

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE DIREITO

MARINA SILVEIRA MARINHO

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

FORTALEZA
2006

MARINA SILVEIRA MARINHO

AÇÕES AFIRMATIVAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Flávio José Moreira
Gonçalves

FORTALEZA
2006

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha família e ao meu namorado, todo o amor, carinho e gratidão pela compreensão quanto às horas de convívio e lazer que lhes foram suprimidas para a realização deste trabalho.

Ao meu orientador, professor Flávio José Moreira Gonçalves, pelo profissionalismo na orientação deste estudo, pelo estímulo e apoio de valor inestimável.

*“A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato,
mas um ideal a perseguir;
não são uma existência,
mas um valor;
não são um ser,
mas um dever ser.”*

Norberto Bobbio

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar que as **ações afirmativas** caracterizam-se como um importante instrumento de concretização do princípio constitucional da **igualdade**. Para tanto, a análise traz um estudo histórico acerca da concepção de igualdade, mostrando as bases jurídicas e históricas que justificaram a adoção dessas medidas, detendo-se, por último, nas **ações afirmativas** dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Procura-se, assim, apresentar os objetivos e modalidades de **discriminações** positivas, demonstrar de que forma estes mecanismos foram recepcionados pela Constituição Brasileira, exemplificar medidas adotadas no Brasil e suas repercussões doutrinárias e jurisprudenciais, abordar critérios e limites aplicáveis às **ações afirmativas**, evidenciando que a **igualdade** não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal. Por fim, conclui-se ser imprescindível que o Estado deixe sua posição de aparente neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover, mediante a implementação de mecanismos de ações afirmativas, a **igualdade** substancial, reduzindo as desigualdades e **discriminações** existentes na sociedade.

Palavras-chave: Discriminações. Igualdade. Ações Afirmativas.

ABSTRACT

The present work has as target to demonstrate that the **affirmative actions** are characterized as an important instrument of concretion of the constitutional principle of the **equality**. For in such a way, the analysis brings a historical study concerning the conception of **equality**, showing the legal and historical bases that had justified the adoption of these measures, lingering itself, finally, in the **affirmative actions** inside of the Brazilian Legal System. It is looked to present the objectives and modalities of positive **discriminations**, to demonstrate the forms that these mechanisms had been received by the Brazilian Constitution, to give examples of measured adopted in Brazil and its doctrinal and jurisprudential repercussions, to approach applicable criterions and limits to the **affirmative actions**, evidencing that the equality cannot be understood for a purely formal optics. Finally, it is concluded to be essential that the State leaves its position of apparent neutrality, whose insufficiency already was proved, and pass to promote, through the implementation of mechanisms of **affirmative actions**, the substantial **equality**, reducing the existing inequalities and **discriminations** in the society.

Key-words: Discriminations. Equality. Affirmative Actions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PRINCÍPIO DA IGUALDADE	11
2.1	Abordagem histórica.....	11
2.2	O princípio da igualdade no Estado Liberal.....	14
2.3	O princípio da igualdade no Estado Social.....	16
2.4	Nova postura estatal: do abstencionismo para o intervencionismo.....	18
2.5	Retrospectiva do princípio da igualdade nas constituições brasileiras.....	22
3	AÇÕES AFIRMATIVAS	26
3.1	Considerações preliminares.	26
3.2	Aspectos conceituais.....	27
3.3	Surgimento das ações afirmativas: breve histórico.....	31
3.4	Objetivos.....	34
3.5	Ações afirmativas como normas antidiscriminatórias positivas.....	36
3.6	Modalidades de ações afirmativas.....	38
4	AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	41
4.1	Precedentes históricos.....	41
4.2	Permissão constitucional para as ações afirmativas.....	42
4.3	Ações afirmativas inseridas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	46
4.4	Tendências legislativas e jurisprudenciais.....	51
4.5	Crêterios e limites às ações afirmativas.....	56
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Não obstante os horrores da Segunda Guerra Mundial, a reação contra tal barbárie levou à consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser observado tanto no plano internacional como no direito interno de praticamente todos os países do ocidente. A partir deste momento, passou-se a buscar, mais do que em qualquer outra época da história, a valorização do ser humano e um maior equilíbrio nas relações sociais.

No entanto, no mundo contemporâneo, surgiram abismos sociais como nunca vistos: as desigualdades sociais e a falta de condições humanas acentuam-se em praticamente todos os países. Assim, paulatinamente, a concepção de uma igualdade puramente formal, assentada no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada quando se constatou que a mera afirmação literal de igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tratar, isonomicamente, os indivíduos socialmente desfavorecidos e os socialmente privilegiados.

Impôs-se, pois, a discussão de novos instrumentos e novos métodos que colocassem os primeiros no mesmo nível de partida dos segundos na corrida e perseguição pelos bens escassos, surgindo, daí, a necessidade de adoção de uma nova perspectiva de análise do princípio da igualdade que levasse em consideração sua dimensão substancial.

Com a constatação da fragilidade e da insuficiência da natureza puramente formal do princípio da igualdade, surgem, como instrumentos de diminuição das desigualdades sociais, as ações afirmativas, constituindo importante instrumento de concretização da igualdade material, uma vez que realizam a igualdade de condições na busca e promoção do bem-estar social.

No Brasil atual, o assunto “ações afirmativas” tem se destacado em vários meios científicos em razão de diversos projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional que visam implementar políticas de discriminação positiva (como também são chamadas as ações afirmativas), as quais visam promover a igualdade de oportunidades entre todas as pessoas e auxiliar a inserção de alguns grupos social, política, econômica e/ou historicamente marginalizados.

Contudo, deve-se reconhecer que este tema ainda é desconhecido por muitos, inclusive por grande número de estudantes e operadores do direito que não conhecem, com maior profundidade, do que tratam as ações afirmativas, como surgiram, qual o seu fundamento jurídico e quais os seus objetivos.

Em face desta realidade, torna-se indispensável analisar o surgimento das ações afirmativas, abordando seu conceito, objetivos, estratégias, apresentando algumas de suas modalidades e mecanismos, para, posteriormente, analisar a possibilidade de inclusão de ações afirmativas no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

A escolha do tema, portanto, deve-se ao atual *status* de evidência em que se encontram as ações afirmativas, ao conhecimento ainda escasso sobre o tema, bem como à necessidade de refletir se as medidas de discriminação positiva violam ou tornam efetivo o princípio constitucional da igualdade.

Para a elaboração do trabalho, optou-se por um procedimento metodológico centrado em pesquisa bibliográfica capaz de dar conta da análise proposta.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro deles trata da evolução histórica da concepção de igualdade.

O segundo discorre sobre as ações afirmativas genericamente tratadas, abordando, dentre outros pontos, sua gênese, conceito e objetivos.

O terceiro trata das ações afirmativas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, versando sobre pontos como a permissão constitucional para as ações afirmativas, critérios e limites às medidas de discriminação positiva encontrados no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, assim como as tendências legislativas e jurisprudenciais acerca do tema.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA.

Não é de agora que a noção de igualdade inspira longas discussões e várias teses a seu respeito. Paulo Bonavides com muita propriedade assevera que “o princípio da igualdade figura entre os temas mais latos e equívocos de quantos a Filosofia, a Ciência Política e o Direito fizeram objeto de suas reflexões, desde a Antiguidade aos nossos dias”.¹ Na mesma linha, afirma Celso Ribeiro Bastos que “é o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos”.²

Contudo, para que seja possível entender o desenvolvimento de todas essas situações passadas e atuais de desigualdades e de discriminações entre os homens, é essencial que se faça um estudo sobre o princípio da igualdade e sua interpretação ao longo do tempo para, então, estabelecermos o elo entre este e as ações afirmativas.

Os primeiros registros consistentes a respeito da igualdade, anunciados por Aristóteles e Platão, datam da Antiguidade clássica. Referidos filósofos se destacaram por apregoarem uma desigualdade natural existente entre todos os homens, consistente na supremacia do homem grego, nobre, sobre o homem bárbaro, plebeu. Esta suposta desigualdade natural levada ao extremo resultou em enormes desigualdades na Grécia Clássica.

¹ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta:** Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112.

² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.179).

Já na Idade Moderna, novas idéias surgem, destacando-se, dentre elas, as teses de Hobbes e Rousseau.

Hobbes, em contraposição à antiga idéia aristotélico-platônica da desigualdade natural, afirmou existir uma igualdade natural entre os homens indispensável para que se possa obter a paz e a segurança no estado de sociedade. Contudo, Hobbes tenta legitimar uma desigualdade instituída pela lei, asseverando que esta é inevitável para a conservação da vida em sociedade, representando o preço que o homem deve pagar ao Estado pela certeza da convivência em harmonia, longe da beligerância e sob a autoridade e segurança estatal.

O passo seguinte rumo à igualdade na ordem social seria dado por Rousseau, que direcionou todas as suas reflexões filosóficas para as desigualdades oriundas da lei, instituídas pelo Direito na Sociedade. Afirmava Rousseau que todas as desigualdades, que ele acreditava serem quase nulas no estado de natureza, sustentavam-se com base no espírito humano, tornando-se finalmente estáveis e legítimas a partir do estabelecimento da propriedade e das leis. Rousseau acabaria por criar todo o alicerce da teoria do princípio da igualdade civil.

