

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS
PROCESSOS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE EFETIVA**
JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES
FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA

Nos últimos tempos, têm sido propostos, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei visando à introdução, no Direito brasileiro, de algumas modalidades de “ação afirmativa”. Esses projetos, apresentados por parlamentares das mais diversas tendências ideológicas,² em geral buscam mitigar a flagrante desigualdade brasileira atacando-a naquilo que para muitos constitui a sua causa primordial, isto é, o nosso segregador sistema educacional, que tradicionalmente, por diversos mecanismos, sempre reservou aos negros e pobres em geral uma educação de inferior qualidade, dedicando o essencial dos recursos materiais, humanos e financeiros voltados à educação de todos os brasileiros, a um pequeno contingente da população que detém a hegemonia política, econômica e social no País, isto é, a elite branca. Outros projetos, concebidos no louvável afã de tentar remediar os aspectos mais visíveis e politicamente incômodos da nossa triste iniquidade, tentam combater a desigualdade e a discriminação em setores específicos da atividade produtiva, instituindo cotas fixas para negros nesse ou naquele setor da vida sócio-econômica.

Esses projetos, como se sabe, visam a instituir “medidas compensatórias” destinadas a promover a implemen-

tação do princípio constitucional da igualdade em prol da comunidade negra brasileira.

O tema é de transcendental importância para o Brasil e para o Direito brasileiro, por dois motivos. Primeiro, por ter incidência direta sobre aquele que é seguramente o mais grave de todos os nossos problemas sociais (o qual, curiosamente, todos fingimos ignorar), o que está na raiz das nossas mazelas, do nosso gritante e envergonhador quadro social – ou seja, os diversos mecanismos pelos quais, ao longo da nossa história, a sociedade brasileira logrou proceder, através das mais variadas formas de discriminação, à exclusão e ao alijamento dos negros do processo produtivo conseqüente e da vida social digna. Em segundo lugar, por abordar um tema nobre de Direito Constitucional Comparado³ e de Direito Internacional, mas que é, curiosamente, negligenciado pelas letras jurídicas nacionais, especialmente no âmbito do Direito Constitucional.

Assim, neste desprezioso ensaio tentaremos examinar (ainda que sem a reflexão *de longue haleine* que o tema requer) a possibilidade jurídica de introdução, no nosso sistema jurídico, de mecanismos de integração social largamente adotados nos Estados Unidos sob a denominação de *affirmative action* (ação afirmativa) e na Europa, sob o

nome de *discrimination positive* (discriminação positiva) e de *action positive* (ação positiva).

Trata-se, com efeito, de tema quase desconhecido⁴ entre nós, tanto em sua concepção quanto nas suas múltiplas formas de implementação. Daí a necessidade, de nossa parte, de algumas considerações acerca da sua gênese, dos objetivos almejados, da problemática constitucional por ele suscitada, das modalidades de programas e dos critérios e condições indispensáveis a sua compatibilização com os princípios constitucionais.

1 AÇÃO AFIRMATIVA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, 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 situa-

ções 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. Por definição, conforme bem assinalado por Guilherme Machado Dray, "o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis".⁵ Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante

muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.

A experiência e os estudos de direito e política comparada, contudo, têm demonstrado que, tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção. “Paulatinamente, porém”, sustenta o jurista português Guilherme Machado Dray, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições”. Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação. Assim, assi-

nala a ilustre Professora de Minas Gerais, Carmen Lucia Antunes Rocha, “concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”.⁶

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos

aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos,⁷ de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente

situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.”⁸ O “indivíduo especificado”, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do Direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, “*em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc., continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do*

mundo. 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". Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar "ativamente na busca" da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

O País pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas "ações afirmativas" foram, como é sabido, os Estados Unidos da América. Tais políticas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar aquilo que um célebre autor escandinavo qualificou de "o dilema americano": a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) vol-

tadas 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. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. (*"Il semble clair que les discriminations positives invitent à penser l'égalité comme un objectif à atteindre en soi. Le simple constat que nos sociétés génèrent encore de nombreuses inégalités de traitement devrait dès lors inciter les pouvoirs publics comme les acteurs privés à adopter et à mettre en oeuvre des mesures susceptibles de créer ou de mener à plus d'égalité"*).⁹

Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a

utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Trata-se, em suma, de um mecanismo sociojurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve per-

der de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

As ações afirmativas constituem, pois, um remédio de razoável eficácia para esses males. É indispensável, porém, uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais.¹⁰ E mais: é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização sócio-econômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação.

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros.¹¹ Quan-

to mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público-alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria

econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII.

Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se

os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou.¹²

Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, à convicção de que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado a sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.

Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as ações afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país.^{13 14}

¹⁵ O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com

uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema.¹⁶

2 DEFINIÇÃO E OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais.

2.1 Definição – Inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.

Num segundo momento, talvez em decorrência da constatação da ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de 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 ne-

gros e mulheres num determinado setor do mercado de trabalho ou numa determinada instituição de ensino.¹⁷

Atualmente, 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, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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 multifacetária¹⁸, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência

jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Entre os teóricos do Direito Público no Brasil, coube à ilustre professora Carmen Lúcia Antunes Rocha o desafio de traduzir para a comunidade jurídica brasileira, em sublime artigo, a mais completa noção acerca do enquadramento jurídico-doutrinário das ações afirmativas. Classificando-as corretamente como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade, ela afirma com propriedade que “a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.¹⁹ Essa engenhosa criação jurídico-

político-social refletiria ainda, segundo a autora, uma mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra”, que teriam se conscientizado da necessidade de uma “transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados”. E prossegue a ilustre autora: “O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pre-

tende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje”.

2.2 Objetivos das ações afirmativas – Em regra geral, justifica-se a adoção das medidas de ação afirmativa com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas de discriminação. Numa palavra, não basta proibir, é

preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história.

Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na *polis*, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.

Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar os “efeitos persistentes” (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada “discriminação estrutural” espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.²⁰

Figura também como meta das ações afirmativas a implantação de uma certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada.²¹ Partindo da premissa de que tais grupos normalmente não são representados em certas áreas ou são sub-representados seja em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, seja nas instituições de formação que abrem as portas ao sucesso e às realizações individuais, as políticas afirmativas cumprem o importante papel de cobrir essas lacunas, fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, na medida do possível, em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade. Nesse sentido, o efeito mais visível dessas políticas, além do estabelecimento da diversidade e representatividade pro-

priamente ditas, é o de eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los.²²

Argumenta-se igualmente que o pluralismo que se instaura em decorrência das ações afirmativas traria inegáveis benefícios para os próprios países que se definem como multirraciais e que assistem, a cada dia, ao incremento do fenômeno do multiculturalismo. Para esses países, constituiria um erro estratégico inadmissível deixar de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, pois isto pode revelar-se, em médio prazo, altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica do País. Portanto, agir “afirmativamente” seria também uma forma de zelar pela pujança econômica do País.

Por fim, as ações afirmativas cumpriam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pes-

soais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com esta conotação, as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

3 A PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

As ações afirmativas situam-se no cerne do debate constitucional contemporâneo, e interferem em questões que remontam à própria origem da democracia moderna, suscitando questionamentos acerca de temas fundamentais do modelo de organização política preponderante no hemisfério ocidental. A presente reflexão não visa a examinar com profundidade esses temas. Sobre eles faremos, portanto, apenas *un tour d'horizon*. Vejamos.

As afirmações afirmativas suscitam, em primeiro lugar, o debate crucial acerca da destinação dos recursos públicos.

