das lutas de classes [...] A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe [...] De todas as classes que ora enfrentam a burguesia, só o proletariado é uma classe verdadeiramente revolucionária [...] (MARX e ENGEL, 1848)

Este novo cenário político e ideológico do ocidente acarretou várias repercussões distintas, com desfechos próprios e diferentes nos países ocidentais

que sofriam com este acirramento do conflito de classes. Exemplos destes conflitos estão desde a Comuna de Paris (1871), até a tomada do poder pelos Bolchevistas na Rússia em 1917 e vários outros movimentos do mesmo caráter em outros países, como a Intentona Comunista, em 1935, no Brasil.

Neste contexto de lutas de classes acirradas, a burguesia não possuía mais a força política de outrora e nem a legitimidade ideológica quando do surgimento do Estado Liberal. Com isso, as concessões de direitos aos trabalhadores pelas burguesias nacionais foram conseqüências comuns, principalmente nos países da Europa Ocidental e em vários países da América.

Essas concessões aos trabalhadores foram conseqüências do medo da burguesia de perder o poder completamente para os trabalhadores, como ocorrera na Rússia em 1917. Neste sentido, prescreve Bonavides (1980, p. 197):

A legislação social não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos e perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve, aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copiosa e imediato uso. É forçoso reconhecer que essas armas lhe foram mais de uma vez úteis e imprescindíveis. Haja vista que as empregou com êxito na Revolução Russa e em outras ocasiões sanguinolentas da rebelião socialista do século XX. Pôde, com elas, impor reivindicações, amedrontar a burguesia, obrigá-la a recuos inopinados.

Nesse contexto, o Estado Social, adotou um sentido diferente à liberdade observada no Estado Liberal, incluindo na idéia de liberdade a idéia da igualdade econômica e social.

Percebe-se, portanto, que a busca por uma igualdade, antes meramente formal, transformara-se em uma luta por igualdade material. E que seu inicial conteúdo esvaziado fora determinado por fatores históricos – o interesse de classe do setor protagonista das revoluções liberais – ao mesmo tempo em que essa conquista, neste momento da história, fora importante para que, em um momento posterior, pudesse viabilizar a luta pela igualdade material entre todos, desta vez travada por outros setores da sociedade, principalmente o proletariado. Esta busca por igual dignidade entre as pessoas é o que se pode identificar como o conteúdo axiológico básico, pressuposto do Estado Democrático de Direito moderno.

Característica esta presente nas principais constituições ocidentais atuais, como na Constituição Mexicana (1917), Portuguesa (1976) e Brasileira (1988).

Com destaque para a Constituição Mexicana de 1917, pioneira em entender os direitos sociais como direitos fundamentais. Conforme afirma Comparato (2007, p.178):

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts.5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o 'longo século XIX'; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestado.

Assim, é inaugurada uma era de valorização dos direitos sociais dentro das constituições do século XX. Valorização que se deu com a superação política, neste momento da história, do Liberalismo Clássico, tendo como golpe final à sua legitimidade a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929.

## **2.2 Caracterização do Estado Democrático de Direito**

A principal característica do Estado Moderno Liberal era o respeito à legalidade. Era o momento de soberania da Lei e não do Monarca. Caracterizando, assim, o chamado Estado de Direito, sendo este a “expressão jurídica da democracia liberal” (SILVA, 2005, p. 112). Como fora dito anteriormente, essa situação de igualdade (perante a lei), junto ao ideário individualista e de abstenção do Estado, não respondiam mais às necessidades sociais presentes no início do século XX, caracterizado por uma forte desigualdade econômica, advinda da Revolução Industrial, que já estava em sua segunda fase.

Os movimentos sociais do século XIX, e principalmente os do século XX, passaram a questionar essa abstenção do Estado, fazendo com que este passasse a prever e pretender a realização da justiça social dentre seus fins maiores. Neste momento, estavam estabelecidas as bases para o chamado “*Welfare State*”. Este, tentando compatibilizar o sistema econômico capitalista com o estado de bem estar

social, passa a estar presente no cenário político do início do século XX em praticamente todos os países ocidentais, sejam eles de características democráticas ou totalitárias. Isso por conta de seu conteúdo deveras indefinido. Abstratamente, muitas das ideologias são contra as desigualdades sociais, é na prática, porém, que as diferenças surgem. Isso fez com que vários sistemas totalitários, com argumentos de igualdade social e anti-individualismo, passassem a crescer e a se fortalecer no mundo. Os regimes totalitários do início de século XX baseavam seu discurso na força, no interesse da nação acima de direitos individuais, e, muitas vezes, em teorias pseudo-científicas racistas. Tendo como base política característica as “massas” sociais e não uma classe econômica específica (ARENDR, 1989, p. 365).

Portanto, nem o Estado de Direito Liberal Burguês, característico do liberalismo, nem o simples Estado Social foram capazes de inserir o povo na participação das decisões políticas do Estado, tampouco permitiu a superação das desigualdades sociais. Era necessário o elemento democrático para efetivamente garantir a soberania popular, o que indubitavelmente não estava presente no Estado Liberal, elitista por natureza, nem no Estado Social do início do século XX, muitas vezes autoritários e também elitistas. Nessa linha de raciocínio, argumenta Silva (2005, p.118):

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente de Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa ( ou Estado de justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

A caracterização do Estado Democrático de Direito, adotado pela constituição brasileira (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), significa que este pretende realizar: a justiça social, de maneira que possa construir “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inc.I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc.III) e



seja esta efetivada com a participação popular, sendo o povo o titular de todo o poder (art. 1º, § único), levando em consideração os direitos das minorias, a pluralidade étnica, cultural e política (art. 1º, inciso V). Todos estes elementos estão contidos em nossa Constituição, no seu Título I, que trata dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Portanto, a promessa explícita de se alcançar um Estado Social está presente na Constituição de 1988 (art. 193), representando uma norma constitucional, e não uma mera diretriz hermenêutica aos governantes. Trata-se de uma regra, ao mesmo tempo em que se configura como princípio constitucional.

Mesmo que não existisse previsão expressa, como o fundamento axiológico mais importante de nossa Constituição é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e o Estado Brasileiro se auto-intitula Estado Democrático de Direito, não restaria dúvida de que é seu objetivo fundamental garantir a igualdade material entre as pessoas. Para tanto, deve prever mecanismos e instrumentos em seu ordenamento jurídico para efetivar esta igualdade, garantindo a dignidade da pessoa humana.

### **2.3 Previsão Constitucional do Princípio da Igualdade**

Prevê a Constituição brasileira, em seu artigo 5º *caput*, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Também, no artigo 3º, inciso IV, estabelece o constituinte que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Estas previsões genéricas de igualdade devem ser interpretadas em conjunto com as previsões de isonomia material contidas também na Constituição, como as do artigo 7º, incisos XXX e XXXI. A Constituição a todo o momento tenta aproximar as duas formas de isonomia, uma vez que não se limitou a expressar a simples igualdade perante a lei.

Estas previsões de isonomia, tanto materiais quanto formais, são normas que se operam em dois planos distintos, de uma parte direcionadas especialmente ao legislativo e ao executivo, em seu papel de editar leis, atos normativos e

medidas provisórias. Em outra, para o aplicador e intérprete destas normas, basicamente o Poder Público, em sua obrigatoriedade de aplicar estas leis aos fatos concretos de maneira igualitária, inclusive o Poder Judiciário, que prevê mecanismos processuais que visam a dar soluções jurisdicionais iguais a casos semelhantes, como os recursos extraordinário e especial, assim como os que visam a uniformizar jurisprudência (MORAES, 2004, p. 67). Importante perceber que também se estende aos particulares a obrigatoriedade de respeitar a igualdade entre as pessoas, sendo o seu desrespeito muitas vezes punido com responsabilização civil e penal.

Esta idéia abstrata de igualdade é, até certo ponto, simples de apreender. Sendo, inclusive, noção instintiva da maioria da população. A dificuldade está quando é necessário tratar desigualmente os desiguais para se buscar uma isonomia.