Para este filósofo, a desigualdade existente no estado de sociedade imperava em decorrência do uso equivocado das instituições e da injustiça da lei civil, que menosprezava as liberdades naturais dos homens, submetendo-os à autoridade do Estado. Desta forma, para retomar a liberdade individual natural do homem, dirimindo o conflito entre liberdade e poder, entre governantes e governados, entre maioria e minoria, Rousseau propõe o *Contrato Social*, através do qual estabelecer-se-ia a igualdade jurídica entre todos os homens, circunstância que conduziria à eliminação das desigualdades de fato e, conseqüentemente, à tão desejada unanimidade, representada pela *volonté générale* do povo.

Nascia, com base no pensamento rousseauiano, a noção de igualdade civil que, posteriormente, viu-se positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, segundo a qual “os homens permanecem livres e iguais em direitos”. Frise-se que o pensamento desse filósofo influenciou, posteriormente, os movimentos revolucionários que ocorreram no século XIX na América do Norte e na França, que deram origem a um elemento capital da política moderna, o constitucionalismo.

Abstrato e puramente formal, o princípio da igualdade perante a lei foi considerado, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade individual. Para os seus defensores, bastava a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para que esta fosse efetivamente assegurada no ordenamento jurídico constitucional.

Analisando este aspecto do princípio da igualdade perante a lei, Joaquim

B. Barbosa Gomes afirma que

[...] foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.³

Entretanto, a tese de uma igualdade absoluta perante a lei defendida por Rousseau perderia sua força a partir do momento em que “[...] demonstrou-se que

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2006.

esta última não eliminava as desigualdades materiais, aumentadas historicamente em razão da chamada Revolução Industrial”.⁴

Uma outra tese, de fundo socialista, surgia em meio a esse contexto histórico preocupada com a dimensão material da igualdade, e suplantando a idéia anterior, puramente formal, que se mostrou inteiramente incapaz de solucionar ou amenizar as desigualdades sociais. Este era o socialismo científico de Marx que pretendia alcançar a igualdade material através da extinção das classes sociais e socialização dos meios de produção. Marx acreditava que passada esta fase, não haveria mais necessidade do Estado, órgão mantenedor das classes, logrando-se a homogeneidade social, a unanimidade e a igualdade absoluta e material.

Diante destas duas correntes, a da igualdade perante a lei (meramente formal) e a da igualdade material, destacadas, respectivamente, nos pensamentos de Rousseau e Marx, urge a necessidade de avaliar, com maior profundidade, o processo de institucionalização da igualdade tanto na concepção do Estado Liberal como na do Estado Social, expondo e analisando as variantes em cada uma delas.

2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO LIBERAL.

No Estado Liberal, a igualdade e a liberdade são concebidas como direitos fundamentais que se incorporam à categoria dos direitos naturais.

Sem esta noção de igualdade e liberdade como direitos fundamentais, o Estado Liberal jamais teria destruído o poder monárquico absolutista, pondo em xeque o ciclo das realezas e inaugurando um novo feixe de instituições políticas, sociais e econômicas, representativas de um outro estilo de organização da sociedade.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, p. 116.

Contudo, no que tange à sua aplicação, o princípio da igualdade civil restou completamente estancado como um postulado meramente formal, incapaz de se mostrar efetivo no plano fático.

Segundo Paulo Bonavides:

Essa igualdade procura dar a cada um o que se lhe deve, segundo o seu mérito, *suum cuique tribuere*, como constava na máxima romana. Canoniza, pois, na aplicação institucional o critério diferenciador, fundado sobre aptidões naturais, capacidade intelectual, talento, caráter, propriedade. Era a consagração do conceito aristotélico da justiça distributiva, base de uma igualdade discriminadora, que importava tratar os iguais de modo igual e os desiguais desigualmente⁵.

Na verdade, queriam os liberais burgueses legitimar antigas distinções existentes na sociedade, em razão dos méritos de cada um, do patrimônio, da educação, do sexo, o que facilitaria a perpetuação do seu domínio aristocrático.

Consagrava-se, assim, no Estado Liberal burguês, a idéia de igualdade de oportunidades, possibilitando que cada pessoa alcançasse êxito através de suas capacidades individuais.

Na verdade, constituía tal sistema um forte instrumento de discriminação, através do qual podia a burguesia manter seu domínio de classe, poderes políticos e econômicos, uma vez que a riqueza e os instrumentos de produção se concentravam em suas mãos.

Fácil perceber que, não obstante o princípio da igualdade tenha sido positivado em algumas constituições sob a justificativa da limitação à atuação do Estado, este se mostrou ineficaz, sobretudo porque inexistia igualdade substancial e muitas desigualdades se mostravam cada vez mais acentuadas.

⁵ Ibidem, p. 118.

Ademais, o princípio da igualdade vinculava e obrigava a administração e a justiça, mas não o legislador que ficava livre praticando os seus arbítrios e criando mais distorções, que acabavam por multiplicar ainda mais desigualdades.

Verificou-se que o princípio da igualdade perante a lei, muito longe de frear e remediar os caprichos do legislador, mostrou-se impotente para prevenir concretamente os abusos alojados no conteúdo da lei, revelando-se um conceito limitado e demasiadamente formal.

Em apertada síntese, o princípio da igualdade perante a lei no ideário liberal consistia na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se desenvolveriam, sem qualquer interferência estatal. A liberdade e a igualdade, em termos legais, eram asseguradas a todos, sem distinções de qualquer espécie, acreditando-se que, desta forma, cada um se sobressairia de acordo com suas capacidades e méritos, não devendo o Estado interferir de qualquer forma neste processo.

2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO SOCIAL.

Já no Estado Social, a igualdade constitui um valor superior à liberdade, forçando o Estado a limitar a liberdade individual como forma de garantir os direitos sociais.

Neste contexto, não se pretendia exclusivamente dar a cada cidadão o que era seu mediante suas qualificações individuais. Verificou-se que a igualdade de oportunidades assegurada na lei era incapaz de propiciar o mesmo tratamento entre os socialmente desfavorecidos e os socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros no mesmo nível de partida para assim se alcançar o real e concreto sentido da igualdade. Aqui, em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Leibholz relatou com maestria o processo igualitário gerado pela nova concepção de igualdade que, por tantos anos, foi vigorosamente combatida pelos teóricos do Estado Liberal. Assevera o ilustre publicista:

O processo de democratização igualitário-radical, uma vez desencadeado, continua a atuar segundo uma dinâmica que lhe é imanente. Em conexão com tal aspecto, faz-se mister ponderar primeiro nas mudanças quase revolucionárias que, durante os últimos anos e décadas, se operaram no terreno social, econômico e educacional da maioria dos países do hemisfério ocidental. Com o auxílio da intervenção do Estado e de uma permanente economia dirigida, já se chegou hoje, em crescente número de países, inclusive os Estados Unidos – onde basta considerar o *New Deal* bem como as amplas garantias sociais dos anos 30 e os mais recentes e largos planejamentos na esfera estadual e federal –, àquela homogeneidade social, que nos autoriza falar não apenas de uma democracia política, senão também de uma democracia econômica e social, ou seja, não somente de ‘cidadãos ativos’, mas por igual de *cidadãos ecônomos* num *Estado Empresarial*.⁶

Desta feita, é possível concluir que, no Estado Social, a figura estatal é o agente mais poderoso na promoção da igualdade na sociedade. Imperiosa, portanto, era a adoção de uma concepção substancial do princípio da igualdade, que tivesse por fim a justiça social, a concretização e a atualização dos direitos sociais básicos.

Desaparece, assim, a figura do legislador autoritário e arbitrário, cuja criação normativa não se sujeitava a nenhum controle quanto ao seu conteúdo, fazendo surgir a idéia de um legislador mais limitado em seus poderes e comprometido com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Sobre este aspecto assinala o ilustre constitucionalista, Paulo Bonavides:

Traduzia-se essa variação na versão nova de que a igualdade vinculava também o legislador, vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual. Estabelecera-se, assim, por via hermenêutica, um limite considerável à ação do Estado em termos jurídicos. Era, em suma, a proporcionalidade na aplicação social do Direito, o reconhecimento de que na esfera jurídica a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade para lograr-se, então, a igualdade justa.⁷

⁶ LEIBHOLZ, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, p. 122.

⁷ *Ibidem*, p.125.

No pensar de Calmon de Passos⁸, nessa nova postura, não se exige apenas que ao criar leis o legislador trate igualmente os destinatários da norma, e sim que legisle para que, na convivência social, as desigualdades constitucionalmente desautorizadas não sobrevivam ou se instalem. E arremata o mesmo autor: “cumpre legislar desigualando quando necessário para produzir igualdades em termos sociais, políticos, econômicos, ou seja: cumpre que a igualdade formal se some à igualdade material”.⁹

Era indispensável, pois, aplicando-se o critério aristotélico da igualdade, baseado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente, e os desiguais, de forma desigual, determinar que pressupostos fáticos consentiriam ao legislador estabelecer o tratamento jurídico distinto, visto que estes devem ter justificativas reais, plausíveis e racionais.