Recursos, frise-se, escassos por definição. O Estado Moderno, como se sabe, resulta do imperativo iluminista de que o conjunto dos recursos da Nação deve ser convertido em prol do interesse de todos, do bem-estar geral da coletividade (*The Welfare of the Nation, Der Wohlstand*). A História e o Direito Comparado aí estão para nos fornecer algumas pistas e nos alertar contra o perigo da inércia neste domínio. Com efeito, é até enfadonho lembrar que a ruptura brutal com o *ancien régime* se materializou precisamente na abolição dos privilégios que, por lei, eram atribuídos a certas classes de cidadãos. A Democracia que se seguiu, sobretudo na concepção ulterior que deu margem ao surgimento do Estado de bem-estar social, tem como um dos seus pilares a tentativa de distribuição equânime e generalizada dos recursos originários do labor coletivo.

Por outro lado, não se deve perder de vista que a amoldagem do atual Estado promotivo (uma realidade quase universal) é em grande parte tributária desse rigoroso zelo que as verdadeiras democracias têm para com o correto manuseio de recursos públicos. De fato, questões-chave do constitucionalismo moderno derivam dessa matriz: qual seria o “propósito legítimo” do dispêndio de recursos nacionais? Em que medida se pode questionar a constitucionalidade

de certos programas governamentais à luz da exata relação deles extraível entre dispêndio de recursos públicos e incremento do bem-estar coletivo? Até que ponto pode o órgão representante da Nação compelir atores públicos e privados beneficiários desses recursos a se conformarem às regras de equidade ínsitas a toda e qualquer democracia? Das múltiplas respostas a essas questões, como se sabe, emergiu o Estado interventivo e regulador e o seu corolário – o Estado de Bem-Estar Social.

Ora, o país que ignora essas noções básicas e reserva a uma pequena minoria os instrumentos de aprimoramento humano aptos a abrir as portas à prosperidade e ao bem-estar individual e coletivo, e, além disso (e também em consequência disso), adota, ainda que informalmente, uma política de emprego impregnada de visível e insuportável hierarquização social, pratica nada mais nada menos do que uma nova forma de tirania.

Sim, é disso que se trata. Uma “tirania legal”, eis que formalmente ancorada em normas emanadas dos órgãos legislativos e executada por órgãos que supostamente encarnam a soberania popular. No caso brasileiro, não é preciso muito esforço para se convencer disso. Vejamos. No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de

alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. A Educação é a mais importante dentre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável, institucionaliza mecanismos sutis através dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que alega não poder oferecer à generalidade dos cidadãos. Com efeito, o Estado “financia”, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. Isto se dá principalmente através da “renúncia fiscal” de que são beneficiárias as escolas privadas altamente seletivas e excludentes. Certo, não seria justo negar às elites (supostas ou verdadeiras) o direito de matricular os seus filhos em escolas seletivas, onde eles se sintam *chez eux*, longe da *populace*. O direito de escolher uma educação “diferenciada” para os filhos constitui, a nosso sentir, uma liberdade fundamental a ser garantida pelo Estado. O que é questionável

é o compartilhamento do custo desse “luxo” com toda a coletividade: através dos tributos de que essas escolas são isentas, das subvenções diversas que lhes são passadas pelos Governos das três esferas políticas, pelo abatimento das respectivas despesas no montante devido a título de imposto de renda! Esses são alguns dos elementos que compõem a formidável *machine à exclure* que tem nos negros as suas vítimas preferenciais. Essa forma de “exclusão orquestrada e disciplinada pela lei” produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e... *largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos*. Este é o primeiro aspecto da exclusão.

O segundo aspecto ocorre na seleção ao ensino superior. Aí todos já sabem: os papéis se invertem. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeira-

mente bem aquinhoados. O vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de “excluir”. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos. Em suma, trata-se de uma subversão total de um dos princípios informadores do Estado moderno, sintetizado de forma lapidar em feliz expressão cunhada pela Corte Suprema dos EUA: “*the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes*”.

Esta é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados preponderantemente para as classes mais afluentes,^{23 24} restando aos pobres (que são majoritariamente negros) “as migalhas” do sistema.

Este o aspecto perverso do sistema educacional brasileiro. Os negros são suas principais vítimas. E este é, sem dúvida, um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de

quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

Agir “afirmativamente” significa ter consciência desses problemas e tomar decisões coerentes com o imperativo indeclinável de remediá-los. Além da vontade política, que é fundamental, é preciso colocar de lado o formalismo típico da nossa praxis jurídico-institucional e entender que a questão é de vital importância para a legítima aspiração de todos de que um dia o País se subtraia ao opróbrio internacional a que sempre esteve confinado, e ocupe o espaço, a posição e o respeito que a sua história, o seu povo, suas realizações e o seu peso político e econômico recomendam.

No plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

A questão se coloca, é claro, no terreno do princípio constitucional da igualdade. Este princípio, porém, comporta várias vertentes.

3.3. Igualdade formal ou procedimental x igualdade de resultados ou material – O cerne da questão reside em saber se na implemen- tação

do princípio constitucional da igualdade o Estado deve assegurar apenas uma certa “neutralidade processual” (*procedural due process of law*) ou, ao contrário, se sua ação deve se encaminhar de preferência para a realização de uma “igualdade de resultados” ou igualdade material. A teoria constitucional clássica, herdeira do pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu, é responsável pelo florescimento de uma concepção meramente formal de igualdade – a chamada igualdade perante a lei. Trata-se em realidade de uma igualdade meramente “processual” (*process-regarding equality*). As notórias insuficiências dessa concepção de igualdade conduziram paulatinamente à adoção de uma nova postura, calcada não mais nos meios que se outorgam aos indivíduos num mercado competitivo, mas nos resultados efetivos que eles podem alcançar. Resumindo singelamente a questão, diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos “instrumentos” de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isto porque essa “opção

processual” não leva em conta aspectos importantes que antecedem à entrada dos indivíduos no mercado competitivo. Já a chamada “igualdade de resultados” tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores “externos” à luta competitiva – tais como classe ou origem social, natureza da educação recebida –, que têm inegável impacto sobre o seu resultado.²⁵

Vários dispositivos da Constituição Brasileira de 1988 revelam o repúdio do constituinte pela igualdade “processual” e sua opção pela concepção de igualdade dita “material” ou “de resultados”.

Assim, por exemplo, os artigos 3º, 7º, XX; 37, VIII, e 170 dispõem:

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

I – construir uma sociedade livre, **justa e solidária;**

(...)

III – **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais** e regionais.”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

(...)

VII – **redução das desigualdades regionais e sociais (...)**

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”²⁶

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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.”

É patente, pois, a maior preocupação do legislador constituinte originário com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a questão da igualdade, especialmente a implementação da igualdade substancial. Flávia Piovesan assinala como símbolo dessa preocupação “(a) *“topografia”* de destaque que recebe este grupo de direitos (fundamentais) e deveres em relação às Constituições anteriores; (b) a elevação, à ‘cláusula pétrea’, dos direitos e garantias individuais (art. 60, §

4º, IV); (c) o aumento dos bens merecedores de tutela e da titularidade de novos sujeitos de direito ('coletivo'), tudo comparativamente às Cartas antecedentes²⁷ Some-se a isso a previsão expressa, em sede constitucional, da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e, em alguns casos, da permissão expressa para utilização das ações afirmativas, com o intuito de implementar a igualdade, tais como o artigo 37, VIII (reserva de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência) e art. 7º, XX ("proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei").