Quanto mais complexa a sociedade, mais abrangentes são suas peculiaridades, que diferenciam as pessoas e os grupos sociais. A obrigatoriedade de tratamento igual pela lei não pode ignorar a desigualdade real entre as pessoas. Com isso, a vedação ao legislador de distinguir, leva em consideração que as diferenças existentes devem ser valoradas ao ponto de se buscar uma proteção ou não a estes grupos pela lei. Essa proteção se dá, muitas vezes, tratando diferentemente os grupos sociais, por considerar que as desigualdades existentes são, de tal ordem, que se a lei não as contemplasse, estaria ela, em verdade, consagrando a desigualdade eterna. É óbvio que as pessoas são diferentes, mas quando uma norma é feita para incidir de maneira abstrata sobre essas mesmas pessoas, ela considera que essas diferenças não são suscetíveis de uma caracterização especial pela lei. Entretanto, quando se tem como objetivo criar uma igualdade real, impreterivelmente, devem-se criar leis que tratem desigualmente os desiguais, na medida exata dessa desigualdade. Bonavides, citando Alexy, assevera que “num de seus arestos já se disse que quem ‘quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica’” (2003, p.378).

Assim, é completamente legítimo o legislador criar distinções com a lei, desde que tenha como fim obter algo que seja da mesma maneira legítimo constitucionalmente. Ou seja, a finalidade da desequiparação legal deve buscar

cumprir algo que esteja constitucionalmente previsto e consagrado como objetivo fundamental do Estado Brasileiro.

A interpretação constitucional do princípio da igualdade deve ser feita sistematicamente com os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, sob pena de lermos as normas constitucionais de maneira estanque e individualizada, o que se configura em um erro evidente. Ensina Barroso (2006, p. 136 e 137):

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.[...] No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da constituição [...].

A diferenciação dada pela lei só se torna inconstitucional quando esta é feita com o intuito de criar privilégios, ao invés de isonomia, ou quando sua discriminação é feita para superar uma desigualdade, mas ela é excessivamente onerosa ao resto da sociedade. Ou seja, mesmo que o benefício visado com a discriminação pela lei seja aparentemente justo sob uma ótica formal, do ponto de vista constitucional, se esta for desproporcional ou irrazoável não deve ser considerada constitucional.

Uma questão a se refletir com mais atenção estaria na possibilidade de se criar uma discriminação não prevista pela constituição. José Afonso da Silva dispõe que “são inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela constituição” (2005, p.227), e para tentar fundamentar esta posição cita em sua obra o voto do Ministro Cunha Peixoto, acolhido por unanimidade em um julgado do STF, que diz “não cabe invocar o princípio da isonomia onde a constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade” (RDA 128/220). Ou seja, a contrário *sensu*, somente quando a constituição autorizar explicitamente ou implicitamente uma discriminação ela é legítima. Posição esta que não me parece a mais correta, uma vez que se esta for interpretada no sentido de que as diferenciações infraconstitucionais devem ser anteriormente previstas no texto

constitucional, isso limitaria o legislador de maneira severa, acarretando um engessamento da legislação ao vislumbrar situações de necessária discriminação que não fora prevista pelo constituinte.

A Constituição, a todo o momento, prevê situações em que considera necessário um tratamento diferenciado por parte do Estado para que se busque uma igualdade material. Como exemplo, o seu artigo 7º, que trata dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu inciso XX, que prevê: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Este inciso considera que a mulher, por fatores culturais e sociais, sofre preconceito no mercado de trabalho, acarretando menores oportunidades e condições desiguais no emprego, como menores salários em relação ao homem, mesmo quando ocupam os mesmos cargos e desempenham as mesmas funções. Portanto, aí estaria a autorização constitucional para a discriminação positiva dada pelo legislador.

Entretanto, a constituição não prevê este tratamento desigual dado à mulher quando se trata de direitos políticos. Ora, o mesmo preconceito contra a mulher no mercado de trabalho também é visível quanto a sua participação na política. O poder representativo no Brasil é primordialmente exercido pelos homens, basta ver a participação da mulher no Congresso Nacional, elas são somente 46 na Câmara dos Deputados, em um universo de 513 deputados, e 6 no Senado Federal, num universo de 81 senadores. Nos estados, as mulheres são somente três governadoras, em 27 unidades da Federação. Todos estes números em um contexto populacional em que a mulher é maioria numérica em relação ao homem. Portanto, é necessária uma política por parte do Estado brasileiro que incentive a participação da mulher na vida política nacional, criando inclusive leis obrigando os partidos políticos a destinarem cotas de participação da mulher em seus quadros. Esta lei existe, é a Lei de nº 9.504, de 1997, que estabelece um percentual mínimo de 30% de candidaturas para sexos diferentes. Isto é uma norma direcionada a obrigar a participação da mulher nas listas de candidaturas dos partidos.

A Constituição não prevê, nem implicitamente, uma discriminação positiva à mulher no tocante ao exercício do poder político. Mas esta lei e outras que venham no mesmo sentido são claramente constitucionais, pois realizam

objetivos constitucionalmente legítimos de maneira razoável. Sendo a autorização constitucional extraída de uma interpretação sistemática e teleológica do seu texto.

A investigação da constitucionalidade está na busca de efetivar direitos fundamentais consagrados na Constituição, e se esta busca por parte do Estado é feita de maneira razoável e proporcional. Se fôssemos querer que todo tratamento desigual dado pela lei devesse obrigatoriamente ter previsão explícita no texto constitucional, os objetivos fundamentais previstos no mesmo (principalmente o de igualdade material) seriam prejudicados, pois tal imposição criaria obstáculos ao efetivo êxito em alcançar estes objetivos. A igualdade e os limites para a diferenciação jurídica entre as pessoas, que se defende, constituem em uma garantia contra privilégios ilegítimos que é seu real objetivo.

### **3 AÇÕES AFIRMATIVAS – HISTÓRIA, PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL**

Neste capítulo tentaremos mostrar a evolução histórica das Ações Afirmativas no Brasil e no mundo, com mais destaque para as iniciativas na legislação nacional, assim como, dando continuidade ao capítulo anterior, verificaremos as previsões constitucionais das Ações Afirmativas.

#### **3.1 Definição e História da Ações Afirmativas**

Na definição de Gomes (2001, p.40), Ação Afirmativa é:

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 praticadas no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego.

Este termo, “Ações Afirmativas”, tem origem na doutrina norte americana. Na Europa, a expressão mais utilizada para se referir a estas políticas públicas é “Discriminações Positivas” ou “Ações Positivas”.

Na década de 1960, os Estados Unidos da América se encontravam em um momento histórico de lutas políticas internas por direitos civis, cuja principal bandeira era a luta por igualdade de oportunidades para todos, com destaque nestas lutas para o movimento negro norte americano, que lutava para por um fim definitivo das leis segregacionistas, principalmente no sul do país.

Estes movimentos sociais contra a discriminação perceberam que não iriam garantir igualdade de oportunidades no mercado de trabalho e no acesso à educação somente com o fim das leis segregacionistas, nem com a edição de leis que caracterizavam como crime a prática de preconceito e racismo. Era necessária uma postura ativa do Estado no sentido de “obrigar” as universidades e os empregadores a estabelecerem cotas mínimas de segmentos historicamente discriminados. Afinal, uma simples lei proibindo a exclusão de trabalhadores e

estudantes por conta de sexo, raça ou origem não impedia que os “selecionadores”, tanto nas universidades como nas empresas, se utilizassem de métodos de seleção que direcionavam resultados para excluir estes setores discriminados, devido ao subjetivismo dos critérios adotados.

Estas políticas públicas não se restringiram à América, experiências semelhantes foram feitas em vários países da Europa, principalmente da Europa Ocidental, na Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros. Em 1982, a chamada “Discriminação Positiva” foi inserida no primeiro “Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades” da comunidade Européia (Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 1995; Estudos Feministas, 1996 *apud* MOEHLECKE, 2002, p. 199).