2.4 NOVA POSTURA ESTATAL: DO ABSTENCIONISMO PARA O INTERVENCIONISMO.

Ao longo destas considerações, percebe-se que a concepção de igualdade dominante no Estado Liberal era meramente abstrata e formal. Buscou-se assegurar o igualitarismo perante a lei, porém a realidade fática era outra.

O Estado Liberal, como o próprio nome já diz, valorizou profundamente a liberdade humana, preconizando a interferência mínima do Estado na vida social, elevando a liberdade contratual ao primeiro plano.

Dalmo de Abreu Dallari explica que “[...] o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do

⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. **O princípio de não discriminação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>. Acesso em: 11 de setembro de 2006.

⁹ Ibidem.

coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado Liberal”¹⁰. E, ao criticar e mencionar as conseqüências desta mentalidade, observa que

Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorava a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos e menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes.¹¹

Assim, a classe burguesa, que outrora havia atuado como força revolucionária em contraposição ao Estado Absolutista, comportava-se de forma conservadora, impossibilitando que o Estado interferisse minimamente para modificar a situação e corrigir as injustiças sociais. Registre-se que essa situação insustentável estimulou, já no século XIX, movimentos socialistas que propugnavam idéias intervencionistas que já não mais poderiam ser contidas.

Durante o século XX, os anseios sociais eram intensos no sentido de minimizar as desigualdades econômicas. E, com o advento da II Guerra Mundial, estimulou-se, ainda mais, uma atitude intervencionista do Estado.

Assinala Dallari algumas conseqüências deste processo de intervenção estatal:

Assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, o Estado vai ampliando sua esfera de ação. E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado. Terminada a guerra, ocorre ainda um avanço maior do intervencionismo, pois inúmeras necessidades novas impõem a iniciativa do Estado em vários setores: na restauração dos meios de produção, na reconstrução das cidades, na readaptação das pessoas à vida social, bem como no financiamento de

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 275.

¹¹ Idem, p. 277.

estudos e projetos, sugeridos pelo desenvolvimento técnico científico registrado durante a guerra.¹²

Tornava-se indispensável conferir outro tipo de tratamento aos indivíduos, através de um sistema de controle social que assegurasse a igualdade substancial. Nessa nova postura, o Estado abandona a sua histórica posição de neutralidade e passa a atuar positivamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

Mas, para isso, também era preciso passar a compreender o indivíduo em sua singularidade.

Se, quando analisados em suas especificidades, todos são diferentes seja qual for o aspecto – patrimônio, renda, educação, etnia, religião, cultura, sexo, idade, etc – seria inadmissível cogitar alcançar a igualdade substancial a partir do tratamento generalizado a todos os indivíduos. É o que se pode concluir dos dizeres de Flávia Piovesan:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção. Nesse cenário, por exemplo a população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.¹³

Neste sentido, também são as seguintes considerações de Hans Kelsen:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas

¹² Idem, p. 280.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005. p. 46-47.

e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.¹⁴

Verifica-se, portanto, que a igualdade substancial ou material exige especial atenção à variedade de situações individuais e de grupos que mereçam tratamento diferenciado, exatamente para que a proteção e a defesa de interesses de pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas não restem prejudicadas e esquecidas.

Todavia, falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como sua concretização ou seu reflexo. É por isso mesmo que a grande maioria dos textos constitucionais disciplina, conjuntamente e de forma extrinsecamente inafastável, tanto o princípio da igualdade como o princípio da não discriminação, conforme se deduz do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal brasileira no sentido de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Portanto, o princípio da igualdade constitucionalmente orienta para a busca da isonomia no contexto da diferença, indo muito além da mera proibição da discriminação.

A Prof.a Carmen Lúcia Antunes Rocha já havia concluído, em 1996, que não bastava proibir a discriminação, fazendo a seguinte afirmação:

Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era o bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da **vedação da desigualdade**, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou

¹⁴ KELSEN, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed., 14ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p.11.

comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.¹⁵

Portanto, desta dimensão eminentemente formal do princípio da igualdade decorre a proibição de práticas diferenciadoras desautorizadas ou injustificadas, ou seja, a prática de discriminações arbitrárias. Desta forma, para se aferir se um dado tratamento diferenciado ofende, ou não, o princípio da igualdade, deve-se indagar:

se o tratamento diverso outorgado a uns for "justificável", por existir uma "correlação lógica" entre o "fator *discrímen*" tomando em conta e o regramento que se deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.¹⁶

Conclui-se que a aplicação concreta do princípio da igualdade implica um juízo de comparação entre duas ou mais pessoas, categorias ou situações, permitindo, a partir desse juízo de comparação, o tratamento diferenciado de um em relação ao outro, sempre que a situação concreta assim o exigir, sem se configurar como discriminação arbitrária.

2.5 RETROSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, importante destacar que este sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros, muito embora, insuficiente para possibilitar a vedação de tratamentos discriminatórios.

Em uma breve retrospectiva, verifica-se que, na Constituição Imperial de 1824, já se previa o princípio da igualdade perante a lei, embora ainda existisse o regime político da escravatura.

¹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996. p. 284.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Op. Cit.** p.49.

A Constituição Republicana de 1891, mais progressista e inspirada nas revoluções da América do Norte e da França, também trazia a previsão da igualdade formal, mas não se deteve apenas a isso: baniu oficialmente qualquer privilégio inspirado no nascimento da pessoa, como, por exemplo, as regalias e os títulos nobiliárquicos.

Já no século XX, a Constituição popular de 1934, que também garantia a igualdade perante a lei, proibiu qualquer espécie de privilégios ou distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou idéias políticas¹⁷. Mas, a igualdade substancial era ainda um mito. Também nesta Constituição, equiparou-se os direitos dos estrangeiros residentes no país aos dos brasileiros natos no que dizia respeito à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade.

A Constituição outorgada de 1937, que traduziu a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, também previa a mesma cláusula da igualdade perante a lei. Contudo, neste período, consolidaram-se as leis trabalhistas, mediante as quais se proibiu a discriminação com base em sexo, nacionalidade e idade no tocante ao rendimento do trabalhador.

Além de reafirmar o princípio da igualdade, a Constituição de 1946 proibiu textualmente a propaganda de preconceitos de raças ou classe. Ainda sob a vigência desta Carta, ocorreu a Proclamação dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948, na qual ficava estabelecido que

Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de

¹⁷ Constituição Brasileira de 1934, artigo 113, 1: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.¹⁸

Na Constituição Federal de 1967, nada de novo se criou, permanecendo a previsão apenas da igualdade formal. Houve, no entanto, a constitucionalização do dever de punição do preconceito, o que pode ser considerado um avanço.

Porém, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que esse panorama, efetivamente, transformou-se. Em vários dispositivos, o constituinte sinalizou dando a entender que um novo conteúdo seria empregado ao princípio da igualdade.

No próprio preâmbulo dessa carta, já se verificam os objetivos da Assembléia Nacional Constituinte, qual seja:

[...] instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].¹⁹

No artigo 3º da Constituição de 1988, ficam estabelecidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. São eles:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁰

Destaque-se a importância deste dispositivo, uma vez que representa uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, significando também uma proposta de sociedade diferente das anteriores. Sobre este artigo, observa Carmen Lúcia Antunes Rocha:

[...] todos os verbos utilizados na expressão normativa - construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República

¹⁸ Artigo II – 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰ Incisos do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.²¹

Além disso, houve uma supervalorização do princípio da igualdade que inaugura o tratamento dos direitos fundamentais no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, demonstrando a relevância da posição topográfica da isonomia na estruturação das garantias fundamentais.

Ao cabo das considerações procedidas, nas quais se pretendeu introduzir algumas noções preliminares de grande relevância para a compreensão da matéria, pode-se ingressar no cerne da questão.

²¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996. p. 289.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Já é opinião formada entre diversos estudiosos que a luta contra as mais variadas formas de discriminação não alcança a eficácia pretendida somente através de normas de caráter proibitivo.

Segundo Barbosa Gomes,

na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem conducente ao bem-estar individual ou coletivo.²²

E assevera o mesmo autor que a eliminação da discriminação e dos seus efeitos mais perniciosos requer o uso de medidas positivas, afirmativas, aptas a interromper o processo discriminatório e a promover, através do seu efeito pedagógico, a correção das injustiças por este provocadas.²³

Como se sabe, em muitos países, apesar da existência de diversos dispositivos constitucionais e legais que asseguram a igualdade jurídica como forma de mitigar as situações de discriminação e inferioridade em que certos grupos se encontram, pouco ou nada se conseguiu mudar de concreto na condição sócio-econômica dos referidos grupos ou pessoas. Assinala também no mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio Mello quando afirma que “é preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso [...]”²⁴

²² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

²³ Idem, p. 77.

²⁴ MELLO, Marco Aurélio. **Ótica Constitucional: A igualdade e as ações afirmativas.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru, Ed.34, abr./jul. 2002. p. 20.