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos princípios fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais. Como bem sustentou a ilustre Professora de Direito Constitucional da PUC de Minas Gerais, Carmen Lúcia Antunes

Rocha, "a Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los (...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República)".²⁸ E prossegue a ilustre jurista, fazendo alusão expressa aos dispositivos constitucionais acima transcritos: "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 exa-

tamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a 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. Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos. Pois daqui para a frente, nas novas leis e comportamentos regulados pelo Direito, apenas seriam impedidas manifestações de preconceitos ou cometimentos discriminatórios. Mas como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional? 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 de todos. O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade

desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte (...). O inciso IV do mesmo art. 3º é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no País. Aqui se determina, agora uma *ação afirmativa*: aquela pela qual se promova o bem de todos, *sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação*. Significa que se universaliza a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República... Se fosse apenas para manter o que se tem, sem figurar o passado ou atentar à história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo

manter a igualdade sem preconceitos, etc. Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez”.²⁹

Esta, portanto, é a concepção moderna e dinâmica do princípio constitucional da igualdade, a que conclama o Estado a deixar de lado a passividade, a renunciar à sua suposta neutralidade e a adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial.

Note-se, mais uma vez, que este tipo de comportamento estatal não é estranho ao Direito brasileiro pós-Constituição de 1988. Ao contrário, a imprescindibilidade de medidas corretivas e redistributivas visando a mitigar a agudeza da nossa “questão social” já foi reconhecida em sede normativa, através de leis vocacionadas a combater os efeitos nefastos de certas formas de discriminação. Nesse sentido, é importante fri-

sar, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa. Não obstante tratar-se de experiências ainda tímidas quanto ao seu alcance e amplitude, o importante a ser destacado é o fato da acolhida desse instituto jurídico em nosso Direito.

4 AÇÃO AFIRMATIVA E RELAÇÕES DE GÊNERO

A discriminação de gênero, fruto de uma longa tradição patriarcal que não conhece limites geográficos tampouco culturais, é do conhecimento de todos os brasileiros. Entre nós, o *status* de inferioridade da mulher em relação ao homem foi por muito tempo considerado como algo *qui va de soi*, normal, decorrente da própria “natureza das coisas”. A tal ponto que essa inferioridade era materializada expressamente na nossa legislação civil.

A Constituição de 1988 (art. 5º, I) não apenas aboliu essa discriminação chancelada pelas leis, mas também, através dos diversos dispositivos antidiscriminatórios já mencionados, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres. Assim, com vistas a minimizar essa flagrante desigualdade existente em detrimento das mulheres, nasceu, entre nós, a modalidade de ação

afirmativa hoje corporificada nas Leis nºs 9.100/1995 e 9.504/1997, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições³⁰.

As mencionadas leis representam, em primeiro lugar, o reconhecimento pelo Estado de um fato inegável: a existência de discriminação contra as brasileiras, cujo resultado mais visível é a exasperante sub-representação feminina em um dos setores-chave da vida nacional – o processo político. Com efeito, o legislador ordinário, consciente de que em toda a história política do País foi sempre desprezível a participação feminina, resolveu remediar a situação através de um corretivo que nada mais é do que uma das muitas técnicas através das quais, em Direito Comparado, são concebidas e implementadas as ações afirmativas: o mecanismo das cotas.

As Leis nºs 9.100/1995 e 9.504/1997 tiveram a virtude de lançar o debate em torno das ações afirmativas e, sobretudo, de tornar evidente a necessidade premente de se implementar de maneira efetiva a isonomia em matéria de gênero em nosso país. As cotas de candidaturas femininas constituem apenas o primeiro passo nesse sentido. Se é certo que é preciso tempo para se fazer avaliações mais seguras acerca da sua eficácia como medida de transformação social, não há dúvida de que já se anun-

ciam alguns resultados alvissareiros, como o incremento significativo, em termos globais, da participação feminina nas instâncias de poder³¹.

Assim, as mencionadas leis consagram a recepção definitiva pelo Direito brasileiro do princípio da ação afirmativa. Ainda que limitada a uma forma específica de discriminação, o fato é que essa política social ingressou nos *moeurs politiques* da Nação, uma vez que foi aplicada sem contestação em dois pleitos eleitorais.

5 AÇÃO AFIRMATIVA E PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

O mesmo princípio também vem sendo adotado pela legislação que visa a proteger os direitos das pessoas portadoras de deficiência física.

Com efeito, a Constituição Brasileira, em seu artigo 37, VIII, prevê expressamente a reservas de vagas para deficientes físicos na administração pública. Neste caso, a permissão constitucional para adoção de ações afirmativas em relação aos portadores de deficiência física é expressa. Daí a iniciativa do legislador ordinário, materializada nas Leis nºs 7.835/89 e 8.112/1990, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional. De fato, a Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Servidores

Públicos Civis da União) estabelece em seu art. 5º, § 2º, que “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”.

Comentando o dispositivo transcrito, Mônica de Melo³², com muita propriedade, afirma:

“Desta forma, qualquer concurso público que se destine a preenchimento de vagas para o serviço público federal deverá conter em seu edital a previsão das vagas reservadas para os portadores de deficiência. Note-se que o artigo fala em até 20% (vinte por cento) das vagas, o que possibilita uma reserva menor e o outro requisito legal é que as atribuições a serem desempenhadas sejam compatíveis com a deficiência apresentada. Há entendimentos no sentido de que 10% (dez por cento) das vagas seriam um percentual razoável, à medida que no Brasil haveria 10% de pessoas portadoras de deficiência segundo dados da Organização Mundial de Saúde.”

Esta outra modalidade de “discriminação positiva” tem recebido o beneplácito do Poder Judiciário. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema, *verbis*:

“Ementa:

Sendo o art. 37, VII, da CF, norma de eficácia contida, surgiu o art. 5º, § 2º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficaz. Verifica-se, com toda a facilidade, que o dispositivo da lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso público, ditando que os cargos providos tenham atribuições compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas. Dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados no concurso para provi-

mento de cargos públicos, não cabendo prevalecer diante da garantia constitucional, o alijamento do deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o *decisum* afrontado que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só, por considerar não ter ela definido critérios suficientes. Recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida à recorrente vaga, dentro do percentual que for fixado para os deficientes, obedecida, entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação, se for o caso.” (RMS nº 3.113-6/DF, 6ª T., 6.12.1994, cujo Relator foi o Min. Pedro Acioli).

“Concurso público e vaga para deficientes

Por ofensa ao art. 37, V, da CF (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”), o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negara à portadora de deficiência o direito de ter assegurada uma vaga em concurso público ante a impos-

sibilidade aritmética de se destinar, dentre as 8 vagas existentes, a reserva de 5% aos portadores de deficiência física (LC nº 9/1992 do Município de Divinópolis). O Tribunal entendeu que, na hipótese de a divisão resultar em número fracionado – não importando que a fração seja inferior a meio –, impõe-se o arredondamento para cima. RE nº 227.299-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 14.6.2000. (RE nº 227.299)”.

Como se vê, a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida desvantagem em seu detrimento, fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado, no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação. A reserva de vagas, portanto, representa uma dentre as diversas técnicas de implementação da igualdade material, consagração do princípio bíblico segundo o qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Pois bem. Se esse princípio é plenamente aceitável (inclusive na esfera jurisdicional, como vimos) como mecanismo de combate a uma das múltiplas formas de discriminação, da mesma forma ele haverá de ser aceito para combater aquela que é a mais arraigada forma de discriminação entre nós, a que tem maior impacto social, econômico e cultural – a discriminação de cunho racial. Isto porque os princípios constitucionais mencionados anteriormente são vocacionados a combater toda e qualquer disfunção social originária dos preconceitos e discriminações incrustados no imaginário coletivo, vale dizer, os preconceitos e discriminação de fundo histórico e cultural. Não se trata de princípios de aplicação seletiva, bons para curar certos males, mas inadaptados a remediar outros.