Como se percebe, vários países do mundo se valeram destas políticas de Ação Afirmativa para tentar coibir a discriminação, principalmente no mercado de trabalho. Neste contexto, a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a União Européia têm publicado Convenções visando combater estas discriminações<sup>2</sup> (BARROS, 2006, p. 1087).

Alguns destes Tratados e Convenções foram ratificados pelo Brasil e autorizam explicitamente a adoção destas discriminações positivas (BARROS, 2006, p.1088), como se verifica na Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu artigo 1º, item 4:

As medidas especiais tomadas com a finalidade única de assegurar o progresso de determinados grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que tenham necessidade de proteção, que serve para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e liberdades fundamentais em condições de igualdade não são consideradas como medidas de discriminação racial, desde que não tenham por efeito a manutenção de direitos distintos para grupos raciais diferentes e não permaneçam em vigor uma vez atingidos os objetivos que têm em mira.

Portanto, as ações Afirmativas pautam-se em um conceito de justiça distributiva, que consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida destas

---

<sup>2</sup> Convenção nº 100 da OIT e Convenção e Recomendação nº 111 da OIT, respectivamente, sobre Eliminação de Discriminação Salarial e de Igualdade de Oportunidades entre Homens e Mulheres; Convenção da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e seu Protocolo; Convenção da ONU sobre Eliminação da Discriminação Racial; Declaração dos Direitos do Deficiente, aprovada pela Resolução da ONU nº 3.447, de 1975, entre outras. (BARROS, 2006, p. 1087).

desigualdades. Entretanto, não se trata somente de tentar acabar com o preconceito de gênero, étnico e racial, trata-se de mitigar seus efeitos na realidade, principalmente no mercado de trabalho e no acesso à educação. Estas leis buscam aumentar as oportunidades a esses segmentos da sociedade que, em razão do preconceito, são excluídos do exercício de uma série de direitos fundamentais.

No Brasil, as Ações Afirmativas têm se caracterizado historicamente por adotar uma perspectiva social que buscasse distribuir renda e acesso a oportunidades visando ao fim da pobreza. Com a redemocratização do país, na década de 1980, vários movimentos sociais passaram a lutar por uma postura mais ativa do Estado no combate ao preconceito de raça, gênero e étnico. Exigindo medidas específicas contra esses preconceitos, dentre elas as Ações Afirmativas.

Todavia, a primeira manifestação no Brasil da discussão sobre a adoção de Ações Afirmativas, ocorrera muito antes. Deu-se em 1968<sup>3</sup>, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis através de relatórios à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manterem uma percentagem mínima de empregados “de cor”, pois consideravam esta a única solução para superar o problema do preconceito racial no mercado de trabalho. Esta proposta não chegou a ser apreciada pelo Congresso Nacional (MOEHLECKE, 2002, p. 204).

A primeira formulação de proposta de lei sobre Ações Afirmativas no Congresso ocorreu em 1983, por iniciativa do deputado Abdias Nascimento. Em seu projeto de lei nº 1.332 de 1983 ele propunha uma “ação compensatória”, criando mecanismos para compensar séculos de discriminação racial contra os afro-brasileiros. Entre as propostas estavam: reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática discriminatória; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática; introdução da história das

---

<sup>3</sup> No século XIX chegaram a existir políticas do Estado brasileiro semelhantes às Ações Afirmativas atuais, como as “cotas” de terras dadas aos imigrantes europeus após a decretação do fim da escravidão. Entretanto, consideramos que Ações Afirmativas, em sua concepção moderna, teve seu início de discussão no país em 1968, pois as experiências do século XIX não tiveram como objetivo superar discriminação e sim desencadear uma “branquificação” do povo brasileiro, decorrente de uma visão eugênica da elite política nacional. Assim, consideramos o marco histórico do início das discussões das Ações Afirmativas dependente de sua definição.



civilizações africanas e do africano no Brasil. Novamente, esta proposta não chega a se tornar lei.

Em 1988, é promulgada a Constituição que rege a ordem jurídica brasileira atual. Nesta Carta Constitucional estão previstas medidas referentes a Ações Afirmativas, que devem ser adotadas pelo Estado para promover a igualdade de oportunidades a grupos sociais discriminados. Estas previsões constitucionais serão abordadas mais adiante.

Em 1997, é editada a primeira lei estabelecendo cotas a serem adotadas nacionalmente. Trata-se da Lei nº 9.504, já citada neste trabalho, que estabelece uma participação mínima de 30% das mulheres para as candidaturas de todos os partidos políticos.

Foram formuladas várias propostas na década de 1990 para a adoção de cotas nas universidades públicas. Desde propostas de emenda à Constituição, como a feita pelo então deputado federal Florestan Fernandes, em 1993, até várias outras propostas de lei neste sentido, como o projeto de lei nº 1239 do deputado Paulo Paim, em 1998, e o projeto de lei nº 298 do senador Antero Paes de Barros, em 1999, dentre outras. Estas propostas tinham em comum a referência à importância da educação como um instrumento para a ascensão social dos grupos que se beneficiariam com tais cotas. Entretanto, somente em 2002 é editada a primeira lei estabelecendo cotas nas universidades para candidatos provenientes de escolas públicas e para candidatos negros. Referida lei foi promulgada pelo estado do Rio de Janeiro, prevendo estas cotas para sua universidade estadual. Atualmente, várias universidades federais e estaduais, como a renomada Universidade Nacional de Brasília (UnB), prevêem em seus vestibulares a adoção de cotas semelhantes.

Analisando a história das Ações Afirmativas percebemos que estas são medidas relativamente novas no mundo, sendo nos Estados Unidos as experiências mais antigas, com cerca de 40 anos. No Brasil, as ações adotadas no tocante à proteção da mulher no mercado de trabalho e do deficiente físico têm tido mais sucesso em termos de repercussão social, até porque foram medidas adotadas há mais tempo, com a possibilidade de estudar seus resultados práticos. Já as medidas que prevêem Ações Afirmativas para grupos étnicos e raciais são extremamente recentes, sendo sua adoção fruto de várias polêmicas. Por serem

medidas ainda muito jovens, não existem grandes estudos consistentes sobre os resultados de sua adoção pelo poder público brasileiro.

No próximo tópico será abordada a presença das Ações Afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro. Com destaque para as referências na Constituição nacional.

### **3.2. Previsão Constitucional e Legal das Ações Afirmativas**

#### **3.2.1. Previsão Constitucional**

Nossa Constituição Federal consagra a igualdade em seu artigo 5º tanto na perspectiva formal, conquista das Revoluções Liberais, quanto na perspectiva material, como já fora dito.

A Constituição brasileira de 1988 foi promulgada em um importante momento da história do país. Depois de mais de duas décadas de Ditadura Militar o país se via com uma nova ordem constitucional. A sétima de sua história. Esta nova ordem jurídica que se inaugurava em 1988 deveria considerar em seu conteúdo toda nossa história de Nação, Povo e Estado. Isto é, a Constituição brasileira em vigor atualmente não surgiu com a “inauguração” do Estado brasileiro, tendo, portanto, que se amoldar as características sociais, culturais, econômicas e políticas do país adquiridas ao longo de sua história. Ao mesmo tempo em que refletiu o conflito de interesses da sociedade brasileira no momento do processo da constituinte.

Se nossa Constituição consagrasse somente a igualdade formal, estaria ela simplesmente negando toda essa história, que possui uma grande dívida social para com seu povo, caracterizada pela exclusão, pelo preconceito e pela apropriação das riquezas nacionais por uma pequena elite.