Ainda na mesma linha, vêm da ilustre professora Carmen Lúcia Antunes

Rocha as seguintes palavras:

Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.²⁵

Ademais, conforme salientado no capítulo anterior, a insuficiência da concepção da igualdade formal como instrumento de combate ou redução das formas de discriminação, conduziu legisladores, governantes e intérpretes da lei (leia-se: magistrados) a saírem da neutralidade e admitirem normas de caráter afirmativo. Imperava, pois, que o Estado, em suas diversas esferas, renunciasse à sua clássica posição de neutralidade em questões sociais e passasse então a assumir uma posição ativa.

Mas o que viriam a ser essas “normas de caráter afirmativo” e essa “posição ativa”? É do que passaremos a tratar.

3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS.

As ações afirmativas recebem, no Brasil e no direito comparado, várias denominações. Dentre elas, cite-se: discriminação positiva, discriminação compensatória e discriminação reversa. Percebe-se que as divergências acerca das ações afirmativas são várias, a começar pela sua nomenclatura.

Podem-se conceituar as ações afirmativas como o conjunto de medidas tendentes a promover a igualdade material assegurada no ordenamento jurídico

²⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op cit. p. 284.

constitucional, superando discriminações ou tratamentos desiguais dispensados a minorias social, política, econômica e/ou historicamente desfavorecidas.

Convém, contudo, explicar o sentido em que é empregado aqui a expressão “minorias”.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha,

Não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, *minoría*, no direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria [...], em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, **a *minoría*, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número 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 *minorías*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.**²⁶

Ainda sobre o termo “minorias”, Serge Atchabahian destaca que este não guarda parâmetro com a quantidade, mas sim com a discriminação sofrida por um determinado grupo.²⁷

Desta forma, para a autora supracitada, as ações afirmativas seriam as exigências de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas e juridicamente desigualladas por preconceitos arraigados culturalmente e que precisam ser superados para que se atinja a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente.²⁸

Para Joaquim B. Barbosa Gomes,

²⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op cit. p. 285.

²⁷ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2006. p.168.

²⁸ Idem, ibidem.

as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral e específica, através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.²⁹

Também destaca Gomes, na introdução de sua obra “Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade” que as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. E explica que tais medidas são de cunho pedagógico e impregnadas de um caráter de exemplaridade.³⁰

Luiz Alexandre Cruz Ferreira, analisando o conceito acima, adverte que

A vinculação das ações afirmativas à "raça, gênero, idade, etnia e compleição física" também não revelam o problema em sua inteireza. Referidos critérios excluem da proteção um contingente incalculável de pessoas inseridas em contexto social desfavorável que não se encaixam na diagramação invocada e que, no entanto, também devem ser consideradas desprotegidas socialmente e, portanto, objeto de políticas afirmativas. Tomem-se como exemplos os trabalhadores rurais sem terra, os urbanos sem teto, e tantos outros.³¹

²⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

³⁰ Idem, p. 6.

³¹ FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; FERREIRA, Alexandre Mendes Crus. **Hermenêutica afirmativa e horizontes ontológicos da discriminação positiva.** Re-pensando o conceito das ações afirmativas. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6054>>. Acesso em: 11 de outubro de 2006.

Cruz Ferreira critica tal conceito por entender que ele restringe o campo de abrangência das ações afirmativas e, por isso, propõe uma visão mais ampla das medidas de discriminação positiva, com o objetivo de determinar uma ampliação de seus horizontes de efetivação, permitindo uma inclusão maior de pessoas no rol dos beneficiados com as medidas antidiscriminatórias. Sobre o alcance das ações afirmativas, o autor menciona que

A doutrina alienígena parece ostentar uma visão mais abrangente das medidas de discriminação positiva. Fala-se até mesmo num Direito Antidiscriminatório (Unzueta, 1997), assentado, entretanto, em um caráter grupal. Ocorre que, neste cenário, ficaria excluída a possibilidade de utilização das medidas de discriminação positiva ao indivíduo que não se encaixe em um modelo previamente estabelecido, situação que pode redundar em grande injustiça e limitar injustificadamente as possibilidades das medidas protetivas.³²

Desta feita, consoante observa Cruz Ferreira, as ações afirmativas podem ser consideradas como

O conjunto de medidas públicas ou privadas de atendimento a demandas específicas de pessoas individualmente consideradas, mas inseridas em um contexto social desfavorável, potencialmente capazes de promover alguma mudança social.³³

Na concepção de Renata Malta Vilas-Bôas, as ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, compulsória ou espontaneamente, com o objetivo específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade.³⁴

Serge Atchabahian, seguindo esta mesma linha de raciocínio, observa que as ações afirmativas, embora ainda não se constituam intervenções governamentais dotadas de força e efetividade suficientes para eliminar desigualdades históricas, podem assumir um papel significativo para corrigi-las na

³² Idem, p.2.

³³ Idem, p.2.

³⁴ VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.29.

atualidade, buscando a promoção de mecanismos que ofereçam igualdade de oportunidades.³⁵

Por fim, nos dizeres de Flávia Piovesan,

As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.³⁶

3.3 SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.

Conforme já abordado no capítulo anterior, a mudança de postura do Estado, que antes se mantinha em estado de aparente neutralidade, implicou a criação de um terreno propício à implementação de políticas governamentais tendentes a assegurar igualdade substancial a todos, independentemente de raça, credo, gênero, idade etc.

Desse imperativo de atuação positiva do Estado nasceram as ações afirmativas, concebidas, pioneiramente, nos Estados Unidos da América. Falando sobre esse surgimento, ressalta Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, o *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas

³⁵ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 202.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005. p. 49.

empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente.³⁷

Vilas-Bôas menciona que o discurso proferido pelo presidente norte-americano Lyndon Johnson foi considerado um avanço na tentativa de criar mecanismos de combate à desigualdade. Relata a autora:

O discurso proferido por Johnson na Howard University, em Washington, tornou-se marcante. Eis que em um dado momento afirmou que não se podia pegar alguém que esteve preso pelos pés durante muito tempo e colocá-lo na linha de largada e, simplesmente, dizer: “pronto, agora você pode competir com todos os outros”.³⁸

É necessário destacar que as ações afirmativas, inicialmente, destinaram-se à redução de práticas discriminatórias contra determinadas pessoas especificamente no âmbito das relações de emprego, buscando efetivar a igualdade de condições e oportunidades nas seleções. Em um segundo momento, houve a disseminação de suas práticas para as áreas do ensino superior e empresarial, tanto no setor público quanto no privado.

Apesar de o termo “ações afirmativas” terem surgido nos Estados Unidos, há registros de que foram tomadas medidas de discriminação positiva na Ásia, especificamente na Índia, já na década de 1940. Tais medidas, inicialmente implantadas pelo colonialismo britânico, tinham por fim possibilitar que o parlamento passasse a ser constituído por representantes das castas consideradas inferiores. Também se adotou as ações afirmativas em vários outros países das mais diferentes correntes ideológicas, como, por exemplo: Sri Lanka, Nigéria, Paquistão, Ceilão e etc.

Neste contexto, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e em vários instrumentos normativos internacionais, surgem políticas sociais de apoio e de

³⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op cit. p. 285.

³⁸ VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.33.

promoção de determinados grupos socialmente fragilizados e discriminados. Na esfera internacional, podemos citar: a Convenção nº 111 da OIT, a Convenção da Unesco contra a Discriminação na Educação, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outras.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada em 1965 na ONU e ratificada atualmente por 167 Estados, dentre eles o Brasil (desde 1968), define a discriminação racial como

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Este mesmo raciocínio inspirou a definição de discriminação contra a mulher, quando da criação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher pela ONU, em 1979, que estabelece o seguinte:

Artigo 1º - Para fins da presente convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que se tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

É importante destacar que as citadas convenções contemplam a possibilidade de inserção de medidas de discriminação positiva pelos Estados signatários como forma de inclusão destes grupos ou pessoas socialmente vulneráveis.

Outro relevante fator histórico que contribuiu sobremaneira para a consagração das ações afirmativas enquanto mecanismo de redução de desigualdades foi a atuação da Suprema Corte Norte-Americana, influenciando, posteriormente, a jurisprudência e a doutrina no mundo inteiro, inclusive no Brasil.

Carmen Lúcia Antunes Rocha destaca que

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. A ela – e, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a elas cabe esse mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais.³⁹

Desta forma, essa alteração no comportamento das Cortes Constitucionais de todo o mundo é que levou à consciência de que seria necessária uma transformação na forma de se interpretar e aplicar os direitos, sobretudo aqueles tidos como fundamentais.

O que se percebe é que o surgimento das ações afirmativas se dá em compasso com a mudança do conteúdo do princípio da igualdade – que passa de um conceito estático e ultrapassado para um conceito dinâmico e atento às mutações sociais – e postura do Estado frente aos problemas sociais.

É o que se deduz das palavras de Renata M. Vilas-Bôas quando fala sobre o princípio da igualdade de oportunidades:

O que transforma esse princípio em um princípio inovador nos Estados sociais decorre do fato de que a vida social nada mais é do que uma forma de competição que tem como objetivo a aquisição de bens escassos. Desta forma, entende Maren Guimarães Taborda que, visando à colocação de todos os indivíduos da sociedade de forma que tenham iguais condições de competição por aqueles bens da vida tidos como essenciais, é preciso favorecer alguns indivíduos diante de outros, criando, de forma artificial, discriminações que de outro modo não existiriam. Passamos a ter uma desigualdade para se atingir uma igualdade, posto que esta desigualdade visa corrigir uma desigualdade pretérita. A nova igualdade passa a ser o “resultado da equiparação” entre duas desigualdades.