6 AÇÃO AFIRMATIVA E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O problema aqui tratado, como se sabe, transcende o Direito interno brasileiro e envolve o Direito Internacional, especialmente o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ele traduz à perfeição o fenômeno que Hélène Tourard com muita propriedade classificou como “*Internationalisation des constitutions*”.³³

Com efeito, não obstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que pairam sobre o assunto, não podemos deixar de consignar a contribuição trazida à matéria por uma avançada inteligência do artigo 5º da Constituição de 1988, que em seus §§ 1º e 2º traz disposições importantíssimas para a efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o § 1º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata no país. Já o § 2º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como resultado da conjugação do § 1º com o § 2º do artigo 5º do texto constitucional, uma interpretação sistemática da Constituição nos conduz à constatação de que estamos diante de normas da mais alta relevância para a proteção dos direitos humanos (e, conseqüentemente, dos direitos das minorias) no Brasil, quais sejam: os tratados internacionais de direitos humanos, que, segundo o dispositivo citado, têm aplicação imediata no território brasileiro, necessitando apenas de ratificação.

Com efeito, esse é o ensinamento que colhemos em dois dos nossos mais

eruditos *scholars*, especialistas na matéria, os Professores Antônio Augusto Cançado Trindade³⁴ e Celso de Albuquerque Mello, *verbis*:

“O disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o artigo 5º, §§ 2º e 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos

*direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”.*³⁵

*“A Constituição de 1988, no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo, sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”.*³⁶

Assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Cons-

titucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país. Com efeito, o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os quais permitem expressamente a utilização das medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação.

De fato, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, dispõe em seu artigo 1º, nº 4, *verbis*:

“Art. 1º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam,

em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Dispositivo de igual teor também figura no artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, com reservas na área de Direito de Família, reservas estas que foram retiradas em 1994, *verbis*:

“Artigo 4º. *A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.*”

É, portanto, amplo e diversificado o respaldo jurídico às medidas afirmativas que o Estado brasileiro resolva empreender no sentido de resolver esse que talvez seja o mais grave de todos os nos-

dos problemas sociais – o alijamento e a marginalização do negro na sociedade brasileira. A questão se situa, primeiramente, na esfera da Alta Política. Ou seja, trata-se de optar por um *modèle de société, um choix politique*, como diriam os juristas da escola francesa. No plano jurídico, não há dúvidas quanto à sua viabilidade, como se tentou demonstrar. Resta, tão-somente, escolher os critérios, as modalidades e as técnicas adaptáveis à nossa realidade, cercando-as das devidas cautelas e salvaguardas.

7 CRITÉRIOS, MODALIDADES E LIMITES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Ao debruçar-se sobre o tema, o Professor Joaquim Falcão sustentou que “se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional”.³⁷ O autor apresenta solução ao problema, afirmando que a justificação³⁸ do estabelecimento da diferença seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fun-

damento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional, deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação, e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida³⁹. Entendimento semelhante é esposado por B. Renauld no artigo já mencionado: “*Trois éléments nous permettent de donner un contenu à la notion de discrimination positive telle qu’elle sera utilisée par la suite. Pour identifier une discrimination positive, il faut que l’on soit en présence d’un groupe d’individus suffisamment défini, d’une discrimination structurelle dont les membres de ce groupe sont victimes et en fin d’un plan établissant des objectifs et définissant des moyens à mettre en oeuvre visant à corriger la*

discrimination envisagée. Selon les cas, le plan est adopté, voire imposé par une autorité publique ou est le fruit d'une initiative privée”.

Sem dúvida, os critérios acima estabelecidos são um ótimo ponto de partida para o estabelecimento de ações afirmativas no Brasil. Porém, falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo ⁴⁰, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.

Com efeito, o essencial é que o Estado reconheça oficialmente a existência da discriminação racial, dos seus efeitos e das suas vítimas, e tome a decisão política de enfrentá-la, transformando esse combate em uma política de Estado. Uma tal atitude teria o saudável efeito de subtrair o Estado brasileiro da ambigüidade que o caracteriza na matéria: a de admitir que existe um problema racial no País e ao mesmo tempo furtar-se a tomar medidas sérias no sentido minorar os efeitos sociais dele decorrentes.

Em segundo lugar, é preciso ter clara a idéia de que a solução ao problema racial não deve vir unicamente do Esta-

do. Certo, cabe ao Estado o importante papel de impulsão, mas ele não deve ser o único ator nessa matéria. Cabe-lhe traçar as diretrizes gerais, o quadro jurídico à luz do qual os atores sociais poderão agir. Incumbe-lhe remover os fatores de discriminação de ordem estrutural, isto é, aqueles chancelados pelas próprias normas legais vigentes no País, como ficou demonstrado acima. Mas as políticas afirmativas não devem se limitar à esfera pública. Ao contrário, devem envolver as universidades, públicas e privadas, as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário, etc.

No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). 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.

Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas.

Confira-se, sobre o tema, as judiciosas considerações feitas por Wania Sant'Anna e Marcello Paixão, no interessante trabalho intitulado *Muito Além da Senzala: Ação Afirmativa no Brasil*, verbis:

“Segundo Huntley, Ação afirmativa é um conceito que inclui diferentes tipos de estratégias e práticas. Todas essas estratégias e práticas estão destinadas a atender problemas históricos e atuais que se constata nos Estados Unidos em relação às mulheres, aos afro-americanos e a outros grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos quais se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar em todas as esferas da sociedade americana. (...) Ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos metas e cronogramas. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confunde com cotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos freqüentemente caracterizam metas como sendo cotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las.

A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabe-

lecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população. Entre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa. Essas medidas estimulam as unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a diversidade humana de seus quadros.

Isto não significa que uma dada empresa deva ter um percentual fixo de empregados negros, por exemplo, mas, sim, que esta empresa está demonstrando a preocupação em criar formas de acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas não ligadas aos grupos tradicionalmente hegemônicos em determinadas funções (as mais qualificadas e remuneradas) e cargos (os hierarquicamente superiores). A ação afirmativa parte do reconhecimento de que a competência para exercer funções de responsabilidade não é exclusiva de um determinado gru-

po étnico, racial ou de gênero. Também considera que os fatores que impedem a ascensão social de determinados grupos estão imbricados numa complexa rede de motivações, explícita ou implicitamente, preconceituosas.”⁴¹

Por fim, no que diz respeito às cautelas a serem observadas, valho-me mais uma vez dos ensinamentos da Prof. Carmem Lúcia Antunes Rochas, *verbis*:

“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 precon-

ceitos 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.”

JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES: Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Procurador Regional da República, Rio de Janeiro.