A sociedade brasileira é caracterizada pela diversidade, podendo ter características positivas, como as culturais, que formam a identidade do povo brasileiro. Sob esta vertente, devem ser preservadas, inclusive, para não se perderem com a tendência de se globalizar comportamentos, atitudes e

pensamentos. Por outro lado, algumas diferenças entre as pessoas e os grupos sociais são injustas e, muitas vezes, foram impostas por setores que dominavam, e ainda dominam em grande parte, a sociedade brasileira ao longo de sua história. Diferenças estas que, em determinadas situações, trazem exclusão social em larga escala. Perceber estas diferenças, valorá-las e decidir dar a elas um tratamento jurídico diferenciado não é tarefa simples. Da mesma maneira, realizar isto dentro de um conflito de interesses das mais variadas formas na constituinte também não configura exercício fácil.

O que se quer dizer com isto é que a Constituição de 1988 é fruto de um momento de nossa história, e como tal, não poderia contemplar todas as formas de diferenciação de tratamento dado pela ordem jurídica aos grupos sociais que compõem a sociedade brasileira. A percepção disto fez com que o constituinte, inclusive, atribuísse poder de reformar a Constituição, com restrições somente para que estas possíveis alterações não descaracterizem sua estrutura básica e matriz principiológica.

Se a nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 não reconhecesse as diferenças injustas entre as pessoas e os grupos sociais, atribuindo-lhes tratamento diferenciado, estaria ela em verdade consagrando estas diferenças como irrelevantes e condenando-as a se perpetuarem ao longo da história. O que não seria admissível em uma Constituição que pretende realizar a justiça social, característica do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que pretende possuir um mínimo de legitimidade social e política.

Com isso, a previsão constitucional das Ações Afirmativas é plenamente justificável jurídica e politicamente. As Ações Afirmativas estão previstas de forma expressa em várias passagens da Constituição, como em seu artigo 37, inciso VIII, que prevê: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;". Assim como no artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu inciso XX: "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;".

Da mesma maneira, a ordem jurídica tributária prevê tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, por considerar que estas não competem em igualdade de condições com as empresas de grande

porte e, portanto, merecem um tratamento tributário equivalente ao seu poder econômico para que tenham condições de existir e prosperar. Tal previsão encontra-se no artigo 146, inciso III, alínea “d”, que prevê:

definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Esta diferenciação dada às micro e pequenas empresas não decorre somente do princípio da capacidade de contribuição própria do direito tributário. Esta autorização constitucional, além de prever uma menor quantidade de impostos, possibilita que a maneira do Estado se relacionar e fiscalizar tais empresas seja diferenciada, para evitar uma burocratização excessiva de suas atividades. Também possibilita o fomento de suas produções com créditos diferenciados.

Existem maneiras diferentes de se combater o preconceito, o racismo e a intolerância. A primeira atitude tomada sempre é no sentido de se editar leis proibindo e criminalizando suas práticas. Essas proibições estão presentes em nossa Constituição, como no artigo 5º, inciso XLII que estabelece como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo. A Carta Magna também veda a distinção de salários, de critérios de admissão e de exercício de funções por motivos de sexo, cor, idade ou estado civil (art. 7º, inc. XXX). Entretanto, o preconceito, seja ele de raça, de gênero, de sexo, de idade, dentre outros, encontra-se muitas vezes na esfera íntima das pessoas, conquanto sua simples proibição não lhes atinge de forma eficiente. Ademais, quando pessoas que ocupam funções e cargos de destaque na sociedade, possuem algum tipo de preconceito, estas desencadeiam grandes exclusões no mercado de trabalho, no acesso à educação e a outros direitos fundamentais, prejudicando um considerável número de pessoas pertencentes a estas minorias<sup>4</sup> vítimas de preconceito. Com isso, a

---

<sup>4</sup>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 aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura,

dificuldade prática de se alcançar resultados somente com proibições é evidente.

No mesmo sentido, Gomes (2001, p.20 e 21) assevera:

O direito comparado mostra que, em geral, a mera proibição desse tipo de discriminação não produz resultados satisfatórios. Em primeiro lugar, 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-os 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 mulheres os postos menos atraentes, mais servis do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade.

Por outro lado, esse tipo de manifestação discriminatória, em razão do requisito de intencionalidade que lhe é inerente, tem como consequência inexorável a imposição do ônus da prova à pessoa vítima da discriminação. Em países como o Brasil, onde a discriminação é velada, dissimulada, não assumida, isso tem um efeito devastador nas políticas antidiscriminatórias adotadas, contribuindo para a estigmatização daquelas poucas pessoas que ousam desafiar o *status quo* e que se vêem conseqüentemente isoladas e impotentes perante o aparelho estatal que, sendo por natureza hostil às suas reivindicações, utiliza-se do argumento processual da ausência de prova para tornar sem efeito as raras iniciativas individuais voltadas ao combate das práticas discriminatórias e racistas. Exemplo marcante desse estado de coisas é o fracasso retumbante da política antidiscriminatória oficial adotada no Brasil nos últimos 40 anos, risivelmente ancorada no Direito Penal, isto é, justamente no ramo do Direito em que as exigências probatórias são mais rigorosas, sem contar o fato de que é precisamente nesse campo do direito em que a opressão, especialmente de negros, é mais visível.

---

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 *minoría* 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. (ROCHA, 1996, p. 285)

O combate ao preconceito e suas repercussões por parte do Estado não deve, portanto, restringir-se as leis que proíbem a sua prática, pela sua quase que total iniquidade. O Estado deve lutar contra o preconceito adotando várias ações em conjunto. Valendo-se de Ações Afirmativas para mitigar os efeitos do preconceito na realidade imediata, para garantir o exercício de direitos fundamentais que são negados ou restringidos a determinados segmentos sociais, assim como adotar medidas de longo prazo como na área da educação das próximas gerações, ensinando-as a serem contra o preconceito.

Na Constituição de 1988, estão previstas tanto medidas que proíbem o preconceito (artigo 5º, inc. XLII), como medidas imediatas de Ação Afirmativa para alguns setores prejudicados pelo preconceito (artigo 7º, inc. XX). Também prevê nossa constituição que o ensino de História do Brasil nas escolas deve levar em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias do povo brasileiro (art. 242, § 1º).

Como se vê, o constituinte brasileiro vislumbrou vários tipos e estratégias diferentes de combate ao preconceito e a suas maléficas repercussões nas várias esferas sociais, sempre buscando mecanismos para efetivar na realidade as normas presentes na Constituição que visam realizar uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, inc. I), erradicando a pobreza e a marginalização (inc. III), assim como promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminações (inc. IV).

### 3.2.2. Previsão Infraconstitucional

Existem várias leis e atos normativos que utilizam as Ações Afirmativas para tentar combater o preconceito e suas repercussões. É no campo trabalhista que vislumbramos o maior número delas, decorrência da ratificação por parte do Brasil de vários tratados internacionais que prevêem estas políticas públicas como estratégias para tornar as oportunidades de trabalho mais justas e democráticas. Como já foi citado neste trabalho (nota de rodapé nº 2), a Convenção n.º 100 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1957, já estabelecia igualdade de remuneração aos trabalhadores independente do sexo ao executarem um trabalho de igual valor. Assim como a Convenção n.º 111 da mesma organização internacional, editada em

1958, que estabelecia igualdade de oportunidades profissionais no tocante a formação, acesso, manutenção e condições de emprego da mulher. Outra convenção da OIT, a de n.º 159, também estabelece que:

As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos (art. 4º da convenção n.º159 da OIT).

A lei 8.112, de 1990, prevê em seu artigo 5º, § 2º, a reserva de até 20% de vagas para portadores de deficiência em concursos públicos federais. Este artigo efetiva o mandamento do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal que estabelece esta reserva de vagas aos deficientes físicos. A própria CLT fora alterada para contemplar a aplicação de Ações Afirmativas inclusive pelo setor privado. O artigo 373-A fora incluído pela lei 9.799 de 1999, que prevê:

Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Percebe-se, portanto, que o legislador procurou combater o preconceito, principalmente contra a mulher, estabelecendo vedações à utilização de critérios discriminatórios em seleções de emprego, mas se preocupou em fazer a ressalva, tanto no *caput* como no parágrafo único, da possibilidade da adoção de Ações Afirmativas para gerar igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. O referido artigo somente deixa a desejar por fazer a ressalva em benefício apenas da mulher, sem mencionar outras medidas que beneficiem outros grupos sociais, como os étnico-raciais.