3.4 OBJETIVOS.

Feitas as considerações preliminares, estudados os seus conceitos, analisado o surgimento das ações afirmativas, importa agora delimitar os objetivos.

³⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op cit. p. 286.

Já se sabe que as ações afirmativas são instrumentos de inclusão de minorias, visando o combate não apenas das manifestações ostensivas de discriminações, mas também daquelas estruturais, do cotidiano, enraizadas na sociedade.

Observe-se que deste conceito já se extrai um objetivo em si mesmo, qual seja: visar “o combate não apenas das manifestações ostensivas de discriminações, mas também daquelas estruturais, do cotidiano, enraizadas na sociedade”. Percebe-se, portanto, que um conceito qualquer de ação afirmativas já traz em si um fim em si mesmo.

Barbosa Gomes assinala que os defensores das ações afirmativas justificam sua adoção com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso modo de combate à discriminação se limitasse à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas. E acrescenta que proibir é insuficiente; é preciso promover da igualdade material.⁴⁰

Por conseguinte, decorre como objetivo primordial e geral das ações afirmativas o ideal de concretização da igualdade substancial. Ou seja, provocar uma efetiva igualação na esfera social, política e econômica, superando o isolamento ou inferiorização social em que encontram algumas minorias.

Desta forma, figuram no rol dos objetivos específicos almejados pelas as ações afirmativas, segundo Joaquim B. Barbosa Gomes⁴¹:

- a) Induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de

⁴⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44.

⁴¹ Idem, p. 44 -49.

subordinação de uma raça em relação a outra, do homem relação à mulher.

- b) Eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar.
- c) Implantar diversidade e representatividade de grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada, fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, o máximo possível, em harmonia com o caráter plúrimo e multicultural da sociedade, criando exemplos vivos de mobilidade social.

É necessário ressaltar que as ações afirmativas, quando criadas, têm um fim específico e agem dentro de um limite temporal determinado e, ainda, atingindo somente áreas determinadas da sociedade.

Segundo Vilas-Bôas, deve-se estipular um prazo dentro do qual devem ser implementadas as medidas de discriminação positiva, podendo ser o mesmo preestabelecido ou, ainda, mantido até quando o objetivo daquela ação afirmativa for atingido. E acrescenta que a abrangência das ações afirmativas ficaria restrita e definida de forma que somente algumas áreas específicas seriam visadas por essas políticas.⁴²

3.5 AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO NORMAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS POSITIVAS.

Há efetivamente dois tipos de normas destinadas a combater a discriminação e seus efeitos.

Primeiramente, têm-se as normas de caráter nitidamente proibitivo, ou seja, negativo, pelas quais se busca apenas proibir e combater a conduta discriminatória.

⁴² VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.32.

Esta espécie de norma predominou, sobretudo, durante a concepção de Estado manifestamente abstencionista. No direito Brasileiro e no alienígena, tais normas compreendem um arcabouço constituído tanto de normas de natureza constitucional quanto de natureza infraconstitucional. No Brasil, podemos citar como exemplo de norma proibitiva constitucional os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo os quais:

Art. 5º [...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Em segundo lugar estão as normas de caráter promocional ou, em outras palavras, de caráter positivo, trazendo em seu conteúdo medidas de fomento, de afirmação ou de restauração de direitos lesados ou ameaçados de lesão. Nesta classificação é que se inserem as ações afirmativas, exatamente como fórmulas para tentar efetivar a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos ou por simples omissão da sociedade.

Outrossim, tanto no direito pátrio quanto no direito comparado, também é possível encontrar normas de caráter nitidamente afirmativo de combate à discriminação. Cite-se alguns dispositivos constitucionais da Lei Maior brasileira:

Art. 7º [...]

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

Art. 37 [...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 170 [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 145 [...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Verifica-se que tais dispositivos constitucionais impõem uma “ação afirmativa” no sentido de favorecimento de grupos que se inserem em uma situação especial no que diz respeito ao sexo, à compleição física e à atividade econômica (no caso das micro-empresas), que o legislador constituinte os considerou passíveis de tratamento diferenciado para que se coloquem nas mesmas condições de competição e oportunidade que os demais.

3.6 MODALIDADES DE AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas podem ser implementadas através de diversos mecanismos, desde que tenha por fim superar discriminações e efetivar a igualdade substancial. Porém, pouco se sabe à respeito das modalidades existentes de discriminações positivas. Muito se fala das “políticas de cotas”, o que acaba por induzir à crença de que as ações afirmativas se restringem à fixação de cotas para determinados grupos considerados desfavorecidos.

Sobretudo no Brasil, o termo “política de cotas” ganhou grande destaque quando diversas universidades públicas cogitaram ou implantaram o sistema de cotas raciais em seus vestibulares com o fim de promover a inclusão de negros e afro-descendentes no ensino superior brasileiro.

Contudo, após uma análise mais aprofunda, constata-se que falta no Brasil um maior conhecimento das modalidades que podem ser utilizadas na adoção das ações afirmativas. Conforme dito anteriormente, entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, o que é incorreto, uma vez que reduz o instituto a uma só tipo de estratégia, restringindo a sua abrangência.

Além disso, não permite que a sociedade identifique, em outras situações de discriminação positiva, que não seja o sistema de cotas, uma hipótese de adoção de ações afirmativas, como, por exemplo: a técnica de incentivos fiscais.

Ressalte-se que o poder do Fisco é um importante instrumento de motivação no setor privado para a inserção de ações afirmativas dentro de suas empresas. É este o raciocínio de Barbosa Gomes:

De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privados) voltados à erradicação dos efeitos da discriminação de cunho histórico.⁴³

Na verdade, deve-se ter em mente que a ação afirmativa engloba diferentes tipos de estratégias e práticas. Além disso, requer a vinculação à metas e cronogramas a serem obedecidos, uma vez que estas medidas devem ser de caráter temporário. É este o ensinamento que se depreende das palavras de Serge Atchabahian:

Da mesma forma, a ação afirmativa não é necessariamente sinônimo de criação de quotas mínimas para participação de minorias em determinado segmento, muito embora tal sistema configure sua mais efetiva atuação. Existem diversas outras maneiras de implantação de ações positivamente discriminatórias, capazes de promover avanços na busca da superação da desigualdade material, tais como incentivos fiscais, implementos promocionais, títulos em licitações, entre outros.⁴⁴

Para Luiz Fernando Martins da Silva, o sistema de cotas constitui, na realidade, uma segunda etapa das ações afirmativas, uma vez que decorre da necessidade de concretizá-las. Assinala o autor:

Constatada nos EUA a ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual das ações afirmativas, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso a representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. Data também desse período a vinculação entre ação afirmativa e o atingimento de certas metas estatísticas concernentes à presença de negros e mulheres num determinado setor do mercado de trabalho ou numa determinada instituição.⁴⁵

⁴³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2006.

⁴⁴ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 168.

⁴⁵ SILVA, *apud* ATCHABAHIAN. **Op. Cit.** p. 174.

O mesmo autor atenta para o fato de que não só as pessoas físicas podem ser sujeitos de ações afirmativas, mas, igualmente, as pessoas jurídicas, as pequenas empresas, empresas ou associações de grupos minoritários discriminados, como negros, mulheres, deficientes físicos, etc.

Desta forma, os mecanismos de discriminação positiva não exigem, necessariamente, o estabelecimento de cotas. Dentre as estratégias, existem medidas que fomentem a busca por pessoas de outro sexo, raça ou com determinada deficiência física por parte das empresas, sem esquecer da adequação destes profissionais às realidades das atividades da empresa. O que ocorre é que os sujeitos das ações afirmativas representam um imenso conjunto constituído de excluídos ou marginalizados⁴⁶.

Tais medidas acabam por demonstrar a preocupação de algumas empresas em proporcionarem acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas que, normalmente, não têm representatividade em determinadas funções e cargos.

⁴⁶ Idem, p. 169

4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

4.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS.

No Brasil, os primeiros registros históricos que propiciaram um progresso, ainda tímido e sem repercussões significativas, no sentido de diminuir discriminações e desigualdades, datam de tempos remotos. Cite-se, como exemplos, a lei áurea, diploma legal que aboliu o regime escravocrata, embora não tenha se preocupado em oferecer condições dignas de sobrevivência aos negros; o grande processo de naturalização de estrangeiros em 1891, como uma tentativa de permitir que estes gozassem dos mesmos direitos oferecidos aos brasileiros natos; bem como a fixação do Estado laico no Brasil, assegurando a liberdade de culto e igualdade entre todas as religiões.

Não obstante o tema em questão seja pouco difundido entre estudantes e operadores do direito, os primeiros debates sobre ações afirmativas no Brasil, surgiram somente a partir da década de 90.

Em 1996, foi elaborado o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) pelo Ministério da Justiça, em conjunto com diversas organizações da sociedade civil, tendo por objetivo identificar os principais obstáculos à promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil. Também tem por finalidade eleger prioridades e apresentar propostas concretas que busquem equacionar os mais graves problemas que impossibilitem ou dificultem a plena concretização dos direitos humanos no Brasil.