NOTAS

- 1 Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas), França. Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Foi *Visiting Scholar* da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia-NY, EUA. Membro do Ministério Público Federal (RJ). Autor das obras *La Cour Suprême dans le Svsystème Politique Brésilien*, editada pela Librairie Générante de Droit et Jurisprudence (LGDJ), Paris, 1994; e *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.
- 2 As proposições legislativas a que nos referimos vão desde o projeto de lei apresentado pelo Senador José Sarney, que reserva aos negros um percentual fixo de cargos da Administração Pública, aos de vários parlamentares do Partido dos Trabalhadores e de outros partidos de esquerda, que instituem cotas para negros nas universidades públicas e nos meios de comunicação. Todos esses projetos, que têm sido duramente criticados pelo *establishment* branco receoso de perder nacos dos privilégios multisseculares de que desfrutam, evidentemente têm reduzidas chances de aprovação, a não ser que os negros brasileiros se organizem de forma mais coerente e passem a constituir uma força política expressiva no jogo político nacional. Fora essa hipótese, só mesmo o ocaso ou a emergência de um líder político suficientemente forte e dotado de vontade inquebrantável de mudança social (não necessariamente negro, é bom frisar!), poderá mudar o quadro de abandono, ostracismo e violenta exclusão a que os negros brasileiros são cotidianamente relegados. Assim, embora as chances de aprovação desses projetos sejam reduzidas no atual quadro jurídico-político do País, a reflexão acerca do tratamento jurídico do tema neles tratado reveste-se da maior relevância.
- 3 Para uma reflexão jurídica a respeito desse tema, tal como ele se apresenta em seu berço histórico, isto é, nos Estados Unidos da América, consulte-se Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.
- 4 Frise-se, por oportuno, que se a “teoria” das ações afirmativas é quase inteiramente desconhecida no Brasil, a sua “prática”, no entanto, não é de todo estranha à nossa vida administrativa. Com efeito, o Brasil já conheceu em passado não muito remoto uma modalidade (bem brasileira!) de ação afirmativa. É a que foi materializada na chamada “Lei do Boi”, isto é, a Lei nº 5.465/1968, cujo art. 1º era assim redigido: “Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio”.

5 Veja-se a bem elaborada e exaustiva monografia de Guilherme Machado Dray, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

6 V. Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85, p. 86.

7 V. especialmente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

8 Flávia Piovesan *Temas de Direitos Humanos*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 130.

9 V. Bernadette Renauld, *Les Discriminations Positives*, in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1997, p. 425.

10 Ainda que timidamente, as elites dirigentes brasileiras começam a se expressar publicamente a respeito da urgente necessidade de se enfrentar com responsabilidade e conseqüência o problema racial brasileiro. Cogita-se, veladamente, nos círculos governamentais, da introdução de uma ou outra forma de ação afirmativa. Num brilhante artigo recentemente publicado, ninguém menos do que o Vice-Presidente da República, Marco

Maciel, abordou de maneira corajosa e apropriada a questão. Disse S. Exa: “As formas ostensivas e disfarçadas de racismo que permeiam nossa sociedade há séculos sob a complacência geral e a indiferença de quase todos são parte dessa obra inacabada, inconclusa, de cujos efeitos somos responsáveis. A riqueza da diversidade cultural brasileira não serviu, em termos sociais, senão para deleite intelectual de alguns e demonstração de ufanismo de muitos. Terminamos escravos do preconceito, da marginalização, da exclusão social e da discriminação que caracterizam o dualismo social e econômico do Brasil. É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito que não se inscreve apenas no passivo da discriminação étnica, mas sobretudo no da quimérica igualdade de oportunidades virtualmente asseguradas por nossas Constituições aos brasileiros e aos estrangeiros que vivem em nosso território (...) O Brasil terá de vencer-se de que os negros e seus descendentes deixarão de ser minoria no próximo século, pois já representam maioria em três das cinco regiões brasileiras (...) Vencer o preconceito que se generalizou e tornar evidente o débito de sucessivas gerações de brasileiros para com a herança da escravidão que se transformou em discriminação são apenas parte do desafio. Se vamos conseguir com o sistema de quotas compulsórias no mercado de trabalho e na universidade, como nos Estados Unidos, ou se vamos estabelecê-las; também em relação à política, como acaba de fazer a lei eleitoral, com referência às mulheres, é uma incógnita que de antemão ninguém ousará responder. Não tenho dúvida de que se não tivesse havido discriminação econômica, não teria havi-

do exclusão social. Sem uma e a outra, a discriminação racial não teria encontrado o campo em que plantou raízes. O caminho da ascensão social, da igualdade jurídica, da participação política, terá de ser cimentado pela igualdade econômica que, em nosso caso, implica o fim da discriminação dos salários, maiores oportunidades de emprego e participação na vida pública (...). (Folha de S. Paulo, 18/11/2000, p. A-3.)

11 A esse respeito, confira-se a definição de discriminação extraída da decisão “Andrews”, proferida pela Corte Suprema do Canadá: *discrimination est “une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société”* (Corte Suprema do Canadá, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 2.2.1989, RCS, p. 143, Dominion Law Reports, 56, 4d, p. 1).

12 V. Freeman, Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, 62 Minnesota Law Review 1049 (1978).

13 V. Barbara Bergmann, *In Defense of Affirmative Action* – Basic Books, NY, 1996; Terry Eastland, *Ending Affirmative Action*, Basic Books,

NY, 1996; Lincoln Caplan, *Up Against the Law – Affirmative Action and the Supreme Court*, The Twentieth Century Fund Press, NY, 1997; Michel Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice*, Oxford University Press, NY, 1991; Melvin Urofsky, *A Conflict of Rights: The Supreme Court and Affirmative Action*, Scribners, NY, 1991; William G. Bowen & Derek Bok, “The Shape of the River – Long – Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions”, Princeton University Press, 1998; Gerald Gunther and Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*. The Foundation Press, Inc., 1997; Laurence Tribe, “American Constitutional Law”, The Foundation Press, Inc., 1988; Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin, “Constitutional Law”, West Publishing Co, 1995; David M. O’Brien, “Constitutional Law and Politics” vol. 2, W.W. Norton & Company, NY, 1997; Stephen Carter, “Reflections of an Affirmative Action Baby”, Basic Books, NY, 1991; Kimberle Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller, Kendall Thomas, “Critical Race Theory: The Key Writings that formed the movement”, 1995; Luke Harris & Uma Narayan, “Affirmative Action and the Myth of Preferential Treatment: A Transformative Critique of the Terms of the Affirmative Action Debate”, 11 Harvard BlackLetter Law Journal 1 (1994); Deborah Hellman, “Two Types of Discrimination: The Familiar and the Forgotten”, 86 California Law Review 315 (1998); Leon Higginbotham, Jr. “Shades of Freedom: Racial Politics and Presumptions of the American Legal Process” (1996); Samuel Issacharoff, “Bakke in the Admissions Office and the Courts: Can Affirmative Action Be Defended?”, 59 Ohio St. Law Journal 669; Ken Kostka, “Higher Education, Hopwood and

Homogeneity: Preserving Affirmative Action and Diversity in a Scrutinizing Society”, 74 *Denver University Law Review* 265(1996); Goodwin Liu, “Affirmative Action in Higher Education: The Diversity Rationale and the Compelling Interest Test”, 33 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review* 381 (1998); Barbara F. Reskin, “The Realities of Affirmative Action in Employment” (1998); Morris B. Abraham, “Affirmative Action: fair shakers and social engineers”, *Harvard Law Review*, 99/1312; Susan Strun & Lani Guinier, “Race-Based Remedies: Rethinking the Process of Classification and Evaluation: The Future of Affirmative Action: The Reclaiming the Innovative Ideal”, 84 *California Law Review* 953 (1996); Georges Stephanopoulos & Christopher Edly, Jr. “Affirmative Action Review: Report to the President” (1995); Paul J. Mishkin, “The uses of ambivalence: reflections on the Supreme Court and the constitutionality of affirmative action”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131; Olivier Beaud, “L’affirmative action aux États-Unis: une discrimination à rebours”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, n. 3/503; Joana Schmidt, “La notion d’égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d’Amérique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, n 1/43.