Outra lei que se utiliza das Ações Afirmativas para tentar igualar uma situação que é extremamente injusta, é a Lei de nº 9.504, de 1997, que já fora abordada neste trabalho (ponto 2.3), que estabelece um percentual de 30% para promover a participação da mulher na política partidária institucional brasileira.

Algumas iniciativas com a adoção de Ações Afirmativas fora do âmbito do Poder Legislativo foram realizadas, por exemplo, no Ministério do Desenvolvimento Agrário, em 2001, com a assinatura de uma portaria que cria uma cota de 20% para negros na estrutura institucional do Ministério, inclusive no INCRA, devendo o mesmo ocorrer com as empresas terceirizadas, contratadas por estes órgãos. O mesmo ocorrera no Ministério da Justiça, também em 2001, estabelecendo cotas de 20% para negros, 20% de mulheres e 5% de deficientes para cargos de assessoramento do Ministério. Também o Ministério de Relações Exteriores decidiu que, a partir de 2002, deveriam ser concedidas bolsas de estudo federais a afrodescendentes que se preparam para o concurso de admissão ao Instituto Rio Branco, encarregado da formação do corpo diplomático brasileiro. Medidas semelhantes foram adotadas em outras instâncias (todos estes dados em MOEHLECKE, 2002, p. 209).

Algumas Universidades, não obstante inexistisse regulamentação legal sobre a matéria, valendo-se de sua autonomia dada pela Constituição (artigo 207), resolveram instituir por conta própria a política de cotas em seus vestibulares. Sendo mais de 21 universidades no país todo que já o fizeram. Para instituir a obrigatoriedade destas cotas no ensino superior do país foi elaborado o Projeto de Lei 73 de 1999. Neste projeto de lei, que busca instituir “o Sistema Especial de reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá



*outras providências*”. Esta proposta de lei objetiva, como se percebe, uniformizar a obrigatoriedade da adoção destas Ações Afirmativas em todas as Universidades Federais do país.

Outra importante iniciativa legislativa é o projeto de Lei nº 3.198, de 2000, de autoria do então deputado, hoje senador, Paulo Paim, do Rio Grande do Sul. Esta lei visa combater a discriminação racial e as desigualdades raciais, como estabelece seu artigo 1º: “Esta lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, para combater a discriminação racial e as desigualdades raciais que atingem os afro-brasileiros, incluindo a dimensão racial nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.”. Este estatuto, que ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional, prevê algumas Ações Afirmativas para superar a discriminação e as desigualdades raciais no país, inclusive, procurou definir o que são Ações Afirmativas. Em seu artigo 1º, § 5º, dispõe: “Para efeito deste Estatuto, consideram-se ações afirmativas os programas e medidas especiais adotados pelo Estado para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.”

Continua o Estatuto, em seu artigo 4º, atribuindo o grande papel a desempenhar das Ações Afirmativas nesta luta, como se lê abaixo:

Art. 4º A participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I – inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

**II – adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;**

III – modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades raciais decorrentes do preconceito e da discriminação racial;

IV – promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação racial e às desigualdades raciais em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais;

V – eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade racial nas esferas pública e privada;

VI – estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades raciais, inclusive mediante a **implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos e contratos públicos;**

VII – **implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades raciais nas esferas da educação, cultura, esporte e lazer, saúde, trabalho,**

**mídia, terras de quilombos, acesso à Justiça, financiamentos públicos, contratação pública de serviços e obras e outras.**

**Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituem-se em imediatas iniciativas reparatórias, destinadas a iniciar a correção das distorções e desigualdades raciais derivadas da escravidão e demais práticas discriminatórias racialmente adotadas, na esfera pública e na esfera privada, durante todo o processo de formação social do Brasil e poderão utilizar-se da estipulação de cotas para a consecução de seus objetivos.”**  
(grifos nossos).

O projeto de lei do Estatuto da Igualdade Racial prevê vários mecanismos para garantir o exercício de direitos fundamentais dos Afro-descendentes, como direito à saúde, educação, esporte e lazer, sendo as Ações Afirmativas somente mais um destes mecanismos. Para tanto, o projeto estabelece também a criação de um “Fundo de promoção da Igualdade Racial” que visa a financiar os projetos para promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social dos afro-descendentes, principalmente nas áreas de educação, emprego e cultura (artigo 26 do Estatuto).

Vale dizer que a construção de propostas de lei no sentido de estabelecer Ações Afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro não é fruto exclusivo da boa vontade de parlamentares que tenham sensibilidade para a questão do preconceito e suas nefastas conseqüências. Muito pelo contrário. Essas medidas constituem muito mais conquistas da sociedade que de forma organizada luta por seus direitos através da participação política, assim como se deu a efetiva utilização das Ações Afirmativas nos Estados Unidos da América, quando por força da luta por direitos civis dos negros elas foram adotadas. Afinal, ainda que no Congresso Nacional, nas Assembléias Estaduais ou nas Câmaras Municipais haja parlamentares que dão ressonância à luta por direitos fundamentais do povo, é somente com a participação ativa da sociedade que se constrói a necessária legitimidade destas políticas públicas de discriminação positiva.

## **4. LIMITES E CRITÉRIOS PARA A ADOÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

### **4.1 Limitações e dificuldades Político-ideológicas na adoção das Ações Afirmativas**

A todo o momento, a Constituição brasileira e nosso ordenamento jurídico fazem distinções entre as pessoas, por critérios de renda, idade, formação educacional, origem nacional, entre outras. Entretanto, estas distinções feitas pela ordem jurídica não são tão discutidas (ou bem menos discutidas) quanto são as diferenciações estabelecidas pelas Ações Afirmativas mais questionadas, como as que utilizam critérios de gênero, raça ou etnia como parâmetros de discriminação.

Quando o imposto de renda prevê alíquotas diferentes para níveis de renda também diferentes, dando uma progressividade às suas participações, a sociedade considera um critério legítimo, pois quem ganha mais deve, conseqüentemente, pagar mais impostos. Trata-se de princípio do direito tributário da capacidade contributiva. Da mesma forma, quando se estabelece uma política pública para beneficiar aposentados ou jovens (passe livre em ônibus para pessoas com mais de 65 anos de idade e meia entrada para estudantes em eventos culturais) a sociedade considera também como atitudes legítimas do poder público.

As diferenças entre estas medidas e as Ações Afirmativas são mais de ordem política e social do que propriamente jurídica, sendo duas as diferenças centrais: de um lado, trata-se de um tipo de iniciativa que tem em conta traços tradicionalmente discriminatórios, como a raça, etnia ou o sexo, com o objetivo de favorecer aos também tradicionalmente prejudicados. De outro lado, apresenta-se como especialmente problemática, porque se aplica a situações de especial escassez, como podem ser os níveis profissionais de prestígio, os cargos políticos, as vagas nas universidades, o acesso ao emprego de melhor nível de remuneração (MIGUEL, 1996 *apud* SILVA, 2003).

Com isso, a dificuldade política da implementação de Ações Afirmativas, para corrigir desigualdades materiais decorrentes de preconceitos historicamente caracterizados, decorre da presença ainda pujante destes preconceitos na sociedade atual. Estes grupos sociais que buscam nas Ações Afirmativas uma solução para as barreiras existentes no mercado de trabalho e no acesso a

educação são excluídos exatamente por não terem força política e econômica na sociedade, criando-se assim um círculo vicioso em torno destes grupos sociais e na evolução do debate sobre o tema.

Neste contexto, resta aos grupos que buscam do Poder Público a implementação das Ações Afirmativas somente a força da argumentação em torno do tema, buscando fundamentá-las como justas e adequadas para superar a exclusão social em que vivem. Pois, como forças políticas na sociedade ainda não foram capazes de consolidar e legitimar algumas formas de discriminação positiva, principalmente as que utilizam critérios raciais como fator de discriminação.