Entre as soluções propostas, verifica-se a presença de várias medidas de discriminação positiva, como, por exemplo: formular políticas públicas para a defesa dos direitos das mulheres, incentivar ações de iniciativa privada que promovam

discriminação positiva a favor dos negros, bem como propor normas relativas ao acesso dos portadores de deficiência ao mercado de trabalho e ao serviço público.

Nos últimos anos, têm circulado no Congresso Nacional diversos projetos de leis visando a introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro de algumas modalidades de ações afirmativas. Exemplificando, há o Projeto de Lei nº 3.198 de 2000 que visa instituir o Estatuto da Igualdade Racial, o qual prevê a instituição de diversas “medidas compensatórias” destinadas a promover a efetivação do princípio constitucional da igualdade em prol da comunidade negra brasileira. Dentre algumas propostas, sugere-se o estabelecimento de cota de, pelo menos, 20% para o acesso a afro-descendentes a cargos públicos, através de concurso público, a nível federal, estadual e municipal⁴⁷. Há também o Projeto de Lei nº 73 de 1999 que visa instituir a reserva de vagas na graduação de universidades públicas para negros.

Por oportuno, deve-se ressaltar que, efetivamente, as ações afirmativas ganharam destaque a partir da polêmica inserção do sistema de cotas nos exames vestibulares de algumas universidades públicas, destinadas ao acesso ao nível superior de afro-descendentes e alunos de baixa renda.

4.2 PERMISSÃO CONSTITUCIONAL PARA AS AÇÕES AFIRMATIVAS.

Neste capítulo, até o presente momento foram apresentados alguns precedentes históricos que demonstram a preocupação em proteger minorias discriminadas e eliminar desigualdades históricas acumuladas ao longo do tempo, buscando assegurar a igualdade de oportunidades e tratamento. Resta, pois, demonstrar de que forma o ordenamento jurídico constitucional brasileiro possibilita

⁴⁷ Art. 20 do Projeto de Lei nº 3.168 de 2000 que institui o Estatuto da Igualdade Racial em defesa dos que sofrem preconceitos ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências.

e comporta ações afirmativas em seu arcabouço e quais dispositivos constitucionais revelam a intenção do legislador em garantir a igualdade substancial.

O preâmbulo da Lei Maior brasileira, não obstante as divergências acerca de sua força normativa, traduz um conjunto de intenções e valores que deverão direcionar a nova idéia de direito concretizada na Constituição, como um norte interpretativo. Alexandre de Moraes assevera que o preâmbulo “deve ser observado como elemento de interpretação e integração de diversos artigos que lhe seguem”.⁴⁸

Desta feita, são objetivos da Assembléia Nacional Constituinte

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** [...]⁴⁹

Tais objetivos demonstram também a ruptura com um ordenamento constitucional anterior e o surgimento de um novo Estado, sinalizando, ainda, a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava até então para o princípio da igualdade, num sentido meramente formal.

Em verdade, o princípio da igualdade, conforme se acha na Constituição Federal, sofreu intensa transformação comparado com o princípio da igualdade inserido nas constituições anteriores. No dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, "a passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988."⁵⁰ Desta forma, o novo princípio da igualdade exige que se pense a igualdade jurídica no instante presente, em constante movimento, em processo de realização permanente. Esta seria a concepção dinâmica do princípio da igualdade.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas. 2003. p.49.

⁴⁹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa**: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996. p..288.

Mas esta transformação, não só do conteúdo do princípio da igualdade, como também de outros princípios que informam e direcionam o modelo constitucional positivado na Carta de 1988, se expressa, sobretudo, através do artigo 1º⁵¹, que revela quais são os fundamentos da República Federativa do Brasil, e do artigo 3º⁵² do texto constitucional, que traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Sobre este último dispositivo, necessário transcrever as palavras do Ministro Marco Aurélio Melo:

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

⁵¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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

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

⁵² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores.⁵³

Mais uma vez merecem ser citadas as assertivas de Carmen Lúcia

Antunes Rocha:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. [...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental a todos.⁵⁴

Como se percebe, os objetivos contidos nos incisos do art. 3º da Magna Carta traduzem, exatamente, as mudanças necessárias para se alcançar a igualdade substancial. Mudanças que só serão concretizadas através de uma postura ativa do Estado, em outro dizer, através das ações afirmativas. Ora, já que se busca promover o bem de todos, pode-se afirmar que há uma autorização para a utilização das ações afirmativas, afinal, somente com uma conduta ativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República.

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

⁵³ MELLO, Marco Aurélio. **Ótica Constitucional**: A igualdade e as ações afirmativas. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru, Ed.34, abr./jul. 2002. p. 18.

⁵⁴ ROCHA. **Op. Cit.**, p.289

Desta feita, somando os objetivos fundamentais do art. 3º ao princípio da igualdade previsto no *caput* do art. 5º ter-se-á a possibilidade de inclusão das ações afirmativas no Ordenamento Jurídico Constitucional Brasileiro, uma vez que as atividades públicas deverão ser norteadas pelos dispositivos acima referidos.

4.3 AÇÕES AFIRMATIVAS INSERIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

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

Exemplos destas ações afirmativas estão previstas nos art. 7º, XX⁵⁵, art. 37, VIII⁵⁶, art. 145, § 1º⁵⁷ e art. 170, IX⁵⁸ do texto constitucional e tratam, respectivamente, da proteção ao mercado de trabalho da mulher, da reserva de percentual de vagas de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, da graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Além do direito social fundamental de proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante ações afirmativas específicas previstas em lei, inscrito no art. 7º, XX, da Constituição da República, os legisladores já tomaram um importante

⁵⁵ Art. 7º [...]

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

⁵⁶ Art. 37. [...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

⁵⁷ Art. 145 [...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁵⁸ Art. 170 [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País,

passo no rumo da superação das desigualdades materiais entre homens e mulheres reconhecidamente existentes no Brasil.

No que diz respeito à participação das mulheres na política, houve importante avanço em decorrência da Lei nº 9.504/97 que, em seu art. 10, § 3º⁵⁹, estabeleceu que, pelo menos, 30% das candidaturas dos partidos políticos brasileiros devem ser reservadas para cada sexo, permitindo-se, assim, que esse patamar mínimo fosse reservado às mulheres. As mulheres negras vivem uma situação de exclusão ainda mais acentuada no tocante à representação política, bastando lembrar que nos seus mais de 400 anos de história, a Câmara de Vereadores de São Paulo teve apenas duas mulheres negras.⁶⁰

Deve-se destacar, também, como forma de proteção ao mercado de trabalho da mulher, a lei nº 9.029/95 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de outras práticas discriminatórias contra as mulheres para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, como medida de correção de rumos no tocante ao direito das mulheres.

Quanto à segurança e integridade física, deve-se mencionar a recente lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada de lei “Maria da Penha”, que prevê punições mais severas no caso de violência doméstica contra as mulheres.

Sobre o tratamento diferenciado outorgado pela Constituição Federal de 1988 às mulheres, assevera Vilas-Bôas:

Apesar de a Constituição Federal de 1988 adotar a isonomia entre os sexos, podemos observar que a própria Lei Magna reconhece que existem

⁵⁹ Lei nº 9.504/97, art. 10 [...]

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

⁶⁰ Conforme notícia colhida no site do STF intitulada "Jobim discute ações afirmativas no campo racial", publicada no dia 18/06/04, às 20h58m.

desigualdades entre eles, advindas dos aspectos físico-psicológicos e culturais.⁶¹

Desta forma, com o objetivo de equilibrar as desigualdades existentes, a Carta Magna estabelece que se deva buscar a igualdade entre os sexos, porém, quando houver impossibilidade de se equiparar os sexos, em razão das características próprias e das circunstâncias culturais, dever-se-á adotar mecanismos de nivelamento com o objetivo específico de se atingir a igualdade. Tais mecanismos podem, perfeitamente, serem denominados de ações afirmativas.

Com relação à situação dos deficientes físicos, importa, primeiramente, conceituar o que se deve depreender do termo “portador de deficiência física”.

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de viver em condições iguais às outras pessoas, com igualdade de oportunidades de trabalho e de condições mínimas de dignidade.

Infelizmente, é de conhecimento de todos que, em muitas ocasiões, os portadores de deficiência física eram afastados de alguns cargos públicos sob o absurdo argumento das bancas examinadoras de que a deficiência os estigmatizariam e impediriam o exercício da autoridade de que alguns cargos se revestiam.

Levando em consideração o conceito e situação acima descritos é que a Constituição Federal garantiu tratamento favorecido aos portadores de deficiência, assegurando-lhes um percentual mínimo dos cargos e empregos públicos no citado art. 37, inciso VIII.

⁶¹ VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.74-75.

Carmen Lúcia Antunes Rocha assinala:

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

Desta forma, a lei nº 8.112/90 regulamentou o mencionado dispositivo constitucional, destinando em seu art. 5º, § 2º ⁶² o percentual de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso para as pessoas portadoras de deficiência.