14 V. Bernardette Renauld, *op. cit.*; Paulo Ferreira da Cunha, *Le Droit à l’éducation au Portugal: gratuité et discrimination positive. La dialectique théorique-pratique et les droits fondamentaux*, in Jacques-Ivan Morin(coord.), *Les Défis des Droits Fondamentaux*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 2000.

15 Para um tratamento da questão de minorias na perspectiva do Direito Internacional, veja-se Gabi Wucher, *Minorias – Proteção Internacional em Prol da Democracia*. Editora Juarez de Oliveira, SP, 1999.

16 V. Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15/96; veja-se igualmente, numa perspectiva mais ampla, o excelente *paper* *Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*, de Carlos Roberto de Siqueira Castro, tese de concurso público de titularidade na Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 1995, ainda não publicado; Wania Sant’Anna e Marcello Paixão, *Muito Além da Senzala: Ação Afirmativa no Brasil*.

17 V. Natham Glazer, *Racial Quotas*, in *Racial Preference and Racial Justice*, Ethics and Public Policy Center, Washington, 1991.

18 Barbara Reskin, *Affirmative Action in Employment* – Washington: American Sociological Association, 1997, unpublished paper – *Apud* Rosana Heringer, *Addressing race inequalities in Brazil: lessons from the US* – Working Paper Series nº 237. Washington, DC: Latin American Program – Woodrow Wilson International Center for Scholars, 1999.

19 V. Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15/85.

20 V. *American Apartheid* – Massey & Denton, 1993; *America Pnqual* – Danziger & Gottschalk, 1995.

21 Nos primeiros dias de novembro de 2000, precisamente no momento em que concluíamos a elaboração deste *paper*, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso anunciou, em atitude inédita na nossa história jurídico-política, uma medida que se enquadra perfeitamente nesta modalidade de ação afirmativa: a nomeação da juíza Ellen Gracie Northfleet para o cargo de Ministra do Supremo Tribunal Federal, uma decisão tardia e que seguramente jamais teria se concretizado sem o esforço “afirmativo” do Chefe de Estado e de alguns dos seus colaboradores e interlocutores do meio jurídico, ou seja, pessoas que, a par da formação jurídica clássica, são dotadas de uma *longue vue* e perceberam que seria insustentável, a médio prazo, a discriminação “oficiosa” de que ainda são vítimas as mulheres no aparelho judiciário brasileiro: não obstante constituírem quase a metade do contingente total de juizes do País, elas exercem suas funções majoritariamente em primeira instância, umas poucas em segunda instância e, há até bem pouco tempo, nenhuma nos Tribunais Superiores. Portanto, a nomeação da Juíza Northfleet pode vir a simbolizar o fim dessa “hierarquização oficiosa”, que é, como sabemos, uma clara submanifestação da discriminação. V. nota seguinte.

22 *Glass Ceiling* é a expressão utilizada pelos norte-americanos para designar as barreiras ar-

tificiais e invisíveis que obstaculizam o acesso de negros e mulheres qualificados a posições de poder e prestígio, limitando-lhes o crescimento e o progresso individual. O reconhecimento oficial da existência desses obstáculos artificiais se deu por ocasião da promulgação pelo Congresso do *Civil Rights Act* de 1991, que criou a *Glass Ceiling Commission*, um órgão consultivo de natureza colegiada, composto por 21 membros nomeados pelo Presidente da República e por líderes do Congresso, com a incumbência de identificar as barreiras invisíveis e propor medidas hábeis a criar oportunidades de acesso de minorias a posições de mando e prestígio na órbita econômica privada. A referida Comissão constatou que, apesar dos avanços obtidos graças ao movimento dos direitos civis, no ano de 1995, 97% dos cargos executivos superiores das 1.000 maiores empresas relacionadas pela revista *Fortune* eram ocupados por pessoas brancas e do sexo masculino. Vale dizer, um índice injustificável sob qualquer critério, haja vista que 57% da força de trabalho americana compõe-se de representantes do sexo feminino ou de minorias, ou de ambos. V. Rosana Heringer, *op. cit.*

23 Confira-se, a esse respeito, a chocante declaração de um eminente professor da Faculdade de Direito da USP: “A *Constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da ‘igualdade de condições’ para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho*

de que nem cinco eram negros!” (Professor Antonio Junqueira de Azevedo, *in* Folha de S. Paulo de 15.11.1996, pp. 3-2).

24 Na linha da afirmação do ilustre Professor da USP (v. nota anterior) permitam-nos os leitores deste ensaio o acréscimo de uma imprópria observação de cunho pessoal: em vinte e cinco anos de contato ininterrupto com a ciência jurídica, onze deles em bancos de faculdades de Direito espalhadas por mais de um continente, começando pela saudosa e querida UnB (1975-1982), tivemos oportunidade de constatar, em análise comparativa, a gravidade da situação brasileira. Nossas faculdades de Direito, notadamente as públicas, de boa qualidade, são reduto exclusivo da elite branca. Raramente nelas se encontram negros nos quadros docente e discente. O estudante ou o *scholar* em busca de comportamentos e pontos de vista diversificados nelas não encontrarão um terreno fértil. Daí a indagação: não seria esta, no fundo, uma das explicações para a enorme distância existente entre o Direito ensinado nas nossas Universidades e o Direito que prevalece na realidade concreta? Não estaríamos criando, graças a essa clivagem social que tanto nos marca, aquilo que os franceses denominam *un Droit à deux vitesses*? Não seria o Direito ensinado em nossas faculdades vocacionado à perpetuação do “pensamento único”, já que é ministrado em ambiente infenso à pluralidade de pontos de vista tão inerente à própria idéia de “universidade”? Para efeito de análise comparativa, v. em nosso *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*, Ed. Renovar, 2001, o anexo contendo tradução da

decisão proferida pela Corte Suprema dos EUA no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, bem como nossos comentários sobre essa seminal decisão.

25 Interessante sob o prisma da reflexão jurídica de natureza comparativa é a inteligência dada pela Corte Suprema do Canadá ao art. 15 da Carta de Direitos e Liberdades, de 1982, assim vazado: “La loi ne fait exception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques”. No artigo supracitado, Bernadette Renauld nos dá conta do modo como a Corte Suprema do Canadá interpreta o princípio geral da igualdade, corporificado no artigo da Carta aqui transcrito, *verbis*: “Il ressort de l’arrêt *Andrews* que les droits garantis à l’article 15 de la Charte existent exclusivement au profit des groupes qui sont susceptibles d’être ou qui sont effectivement victimes de discrimination au sein de la société canadienne. Par là, la Cour interprète cette disposition non pas comme un droit general à l’égalité, mais bien comme une protection spécifique contre la discrimination au profit des groupes minorisés ou plus faibles. *Est discriminatoire une mesure qui aggrave la situation de groupes au détriment desquels existe dans la société une discrimination historique, sociétaire ou systémique*. Bernadette Renauld, *op. cit.*, p. 456.(s/grifos)

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

27 CUNHA, Elke Mendes e FRISONI, Vera Bolcioni (citando as três importantes observações acerca da declaração de direitos da Constituição de 1988, feitas pela ilustre Prof^a Flávia Piovesan, em aula por esta proferida para o Concurso para Assistente-Mestre, cadeira de Direito Constitucional, Graduação Direito, PUC/SP, em dezembro de 1994). *In Igualdade: Extensão Constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 4, nº 16, pp. 248/267, julho/setembro de 1996.