A participação política de setores excluídos sempre foi desafio de qualquer democracia, ou qualquer país que se considere como tal. Uma verdadeira democracia pressupõe igualdade de condições, inclusive materiais entre os indivíduos, pois somente promovendo a distribuição de riquezas é que se pode vislumbrar uma sociedade realmente democrática.

As Ações Afirmativas não são a panacéia para resolver todos os graves problemas sociais que vivenciam as mulheres, negros, índios e pobres. Trata-se de combater outros tipos de opressões e não somente a de ser excluído na distribuição de riquezas produzidas.

A Constituição de 1988 acolheu o sistema capitalista como modo de produção no Brasil (SILVA, 2005). Com isso, a efetivação das metas constitucionais de garantir a dignidade de todas as pessoas é de difícil realização prática, principalmente em um país que não é o centro do capitalismo mundial, mesmo com os objetivos da ordem social na constituição buscando mitigar essa realidade com mais eficiência. Esclarece Silva (2005, p. 789):

“Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante eqüitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é

realmente uma determinação essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.”

Como se percebe, nossa Constituição tentou compatibilizar o sistema capitalista de produção com uma ordem social justa, buscando garantir e harmonizar interesses distintos na época da constituinte.

Assim, todas as características inerentes ao sistema econômico capitalista seguem presentes na Constituição e na sociedade. A ilusão da concorrência igual entre as pessoas e entre as empresas, com a livre iniciativa e a economia de mercado, cria uma sociedade baseada na falsa idéia de que todos são iguais o suficiente (e livres) para buscar sua felicidade, devendo o Estado somente não intervir demais, para que tudo se ajuste “naturalmente”. Com isso, as pessoas, através do “mérito pessoal”, estariam aptas a galgar um espaço no mercado de trabalho, na universidade, nos espaços de poder.

A idéia do liberalismo de uma sociedade sem intervenção do Estado já fora superada em grande parte. Mesmo assim algumas de suas idéias centrais, como a meritocracia<sup>5</sup>, ainda estão substancialmente presentes no cenário político-ideológico atual. Esta exaltação do “mérito pessoal” teve, e ainda tem, sua importância para não se permitir privilégios ilegítimos decorrentes de apadrinhamentos políticos e de parentesco na escolha de cargos públicos e no exercício de direitos civis. Entretanto, da mesma forma que a meritocracia deslegitimou socialmente as práticas do nepotismo e do clientelismo, ela é recorrentemente utilizada como argumento para tentar desconstruir a legitimidade

---

<sup>5</sup>“Meritocracia (do latim mereo, merecer, obter) é a forma de governo baseado no mérito. As posições hierárquicas são conquistadas, em tese, com base no merecimento, e há uma predominância de valores associados à educação e à competência. Conforme o sufixo "cracia" indica, meritocracia é, estritamente falando, um sistema de governo baseado na habilidade (mérito) em vez de riqueza ou posição social. Neste contexto, "mérito" significa basicamente inteligência mais esforço. Entretanto a palavra "meritocracia" é agora freqüentemente usada para descrever um tipo de sociedade onde riqueza, renda, e classe social são designados por competição, assumindo-se que os vencedores, de fato, *merecem* tais vantagens. Conseqüentemente, a palavra adquiriu uma conotação de "Darwinismo Social", e é usada para descrever sociedades agressivamente competitivas, com grandes diferenças de renda e riqueza, contrastadas com sociedades igualitárias”. ( Wikipédia, a enciclopédia livre.)

das Ações Afirmativas. Os que se utilizam do argumento meritocrático, entretanto, não levam em consideração que, em muitas situações, o mérito pessoal não é “medido” com justiça, pois as pessoas partem de patamares distintos, em razão da desigualdade de oportunidades, ao disputar espaço na sociedade. Portanto, há necessidade de tratamentos diferenciados para que haja uma justa avaliação em razão do mérito.

O liberalismo clássico afirmava que a Igualdade de oportunidades é possível mediante a igual atribuição dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade e à propriedade”. Abolidos os privilégios e estabelecida a Igualdade de direitos, não haverá tropeços no caminho de ninguém para a busca da felicidade, isto é, para que cada um, com sua habilidade, alcance a posição apropriada à sua máxima capacidade.

Mais tarde veio a reconhecer-se que a Igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente desprivilegiados. Por isso, os programas *head start*, conquanto intrinsecamente inigualitários são extrinsecamente igualitários, já que levam a um nivelamento das oportunidades de instrução. (OPPENHEIM, 1995 *apud* SILVA, 2003)

A idéia da livre concorrência capitalista em uma sociedade altamente hierarquizada, cheia de preconceitos decorrentes do patriarcalismo, escravismo, eurocentrismo e com tamanhas desigualdades reais, somente assegura a manutenção destas, condenando todos os excluídos a suportar o ônus de não ver sua participação na produção de riquezas do país, nem ao acesso a bens da vida mínimos. Nesse aspecto, deve-se assegurar a igualdade de oportunidades para que a “livre concorrência” não seja somente mais um argumento retórico dos “neo-liberais” do século XXI.

#### **4.2 Políticas Universais *versus* Ações Afirmativas**

Qualquer política pública adotada pelo Estado possui um custo monetário para as contas do Governo, seja ele federal, estadual ou municipal. A “repartição do bolo” orçamentário depende de vários fatores e critérios adotados para se destinar verbas públicas para suportar os altos custos do Estado brasileiro, principalmente

de um que se propõe a realizar a justiça social através de serviços de características universais dadas pela constituição, como a saúde (artigo 196 da constituição) e a educação (artigo 214, inc. II). Assim como a busca pelo pleno emprego (artigo 170, inc. VIII).

Nesta situação, onde o Estado brasileiro é obrigado pela Constituição a buscar universalizar seus serviços essenciais de educação e saúde e a fomentar a busca do pleno emprego, em que medida se pode pleitear a adoção de Ações Afirmativas que destinam recursos para assegurar, a segmentos específicos da sociedade, o acesso a bens que supostamente deveriam ser universais? Inclusive, este argumento é recorrentemente utilizado para se questionar as cotas para alunos de escolas públicas e cotas étnico-raciais nos vestibulares das universidades públicas. Os críticos das cotas afirmam que o correto seria promover uma melhor qualidade no ensino básico e fundamental (serviços de características universais) ao mesmo tempo em que se deve expandir as vagas no ensino superior para efetivamente universalizá-lo, possibilitando, com isso, o ingresso dos setores beneficiados pelas cotas, sem excluir outros não enquadrados no fator de discriminação. Com todo o respeito aos opositores das cotas que se utilizam destes argumentos, não parece que eles procedem, ao avaliarmos a realidade social e cultural brasileira.

A regra, sem dúvida, deve ser a busca pela universalização dos serviços e direitos no contexto social proporcionado pelo Estado. Constituindo uma exceção a adoção de políticas de Discriminação Positiva (FERREIRA FILHO, 2003, p. 75). Com isso, é necessário estabelecer que a luta da sociedade deva ser pela universalização dos serviços públicos sem qualquer distinção, para o preceito constitucional que visa transformar o Estado brasileiro em um Estado Social não seja deturpado por ações que, mascaradas de Ações Afirmativas, visem, em verdade, restringir direitos que devem ser de todos, sem distinção. Quando o Estado, por exemplo, propõe que o Sistema Único de Saúde (SUS) atenda somente aqueles que provarem ser “necessitados” economicamente, está ele restringindo um serviço que é universal, e, portanto, retirando direitos conquistados da sociedade, e não realizando uma Ação Afirmativa para os pobres como poder-se-ia argumentar.

Para não cair nesta armadilha é necessário averiguar alguns aspectos: primeiro, as políticas universais estão atingindo de forma desigual algum segmento da sociedade por força do preconceito? Segundo, os serviços públicos mais restritos (como o ensino superior) estão dando igualdade de oportunidades às minorias da sociedade? Terceiro, e estas mesmas minorias estão sendo segregadas no mercado de trabalho e as políticas de fomento ao emprego não as atingem?