Sendo assim, também não destoa do princípio constitucional da igualdade a norma prevista na lei nº 8.666/93, art. 24⁶³ que possibilita a dispensa de licitação para contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos.

Por oportuno, vale a pena mencionar mais uma ação afirmativa criada em prol dos deficientes físicos. Trata-se do art. 93⁶⁴ da Lei nº 9.213/91 que, sensível à desigualdade no acesso ao emprego dessa categoria na iniciativa privada, estabeleceu que as empresas privadas deveriam empregá-los em percentuais mínimos, conforme o tamanho da atividade empresarial.

⁶² Lei nº 8.112/90, art. 5º[...]

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

⁶³ Lei nº 8.666/93, Art. 24 - É dispensável a licitação:

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

⁶⁴ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

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

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

Na verdade, tais exemplos demonstram a tentativa de normas jurídicas infraconstitucionais darem aplicação plena ao princípio constitucional da igualdade.

Portanto, não há o que se falar em violação ao citado princípio.

Se, até na esfera privada, o Estado, à luz do princípio da igualdade, pode intervir, criando normas tendentes a concretizarem a igualdade substancial, não poderia ser diferente no domínio econômico. Refere-se aqui ao art. 170 da Constituição que, além de se elencar os princípios gerais da ordem econômica, estabelece, no inciso IX⁶⁵, tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, tudo em conformidade com os ditames da justiça social.

Como se sabe, a concorrência pressupõe como condição essencial, necessária e imprescindível que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridades ou privilégios que possam colocá-los em situação especialmente vantajosa em relação aos demais.

Ocorre que, em situações de manifesta desigualdade de condições, como ocorre entre uma grande empresa e uma empresa de pequeno porte, não é possível dispensar a duas o mesmo tratamento. Estabelece-se um desequilíbrio, submetendo a segunda em condição de extrema desvantagem em relação à primeira. Esta desigualdade acabaria por desestimular o surgimento e crescimento de pequenas empresas, causando-lhes apatia e reduzindo, também, as possibilidades de concorrência.

Por estes motivos é que o Estado, mais uma vez, permite um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, como uma forma de reflexo ou

⁶⁵ Art. 170 [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

desdobramento do princípio da igualdade jurídica tal como concebido no constitucionalismo contemporâneo.

Eis aí uma modalidade explícita de ação afirmativa, tendo como beneficiário não um indivíduo pessoa física ou um grupo social, mas uma determinada categoria de empresa.

Por último, podemos citar também a Lei nº 10.741/2003 que instituiu o Estatuto do Idoso. A citada lei, após sete anos tramitando no Congresso Nacional, foi finalmente aprovada e representa a mais abrangente medida de inclusão social, uma vez que, no Brasil atual, segundo estatísticas do IBGE, cerca de 14.536.000 (catorze milhões, quinhentos e trinta e seis mil) pessoas apresentam idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos. Ressalte-se que esta lei talvez tenha sido o instrumento que mais avanço trouxe no tocante à promoção da igualdade material.

4.4 TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS.

Na esfera do Poder Legislativo Federal, encontramos propostas de ações afirmativas, sobretudo no que diz respeito ao acesso ao ensino superior.

Analisando o conjunto dos projetos, observa-se que são apresentadas diferentes propostas: a concessão da bolsa de estudo; uma política de reparação que, além de propor pagamentos de indenizações aos descendentes de escravos, propõe que o governo assegure a presença proporcional destes nas escolas públicas em todos os níveis⁶⁶; o estabelecimento de um Fundo Nacional para o Desenvolvimento de Ações Afirmativas; a alteração no processo de ingresso nas instituições de ensino superior, estabelecendo cotas mínimas para determinados grupos.

⁶⁶ Projeto de lei nº 3.198 de 2000 proposto pelo então deputado federal Paulo Paim (PT/RS)

Quanto à definição dos grupos beneficiados, os projetos estabelecem critérios raciais/étnicos ou sociais, ou procuram conjugar ambos os critérios. Naqueles que estabelecem grupos raciais, temos como público-alvo os "negros", "afro-brasileiros", "descendentes de africanos", ou setores "etno-raciais socialmente discriminados", em que estaria incluída a população indígena. Há também projetos específicos para a população denominada "carente" ou para os alunos oriundos da escola pública.

Esses projetos de lei ainda não foram aprovados pelo Congresso Nacional. No entanto, outras medidas afirmativas foram adotadas no plano federal.

No Ministério do Desenvolvimento Agrário, por exemplo, foi estabelecido, desde 2001, que 20% das funções de confiança e dos cargos em comissão do Ministério e do Incra seriam ocupados por servidores negros, e que as empresas terceirizadas que contratasse com referidos órgão deveriam manter em seus quadros esse mesmo percentual de pessoas negras.

O Ministro da Justiça, mediante Portaria, determinou que, até o fim de 2002, os cargos de assessoramento no Ministério fossem destinados 20% para os negros, 20% para as mulheres e 5% para os portadores de deficiência física, aplicando-se os mesmos percentuais para as empresas terceirizadas na contratação de seus funcionários.

Ainda no Executivo Federal, o Ministério das Relações Exteriores decidiu que a partir de 2002 seriam concedidas vinte bolsas de estudos para afro-descendentes que pretendessem preparar-se para o concurso de ingresso na carreira diplomática.

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

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

A implantação desses programas, contudo, não foi isenta de resistências e, conseqüentemente, de disputas judiciais. Tome-se como exemplo as inúmeras ações ajuizadas no Estado do Rio de Janeiro contra os programas de ações afirmativas implantados nas universidades fluminenses pelas Leis Estaduais nº 3.524/2000, nº 3.708/2001, nº 4.061/2003 e nº 4.151/2003.

Na ocasião, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu pela constitucionalidade dessas medidas. O acórdão proferido no julgamento da Apelação 2004.001.32883, de 16/05/2005, da 11ª Câmara Cível, tendo como Relator o Desembargador Cláudio de Mello Tavares, foi ementado da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com

discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito constante do art. 5º, da CF/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelos menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país. O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 159ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada. Recurso conhecido e improvido.

Na Justiça Federal de Curitiba, outrossim, diversas ações foram ajuizadas, contestando a previsão de reserva de vagas, ao argumento de serem atentatórias ao princípio da igualdade. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio de sua 3ª Turma, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.006358-2/PR, em julgamento unânime, tendo como relator o

Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, afirmou a constitucionalidade da Resolução nº 37/04, que instituía o programa de ações afirmativas na Universidade Federal do Paraná. Verifique-se a jurisprudência a seguir colacionada:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS E SOCIAIS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFEITOS IMEDIATOS. INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE.

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

2. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça, aí, está presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

4. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL nº 60/SP), a Universidade pode fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição têm efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades.

6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.

7. O Impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores a ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório.

Desta forma, percebe-se que, tanto no Poder Legislativo, através da criação de diversos projetos de leis, quanto no Poder Judiciário, mediante a

formação de precedentes jurisprudenciais, e no Poder Executivo, com a implementação de diversas políticas públicas, se vislumbra o reconhecimento da necessidade de adoção de medidas de ações afirmativas como forma de sedimentar a igualdade material.

4.5 CRITÉRIOS E LIMITES ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS.

Se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade é relativo e convive com diferenciações, por outro lado, evidencia-se que nem todas as diferenciações são aceitas e toleradas pacificamente. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional.

Para se aferir se um dado tratamento diferenciado ofende, ou não, o princípio da igualdade, o douto jurista Celso Antônio Bandeira de Mello sugere que devem ser analisadas três questões essenciais:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interessados absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁶⁷

Em suma, o ilustre professor enumera como critérios para identificação do desrespeito à isonomia a análise do critério discriminatório adotado, da justificativa lógica, racional e plausível para a discriminação proclamada e, por último, da correlação entre a citada justificativa e os valores e princípios prestigiados no sistema normativo constitucional.

Neste contexto, para saber se as ações afirmativas violam ou não o princípio constitucional da igualdade, utilizar-se-á os critérios sugeridos acima.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 3.ed., 14ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.21.

Com efeito, no que tange às medidas de discriminação positivas, o legislador, ao observar as diversas situações, erige algum ou alguns grupos de pessoas aos quais atribui tratamento diferenciado em razão da realidade social em que estes estão inseridos.

Assim, tomando como “fator de desigualação” o aspecto raça, o que autoriza esta discriminação é a situação de manifesta exclusão e desigualdade social e econômica em que permanecem os negros e afro-descendentes desde a época da escravidão.

Em recente pesquisa, o IBGE novamente divulgou estudo no qual a população declaradamente preta e parda tem menos escolaridade e rendimento médio equivalente à metade do recebido pela população branca, na média das seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE.⁶⁸

Ora, se aos negros são relegados os menores salários, os piores empregos, poucos cargos de destaque, poucas oportunidades de empregos em um país em que a maioria da sua população é enquadrada como preta ou parda, como dispensar-lhes tratamento igual aos brancos?

O mesmo ocorre com as mulheres, os deficientes físicos, os idosos, dentre outros, que se caracterizam, em muitas situações, como grupos desfavorecidos e discriminados social, política e/ou economicamente. Celso Antônio B. Mello assinala que

qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.⁶⁹

⁶⁸ Pesquisa extraída do site <http://www.ibge.gov.br> no dia 03/12/06.

⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 3.ed., 14ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.17.

Consoante averbado acima, cumpre agora proceder ao exame da correlação lógica entre o fator erigido como de desequiparação e o tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. Ou seja, cumpre perguntar se as ações afirmativas, quando discriminam positivamente um determinado grupo, guardam relação de pertinência com o fim a que se destinam? Há justificativa racional para atribuir tratamento diferenciado a estes grupos?

Conforme já assinalado laudas acima, as ações afirmativas se fundam na diminuição das desigualdades e discriminações sofridas por alguns grupos, como forma de promoção da igualdade substancial.

Desta feita, tomando como exemplo de discriminação positiva a regra contida no Estatuto do Idoso que assegura prioridade na tramitação dos processos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância⁷⁰, tem-se que a correlação lógica reside, exatamente, no elemento senilidade como critério escolhido para justificar a prioridade nas filas processuais, uma vez que uma pessoa idosa não goza de tempo e de saúde para esperar indeterminadamente pela prestação jurisdicional pretendida.

Portanto, o que torna admissível a discriminação positiva efetuada pela regra acima transcrita é a adequação entre fator “senilidade” e o regime dispensado aos que se inserem nesta categoria. Em outras palavras, há nexos plausíveis entre facultar aos idosos prioridades na tramitação dos processos por se presumir que não desfrutam mais da mesma saúde e tempo de vida para aguardarem um julgamento moroso.

⁷⁰ Lei nº 10.741 de 2003, Art. 71 É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

Não haveria, contudo, esta correlação lógica, por exemplo, no caso de uma lei que permitisse aos proprietários de carros vermelhos isenção no pagamento de IPVA e vedasse aos demais proprietários tal benefício. Neste exemplo, a cor do carro é o elemento tomado como critério distintivo. Contudo, não faz sentido algum conceder aos proprietários de carros vermelhos isenção ao pagamento do Imposto sob Propriedade de Veículo Automotor, uma vez que entre uma coisa e outra não existe qualquer nexos plausível.

Por derradeiro, para que uma discriminação legal não viole o princípio da igualdade, impende que haja consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição Federal. E para isso pergunta-se: as ações afirmativas, estão em consonância com os princípios contidos na Carta Maior?

Para responder a esta última pergunta, é necessário analisar, sobretudo, se os tratamentos diferenciados propostos pelas ações afirmativas se fundam em razão valiosa e resultam em benefícios para a coletividade.

Mello assinala que

[...] as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.⁷¹

A própria Constituição Federal já estabeleceu, em alguns de seus dispositivos, regras e princípios que servem de base e fundamento para as ações afirmativas. Cite-se, como exemplo, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que preceitua como fundamentos da nossa República, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Porém, não se pode olvidar que a noção de ação afirmativa está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e à

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 3.ed., 14ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.42.

idéia de cidadania, uma vez que a igualdade interpretada de modo substancial, como um mecanismo de equiparação e redução de desigualdades, busca, intrinsecamente, o bem-estar que dignifique o homem.

Seguindo esta linha, tem-se o artigo 3º da Constituição Federal que preceitua como objetivos fundamentais da República

[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁷²

Desta feita, ao objetivar a eliminação dos diversos tipos de discriminação, a carta constitucional, mais uma vez, dá ensejo para que as ações afirmativas façam parte do arcabouço jurídico pátrio.

Por fim, no artigo 5º da Constituição assegura-se o princípio da igualdade a determinar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Conforme já visto, sua interpretação deve ser sistemática e em consonância com os fundamentos e objetivos da República. Ocorre que o princípio da igualdade previsto no artigo 5º resplandece sobre quase todos os outros princípios previstos como base do ordenamento normativo fundamental. É guia de quase todos os outros princípios que informam e orientam o modelo constitucional positivado. Mas, indiscutivelmente, é guiado apenas por um, ao qual lhe ser como substância: o da dignidade da pessoa humana

Assim, pode-se afirmar indubitavelmente que, à luz dos princípios constitucionais, objetivos e fundamentos da República, as medidas de discriminação positiva estão em plena consonância com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

⁷² Art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia de Democracia se encontra intimamente ligada ao tema da Igualdade de tal forma que não se pode vislumbrar, ainda que sob ângulos diferentes, um sistema democrático que desconsidere a igualdade nas relações.

Por sua vez, é nessa interseção que a ação afirmativa vai buscar seu assento e legitimidade, almejando a realização de uma equiparação entre as pessoas. A verdade é que a ação afirmativa é a expressão democrática e mais atualizada do princípio da igualdade jurídica, tornando-o concreto e efetivo.

Desta forma, se a igualdade fosse tão só a vedação de tratamento discriminatório e o repúdio à criação e manutenção de privilégios, o princípio se revelaria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos fundamentos e objetivos norteadores da República Federativa Brasileira, constitucionalmente assegurados e indicados nos artigos 1º e 3º, respectivamente, da Constituição Federal.

Se assim o fosse, a legislação a ser produzida e os comportamentos regulados pelo Direito, vedariam e impediriam apenas as manifestações de preconceitos ou posições discriminatórias.

Contudo, para alterar tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional no tocante à discriminação, desigualdades e exclusão social, a solução mais atual e que tem se mostrado mais eficiente são as ações afirmativas, uma vez que possibilita a atuação transformadora pelo e segundo o Direito, objetivando se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.

Portanto, o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado, bem como acolhe a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas que, incidindo nas relações fáticas e concretas entre as pessoas, buscam efetivar uma igualdade real.

Desta feita, no que diz respeito às ponderações a serem consideradas na implementação das ações afirmativas, mais uma vez os ensinamentos da célebre Ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha, serve de fonte e reflexão sobre o tema:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.⁷³

O que se espera, por fim, é que o Estado brasileiro desperte e caminhe no sentido da diminuição das discriminações e desigualdades, estabelecendo regras e diretrizes aptas para a superação da igualdade meramente formal, servindo as ações afirmativas, nesse contexto, como um importante instrumento para que a sociedade brasileira possa, um dia, vivenciar uma “sociedade justa, livre e solidária”.

⁷³ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Ação afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996. p. 286.

REFERÊNCIAS

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de Páuda. **Ações afirmativas e a busca pelo melhor critério**. *Revista Consulex*, n.230, 15 ago. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2006.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; FERREIRA, Alexandre Mendes Crus. **Hermenêutica afirmativa e horizontes ontológicos da discriminação positiva**. Re-pensando o conceito das ações afirmativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 528,17 de dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6054>>. Acesso em: 11 de outubro de 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2006.

_____. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena; KROTH, Vanessa Wendt. **A ação afirmativa e sua perspectiva de inclusão no arcabouço jurídico brasileiro . Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 598, 26 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6356>>. Acesso em: 14 de outubro de 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade.** 3ª ed., 14ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Marco Aurélio. **Ótica Constitucional: A igualdade e as ações afirmativas. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos.** Bauru, Ed.34, abr./jul. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 41, n.163, jul./set. 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O princípio de não discriminação. Jus Navigandi,** Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>. Acesso em: 11 de setembro de 2006.

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

_____. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. Cadernos de Pesquisa,** v. 35, n. 124, jan./abr. 2005.

_____. **STF e a Diversidade Racial.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 de outubro de 2006.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. **Breve análise sobre a ação afirmativa. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6050>>. Acesso em: 12 de outubro de 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 18 de setembro de 2006.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Algumas notas revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Aspectos jurídicos e constitucionais das políticas de ação afirmativa e seus mecanismos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302&p=3>>. Acesso em: 29 de setembro de 2006.

SILVA, Maurício Pereira da. **O Acesso ao serviço público por critério racial: um estudo sobre ação afirmativa, justiça, igualdade e mérito no direito brasileiro**. Curitiba, 2003. 185p. (Dissertação de mestrado em Direito Econômico e Social) Centro de Ciências Jurídicas e sociais, Departamento de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca de Ciências e Tecnologia. **Guia para normalização de trabalhos acadêmicos**. Fortaleza, 2003.

VILLAS BÔAS, Renata M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MARINA SILVEIRA MARINHO

AÇÕES AFIRMATIVAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Flávio José Moreira Gonçalves

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)

ERRATA

Página	Linha	Onde se lê:	Leia-se:
2	7	grau bacharel	grau de bacharel
6	17	Key-words	Key-words
7 e demais	5 e demais	estado liberal	Estado Liberal
7 e demais	6 e demais	estado social	Estado Social
7	12	Breve	breve
12	1	idade moderna	Idade Moderna
12	20	estado	Estado
12	25	<i>vonlonté</i>	<i>volonté</i>
19	15	estado	Estado
21	23	Prof.a	Prof ^a
22	8	outorgados	outorgado
22	8	“justificável	“justificável”
22	30	Op. Cit.	Op. Cit.
23	10	constituição	Constituição
23	10	equiparou-se	equipararam-se
23	15	Contudo	Ademais
24	9	carta	Carta
26	8	se traduziu	traduziu-se
44	8	Melo	Mello
60	21	humana	humana.
62	3	bem como	como
62	4	quem	que,
62	34	justa, livre	livre, justa