28 Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in Revista Trimestral de Direito Público nº 15/96, p. 85.

29 Carmem Lúcia Antunes Rocha, *op. cit.*, p. 93.

30 A Lei nº 9.100/1995 expressamente instituiu o percentual mínimo de 20% de mulheres candidatas às eleições municipais do ano de 1996, com o objetivo de aumentar a representação das mulheres nas instâncias de poder. Posteriormente, a Lei nº 9.504/1997, aumentou o percentual para 30% (ficando definido um mínimo de 25%, transitoriamente, em 1998), estendendo a medida às outras entidades componentes da Federação, e também ampliando em 50% o número das vagas em disputa.

31 Por exemplo, na esfera municipal, após as eleições de 1996, verificou-se um aumento de 111% das vereadoras eleitas em relação às eleições municipais anteriores. Assim, tomando-se como referência o ano de 1982, porque coincide com o início da abertura política no País, verifica-se que o percentual de vereadoras correspondia a 3,5% do total; em 1992, o índice situava-se na faixa dos 8%; e nas eleições de 1996, este percentual passa a corresponder a 11% do total de representantes nas Câmaras Municipais.

32 MELO, Mônica. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: o Enfoque da Discriminação Positiva*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 6, nº 25, out. dez., 1998.

33 V. Hélène Tourard, *L'Internationalisation des Constitutions Nationales*, LGDJ, Paris, 2000; Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford, 2000; entre nós, v. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, 1995; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1996; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000.

34 Note-se, porém, que neste ponto doutrina e jurisprudência divergem, eis que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado no sentido de que os tratados internacionais possuem, no nosso ordenamento jurídico, *status* de lei ordinária.

35 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

36 Celso de Albuquerque Mello, “O § 2º do art 5ª da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999. V. também, sobre o tema, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

37 FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Op. cit.*, pp. 302/310.

38 Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Desequiparações Proibidas, Desequiparações Permitidas*, afirma que o que se tem que indagar para concluir se uma norma desatende à igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: *se o tratamento diverso outorgado a uns for “justificável”, por existir uma correlação lógica entre o “fator de discriminem” tomado em conta e o regramento que se lhe 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 discriminem identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

39 FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Op. cit.*, pp. 302/310.

40 Cite-se, à guisa de exemplo, alguns planos de ação afirmativa que vêm sendo formulados na esfera dos Estados, instituindo cotas nas universidades estatais para alunos egressos das escolas públicas. Nesses casos, coexistem lado a lado: a) um critério objetivo (aluno de escola pública); b) a cota; c) um fator oculto: o fator racial. O fator oculto representa a maneira evasiva, fugidia, envergonhada, bem brasileira, de tratar da questão racial. Mas ninguém tem dúvida: a maioria esmagadora dos negros brasileiros estudam em escolas públicas. Portanto, eles serão os maiores beneficiários desses projetos. Daí a reação dos que tradicionalmente se beneficiaram da exclusão...

41 In www.ibase.org.br/paginas/wania/html

42 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 88.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As instituições humanas não são estáticas. Avançam e retrocedem. Transmudam-se e reorientam-se. Como o próprio ritmo do tempo que segue seu curso inexorável, as sociedades humanas vão construindo seus laços e sistemas, como na metáfora da Grécia clássica, onde a mulher à noite desfazia o que era tecido durante o dia.

As idéias também seguem o mesmo destino, assumindo contornos e veiculando significados também em processo constante de mudanças, de tal forma que, muitas vezes, a simples referência à expressão que designa a idéia a ser transmitida se revela incapaz de atingir seu objetivo. A multiplicidade de significados faz com que as categorias tenham de ser elucidadas, de modo a permitir uma adequada compreensão do discurso.

É nesse contexto que *democracia* e *igualdade* são algumas dessas idéias que, de momento, mais nos interessam e nos convidam à reflexão. Entretanto, em razão da proposta deste estudo, com suas naturais limitações, e a amplitude e profundidade do tema, é preciso estabelecer um fio condutor que objetive e direcione o esforço reflexivo.

Daí, então, a escolha da política de ação afirmativa, como interlocutora da democracia e da igualdade.

Há espaço, num ambiente democrático, para uma política de ação afirmativa? Ela está fadada ao alijamento por não mais atender a seus pressupostos igualitários?

São alguns dos questionamentos que nos servem de motivação.

2 A DEMOCRACIA E SEUS ADJETIVOS

Numa abordagem singela e mais ortodoxa, “por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia” (Bobbio, 1995a:07). Entretanto, tal definição se mostra incapaz de revelar as sutilezas das construções teóricas que tratam da democracia.³

Nós vivemos na era da democracia, ou assim parece. O socialismo estatal, que aparentava tão entrincheirado há apenas alguns anos atrás, sucumbiu na Europa Central e Oriental. A democracia parece estar, não só seguramente estabelecida no Ocidente, mas tem sido amplamente adotada, e, princípio além do Ocidente, como um modelo adequado de governo. Por meio das maiores regiões do mundo tem havido uma consolidação dos processos e procedimen-

tos democráticos. [...] A estória da democracia desde a antigüidade até o presente parece por isso ter um final feliz. Em mais e mais países, os cidadãos-eleitores são, em princípio, capazes de buscar responsabilizar aqueles que tomam as decisões públicas, enquanto esses próprios representam os interesses de seus representados – o ‘povo’ num determinado território. Entretanto, a estória não se encerra com esses avanços. Embora a vitória de movimentos democráticos pela Europa Central e Oriental tenha sido um grande momento, como foi a transformação de regimes políticos em outros lugares, esses eventos deixaram sem solução muitas questões importantes do pensamento e prática democráticas. A democracia, como um ideal e como uma realidade política, é fundamentalmente contestada. Não apenas a história da democracia é marcada por interpretações conflitantes, mas também noções antigas e modernas se entrelaçam para produzir entendimentos ambíguos e inconsistentes sobre os termos chave da democracia, entre os quais o significado adequado de ‘participação política’, a conotação de ‘representação’, o escopo das capacidades do ‘cidadão’ para escolher livremente as alternativas políticas, e a natureza da participação como membro de uma comunidade democrática. (Held, 1996:xi).⁴

Assim, como proposto por Held (1996), a democracia hoje deve ser vista em termos de *modelos*,⁵ cada qual evidenciando contornos distintos do que seja esse ideal/sistema político, tão celebrado nesse fim de século, e ao mesmo tempo tão desafiado.

Entre as várias concepções de democracia, adota-se, aqui, uma visão de democracia, não meramente instrumental, mas efetivamente participativa mediante o asseguramento da autonomia⁶ (enquanto capacidade de auto-reflexão e autodeterminação) – chamada, por Held (1996) de autonomia democrática (*democratic autonomy*) – onde “os indivíduos devem ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas; ou seja, devem desfrutar de direitos iguais (e, em consequência, de deveres iguais) na especificação da estrutura que gera e limita as oportunidades a eles disponíveis, desde que não desenvolvam esta estrutura para negar os direitos dos outros” (Held, 1996:301).^{7 8}

O princípio da autonomia, como adverte Held (1996) é um princípio de demarcação do poder legítimo e expressa uma preocupação com as especificações do consenso democrático, sendo necessários alguns esclarecimentos sobre seus elementos, que podem ser resumidos em quatro aspectos básicos.

1. A noção de que as pessoas devem usufruir de iguais direitos e obrigações na estrutura política que conforma suas vidas e oportunidades significa, em princípio, que elas devem usufruir de autonomia – isto é uma estrutura comum de ação política – de modo que elas sejam capazes de perseguir seus projetos, quer individual e coletivo, como agentes livres e iguais (cf. Rawls, 1985, pp. 245ff).