Estes questionamentos, além de outros critérios, servem como parâmetro para se identificar se as Ações Afirmativas são realmente necessárias, em confronto com a adoção de políticas universais. Sempre que estas incidirem de forma diferente para setores da sociedade, criando situações que vedem ou restrinjam o exercício de algum direito, o acesso a algum bem ou serviço público, por exemplo, se faz necessária a utilização das Ações Afirmativas. O rigor em estabelecer a justificativa para a utilização de tais ações decorre destas serem exceções a regra geral. Conforme ensina de Bobbio (2002, p.10):

Apesar de sua desejabilidade geral, liberdade e igualdade não são valores absolutos. Não há princípio abstrato que não admita exceções em sua aplicação. A diferença entre a regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada. Onde a liberdade é a regra, sua limitação deve ser justificada. Onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual.

Estabelecer todas as situações nas quais devem ser aplicadas as Ações Afirmativas e não políticas universais constitui tarefa de difícil valoração. Devem ser utilizados estudos sociológicos, econômicos e antropológicos para que se realize uma política de inclusão de minorias com responsabilidade, sob pena de estarmos legitimando a omissão do Estado em estabelecer políticas e serviços de caráter universal, que devem ser, como já foi dito, a regra em um Estado Democrático de Direito.



### 4.3 Critérios possíveis para adotar Ações Afirmativas – O *discrímen* e seus objetivos

Ao diferenciar as pessoas ou situações por qualquer motivo, a lei deve sempre vislumbrar as razões deste tratamento desigual, assim como deve existir compatibilidade lógica entre o fator utilizado como critério de diferenciação – o *discrímen* – e seu fim almejado, sempre utilizando a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios norteadores centrais.

Como já foi abordado neste trabalho, as pessoas possuem diferenças inerentes por sua própria natureza (como diferenças de sexo, idade), da mesma maneira, algumas situações nas quais elas se enquadram na sociedade também podem ter diferenças facilmente perceptíveis. A questão é vislumbrar quando estas diferenças, e em quais medidas, merecem um tratamento diferenciado pela lei. Para estabelecer critérios que sejam passíveis de uma desigualação pela lei é necessário valorar se estas diferenças entre as pessoas ou situações são merecedoras deste tipo de tratamento, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Existem outros problemas que se colocam: a) quais necessidades seriam (ou deveriam ser) supridas com as distinções feitas pelas Ações Afirmativas na busca pela igualdade material? b) Em que medida as pessoas são diferentes de maneira relevante ou irrelevante? c) Ou, ainda, em que medida as pessoas alcançariam uma igualdade justa o suficiente para não merecerem um tratamento diferenciado pelo Estado?

O mesmo problema é abordado por Bobbio (2002, p. 32 e 33) ao indagar de que maneira as pessoas podem ser igualadas “de fato”, isto é, uma igualdade real ou substancial, no contexto social proporcionado pelo Estado:

Conduto, não é nada claro – aliás, é muito controverso – determinar quais sejam as formas e os modos específicos através dos quais se supõe que essa igualdade possa ser pretendida e realizada. Igualdade com relação aos bens materiais. Mas que bens? E por que não também aos bens espirituais ou culturais? Se se definirem os bens com relação às necessidades que eles tendem a satisfazer, a questão da determinação do que é ou não é um bem remete à questão da determinação de quais são as necessidades dignas de serem satisfeitas e em relação às quais se considera *justo* que os homens sejam iguais. Todas as necessidades ou apenas algumas? E, dado que não parece possível responder

*todas* – e nem mesmo o mais conseqüente e fanático igualitário jamais deu tal resposta –, então surge outra pergunta: qual o critério com base no qual é possível distinguir entre necessidades merecedoras e não merecedoras de satisfação? Seria, porventura, o critério da utilidade social, segundo o qual se distinguem as necessidades entre socialmente úteis e socialmente nocivas? Ou o critério ainda mais vago, da correspondência à *natureza*, pelo qual se distinguem as necessidades entre naturais e artificiais, espontâneas e provocadas pelos produtores de bens de consumo? A necessidade de escutar uma sinfonia de Beethoven é natural ou artificial, espontânea ou provocada? E a de tirar férias, calçar sapatos ou ler jornais? Deste ponto de vista, nada é mais indeterminado de que a fórmula *a cada um segundo suas necessidades*, usada também por Marx e transformada, de resto, em ideal-limite da sociedade comunista, no celebre escrito *Crítica ao programa de Gotha*.

Todas estas questões colocadas são de difíceis respostas. Até mesmo em função da indeterminação do que seria um “mínimo existencial” do ser humano para garantir-lhe sua dignidade. Entretanto, tais dificuldades não devem inibir uma atitude pró-ativa por parte do Estado em buscar superar as desigualdades materiais entre as pessoas. Ainda mais porque, em um país como o Brasil, onde as desigualdades são tão flagrantes e desproporcionalmente injustas, vislumbrar diferenças suscetíveis de um tratamento jurídico diferenciado é relativamente mais simples, tornando-se um desafio maior estabelecer suas medidas e seus contornos mais detalhados na prática. Um bom parâmetro para tornar mais objetiva a medida seria extrair da Constituição os preceitos referentes aos direitos básicos e fundamentais de todos os cidadãos. Portanto, com o objetivo de garantir-lhes, o Estado deve sempre intervir criando distinções de tratamento quando forem necessárias.

A doutrina que buscou investigar de forma mais criteriosa as possíveis discriminações dadas pela lei ou pelo Estado, de uma maneira geral, são convergentes em alguns pontos (FERREIRA FILHO, 2003; Barbosa, 2001): a lógica entre a discriminação e o fim almejado deve ser clara; este fim deve estar presente também como objetivo protegido pela Constituição; a distinção realizada deve possuir uma medida suficiente que não crie novas desigualdades ilegítimas; sempre que ao passar do tempo as diferenciações não estejam mudando a realidade (ou estejam mudando para pior) as medidas devem ser revistas.

Utilizar critérios de raça, sexo, cor e idade, e quaisquer outros, são perfeitamente cabíveis, mesmo com a determinação constitucional prevista no artigo 3º, inciso IV, que diz: “*promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação*”. A vedação da utilização destes critérios aplica-se às diferenciações hediondas, que os utilizam sem uma correlação lógica com um fim legítimo. Mello dispõe (2006, p. 17 e 18):

[...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula da igualdade apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*.

...o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de discrimen. O art. 5º., caput, ao exemplificar com as hipóteses referidas, apenas pretendeu encarecê-las como insuscetíveis de gerarem, *só por só*, uma discriminação. Vale dizer: recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparação odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados<sup>6</sup>.

Assim, é de se ter claro que, independentemente do critério e das formas que sejam utilizados, deve-se buscar uma harmonia material com a Constituição, pois, mesmo que uma norma que estabeleça diferenciações possa estar formalmente respeitando a igualdade, pode, ao mesmo tempo, estar materialmente ferindo-a severamente.

Uma condição importante para que se adote uma Ação Afirmativa que beneficie algum grupo da sociedade é a sua identificação e a caracterização de seu âmbito poderem ser objetivamente determinados. Aliás, este requisito é utilizado por alguns como argumento contra a adoção das cotas étnico-raciais nos vestibulares e seleção de empregos, pelo fato de ser considerado praticamente impossível se aferir biologicamente quem é da raça negra, branca, parda. Portanto, faltaria esta possibilidade de identificação objetiva do grupo desfavorecido que seria contemplado pela Ação Afirmativa.

---

<sup>6</sup> Os destaques no texto estão presentes no original do autor.

Ferreira Filho (2003, p. 75 e 76), em importante artigo sobre o tema, defende que devemos observar cinco condições para a adoção das Ações Afirmativas, a saber:

Primeira, a identificação do grupo desfavorecido, e seu âmbito, deve ser objetivamente determinado. Regra de Objetividade.

Segunda, a medida do vantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida. Regra de Medida. Ou, como se usa dizer, deve ser proporcional o vantajamento à desigualdade a reparar.

Terceira condição. As normas de vantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir. Regra de Adequação. Tal adequação se exprime na sua racionalidade. Por isso, é também esta uma regra de Razoabilidade.

Quarta condição, a finalidade dessas normas deve ser a correção de desigualdades sociais. Regra de Finalidade.

Quinta, enfim. As medidas, como aponta a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, devem ser temporárias. Regra de Temporalidade.

Praticamente todas estas condições foram abordadas neste trabalho desde seu início, restando comentar a regra da temporalidade e a da proporcionalidade na adoção destas políticas públicas.

De certo que as Ações Afirmativas não devem criar um *status* jurídico permanente aos grupos beneficiados por estas políticas, sendo primordial que sua utilização possua um tempo estabelecido de vigência, ou pelo menos, um tempo determinado para ser reavaliada. Ou seja, se sua utilização está acarretando os efeitos visados inicialmente quando de sua adoção. Caso passem alguns anos sem que se atinjam seus objetivos, em condições normais de execução, certamente são inadequadas, e violariam a razoabilidade (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76).

Outro ponto a ser abordado é o da proporcionalidade na adoção das Ações Afirmativas. O Poder Público, ao adotar estas medidas, além de gastos orçamentários, impõe também onerosidade para outros grupos sociais e para a sociedade como um todo. Devendo, portanto, as Ações Afirmativas serem utilizadas de modo menos gravoso possível aos outros grupos sociais, que de qualquer forma irão suportar algum ônus em decorrência de sua adoção. Este ônus sobre a sociedade é plenamente justificável desde que em busca de um bem constitucionalmente protegido, no caso, a igualdade material entre as pessoas. É isto que se extrai do princípio constitucional da Solidariedade (art. 3º, inciso I), pois a sociedade deve ser solidária na busca do bem comum, mesmo que em

determinados momentos tenha que suportar algum ônus econômico, social ou político. Considerando que “a solidariedade humana atua em três dimensões: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações na história” (COMPARATO, 2007,p.40).

Assim, o que se deve ter em conta é que os critérios para se estabelecer o fator de discriminação utilizado devem possuir uma correlação lógica entre eles e o objetivo colimado. Possibilitando um controle social e institucional destas políticas de Ação Afirmativa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas que se enquadram na definição de Ações Afirmativas devem ser vistas, sob uma ótica jurídica, como algo legítimo e adequado sempre que respeitarem os limites estabelecidos pela Constituição. Principalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Considerar que as Discriminações Positivas, quaisquer que sejam elas, ferem o princípio da igualdade, é ter como referencial de argumentação um modelo de Estado característico do Liberalismo Clássico, no qual a igualdade formal é sua principal peculiaridade, sendo, portanto, esta posição que enxerga nas Ações Afirmativas uma incompatibilidade intrínseca com a ordem jurídica brasileira, carecedora de embasamento coerente.

Isto considerando que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social” (SILVA, 2005, p.122), e, portanto, é na busca de promover a igualdade material e a dignidade das pessoas que deve, o Estado, pautar sua atuação, sendo perfeitamente possível (e muitas vezes necessário) tratar pessoas, segmentos e situações fáticas de maneiras distintas, Atribuindo-lhes benefícios específicos para que tenham suas oportunidades igualadas na busca de empregos, educação ou acesso a outros direitos fundamentais de mesma importância.

As dificuldades na implementação das Ações Afirmativas decorrem muito mais de fatores políticos do que por inadequação com ordem jurídica brasileira. Estas dificuldades políticas decorrem de vários fatores, como: a idéia de igualdade na sociedade ser muito formalista; as medidas adotadas de Discriminação Positiva serem de difícil delimitação do *quantum* de benefícios aos segmentos enquadrados; a verificação por parte da sociedade de que as políticas públicas universais não são feitas de maneira satisfatória no Brasil e portanto seria uma “demagogia” a adoção de Discriminações Positivas; dizendo de outra maneira, a percepção de que as Ações Afirmativas visam realizar direitos de segmentos desprivilegiados na sociedade por conta de preconceito ao mesmo tempo em que não são garantidos os mesmos direitos básicos a todos dentro da proteção social do Estado brasileiro; as idéias liberais da competição e individualismo geram uma repulsa a qualquer

intervenção do Estado que fira a “livre concorrência natural” entre as pessoas; e a presença ainda na sociedade brasileira de preconceitos contra os segmentos beneficiados com as Ações Afirmativas.

Como já fora dito neste trabalho, não se deve atribuir a essas políticas públicas de Discriminação Positiva a força de solucionar as grandes mazelas sociais contemporâneas. Suas experiências práticas realizadas no mundo somente “incluíram”, de forma parcial, segmentos oprimidos socialmente no rol de cidadãos típicos da sociedade de consumo, na qual a referência de felicidade e realização pessoal é o poder econômico. Ademais, estas políticas também não foram capazes de superar o preconceito e o racismo onde foram adotadas.

As Ações Afirmativas são instrumentos que visam garantir e efetivar, na realidade, direitos abstratamente assegurados a todos, e que por conta do preconceito, impede que segmentos da sociedade os exerçam. Estas políticas públicas, quando bem utilizadas, isto é, quando adotadas com responsabilidade e critérios ponderados, configuram-se em valiosos mecanismos na luta contra as repercussões práticas do preconceito e do racismo. Possibilitando uma maior (mas não definitiva) justiça material entre as pessoas.

## 6 BIBLIOGRAFIA

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007

DUSSEL, Enrique. **Ética comunitária**, trad. de Jaime Clasen. Petrópolis, Vozes, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas**. Revista TST, v.69, jul/dez 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. 1ª edição. Renovar. 2001.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. 20ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2006.



MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Divulgado em 21 de fevereiro de 1848.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 14ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: história e debates no Brasil**. Caderno de Pesquisa, Nov. 2002, nº 117, p. 197-217.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 131: 283-295, jul./set. 1996.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Algumas notas revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa**. Artigo publicado em 2003. Disponível na internet: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 13 de junho de 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros editora, 2005.

“Wikipédia, a enciclopédia livre”. Disponível na internet: <[www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)>. Acesso em 14 de junho de 2007.

#### LEGISLAÇÃO UTILIZADA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei ordinária (1997). lei de nº. 9.504, **Estabelece Normas para Eleições**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9504.htm>. Acessado em 15 de maio de 2007.

BRASIL. Lei ordinária (1990). Lei de nº. 8.112, **Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>. Acessado em 03 de junho de 2007.

BRASIL. Lei ordinária (1999). Lei de nº. 9.799, **Insera na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o Acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências.** Disponível em [http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/9799\\_99.htm](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/9799_99.htm). Acessado em 02 de junho de 2007.

BRASIL. Projeto de Lei (1999). Projeto de Lei nº. 73. **Busca instituir o Sistema Especial de reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências.** Disponível em [http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=15013](http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15013). Acessado em 10 de junho de 2007.

BRASIL. Projeto de Lei (2000). Projeto de Lei 3198. **Busca Instituir o Estatuto da Igualdade Racial.** Disponível em [www.lpp-uerj.net/olped/boletim\\_ppcor/boletim\\_anteriores/noticias/projetopaim.rtf](http://www.lpp-uerj.net/olped/boletim_ppcor/boletim_anteriores/noticias/projetopaim.rtf). Acessado em 12 de junho de 2007.

OIT. Convenção internacional n.º 100 (1951). **Convenção Sobre a Igualdade de Remuneração.** Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/pd-conv-oit-100.html>. Acessado em 20 de maio de 2007.

OIT. Convenção Internacional n.º 111 (1958). **Convenção Sobre a Discriminação (emprego e profissão).** Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>. Acessado em 17 de maio de 2007.

ONU. Convenção Internacional (1965). **Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.** Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acessado em 20 de maio de 2007.