2. O conceito de ‘direitos’ tem o sentido de prerrogativa, prerrogativas para perseguir ação e atividade sem o risco de interferência injusta ou arbitrária. Direitos definem esferas independentes de ação (ou inação). Eles habilitam – isto é, criam espaços para ação – e constrição – ou seja, especificam limites para a ação independente de modo que essa não encurte ou infrinja a liberdade dos outros. Assim, os direitos têm uma dimensão estrutural que concede tanto oportunidades como obrigações.

3. A idéia de que as pessoas devam ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas significa que elas devem ser capazes de participar de um processo de debates e deliberações, aberto para todos em bases iguais e livres, sobre questões de interesse público. Uma decisão legítima, dentro dessa estrutura, necessariamente não segue a decisão da “vontade de todos”, mas ao invés resulta do envolvimento de todos no processo

(Manin, 1987, p. 352). Desta forma, o processo democrático resulta compatível com os procedimentos e mecanismos da regra da maioria.

4. A qualificação estabelecida no princípio – que direitos individuais demandam proteção – representa um apelo familiar ao governo constitucional. O princípio da autonomia específica que tanto os indivíduos devam ser “livres e iguais” e que as “maiorias” não devam se impor aos demais. Devem haver arranjos institucionais que protejam a posição individual ou da minoria, v.g. regras constitucionais e garantias. (Held, 1996:302).⁹

Portanto, a democracia determina não apenas um direito ao autodesenvolvimento, mas também estabelece a limitação constitucional do poder distributivo. Contém-se a “liberdade do forte” de modo que a autoridade só se justifique se preserva e reconhece o princípio da autonomia.¹⁰ “Institucionalizar o princípio da autonomia significa especificar direitos e deveres que devam ser substantivos, e não apenas formais.” (Giddens, 1996:204).

Para tanto, deve ser providenciado um fórum para o debate aberto. Democracia significa discussão, a oportunidade para que a “força do melhor argumento” seja preponderante, em contraposição a outros modos de se tomar decisões (das quais as mais impor-

tantes são as decisões políticas). Quando necessário, uma ordem democrática proporciona arranjos institucionais para a mediação, a negociação e o cumprimento dos compromissos. A conduta da discussão aberta é em si um meio de educação democrática: a participação no debate com os outros pode conduzir à emergência de uma cidadania mais esclarecida. De certa forma, tal consequência tem a sua origem em uma ampliação dos horizontes cognitivos do indivíduo. Mas também deriva de um reconhecimento da diversidade legítima – ou seja, do pluralismo – e da educação emocional. (Giddens, 1996:204).

Por fim, a democracia enquanto autonomia, [...] não é a meta em direção da qual marcham os que se libertam, nem pode por força maior reduzir-se ao respeito das regras do jogo político. Ela tem de ser uma força viva de construção de um mundo tão vasto e diverso quanto possível, capaz de combinar tempos passados e futuros, afinidades e diferenças, capaz, sobretudo, de recriar o espaço e as mediações políticas, as únicas que nos podem permitir deter a decomposição de um mundo levado por um turbilhão de capitais e de imagens contra as quais se entrincheiram, numa identidade obsessiva e agressiva, os que se sentem perdedores nos mercados mundiais. A democracia não se dirige mais para um porvir radioso, mas para

uma reconstrução de um espaço de vida pessoal e de mediações políticas que o protegem. (Touraine, 1997:103-2).

Por outro lado, não se pode dissociar a questão democrática da própria evolução do Estado.

As profundas transformações da sociedade, e especialmente dos Estados europeus, do século XIX, palco de intensas lutas sociais, motivadas pela crítica marxista, resultaram no surgimento de um novo Estado: o Estado social, trazendo a reboque novos direitos, chamados de direitos sociais.

A feição do Estado, antes ‘liberal’, onde os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite à intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como consequência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social. A gradual interação do Estado com a sociedade civil acabou por alterar a sua forma jurídica, os processos de legitimação e a estrutura da Administração.

Com o desenvolvimento capitalista e adoção de novas tecnologias, associado à concentração de mão-de-obra nos centros urbanos, ao ascenso das classes trabalhadoras e ao aparecimento das doutrinas socialistas e da doutrina social cristã (de larga repercussão histórica),

combinado com a universalização do sufrágio e organização dos partidos, além do crescente intervencionismo estatal nas relações privadas surge uma nova forma de Estado, o chamado Estado Social. (Taborda, 1998: 257).

As características dessa nova ordem estatal, entre outras, manifestam-se no pluralismo democrático,¹¹ na redefinição do papel dos parlamentos, na adoção da fidelidade partidária, bem como na adoção de novos direitos fundamentais, que ao lado das liberdades públicas, asseguram um quadro de valores mínimos a serem perseguidos (bem-estar social e distribuição mais eqüitativa da riqueza).

A tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir por meio da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais. (Taborda, 1998:257).

No Estado social de Direito, cuida-se da proteção da autonomia da pessoa articulando-se direitos, liberdades e garantias em compromisso com o refazimento das condições materiais, mediante o reconhecimento e proteção dos direitos sociais.

3 IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA

Conforme já registrei em outra oportunidade, (Silva, 1999) a questão da igualdade – ou de sua falta – tem sido calcada de diversos modos em todas as formas de sociedade, atormentado o homem, desde tempos muito antigos. O problema das desigualdades (biológicas e psicológicas, por exemplo) inerentes ao ser humano, assim como a posição que ocupa na estrutura social, na qual se insere, tem fornecido material para reflexão e investigação, nas mais diversas áreas do conhecimento humano, e inclusive, gerado diferentes visões de mundo, que repercutem em organizações sociais e sistemas políticos distintos.

Entretanto, não se pretende, aqui, perseguir a trajetória da evolução da idéia de igualdade na consciência ocidental,¹² mas sim examiná-la, especialmente, à luz do Estado social, o que lhe permite assumir novos contornos. Porém, para uma compreensão mais ajustada é preciso retroceder, ainda que de forma breve, ao Estado liberal.

Com a formação do Estado liberal burguês a igualdade se viu reduzida a uma concepção puramente formal e tecnicista, restrita, basicamente, aos limites da ordem jurídica. Isto é, a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens,¹³ mas se

instrumentalizava apenas por intermédio da proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ou que fossem aplicadas de forma desigual, sem que as preocupações com a desigualação, de fato, entre as pessoas fosse objeto de debate. A igualdade resumia-se no próprio exercício livre da autonomia da vontade (ainda que muitos não possuam condições materiais para esse exercício pleno).

Porém, a concepção liberal clássica da igualdade – bem expressa ideário da Revolução Francesa – revelou-se em descompasso com o Estado social. A idéia tradicional de que a igualdade resume-se a uma dimensão formal, expressa na vedação de privilégios pessoais e na proibição da hierarquização das classes é insuficiente para realizar a igualdade em todas as suas potencialidades. E são as próprias desigualdades prevaletentes nas relações políticas e socioculturais travadas entre os membros da comunidade social que denunciam a falência da visão liberal de sociedade.

Paradoxalmente, porém, o avanço dos movimentos em prol da diminuição das injustiças sociais fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção da igualdade jurídica, que de acordo com sua origem liberal francesa preconiza não mais ou pouco mais, que a abolição dos privilégios

pessoais, e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito esse que passou a constituir tormento de todo regime político. (Siqueira Castro, 1983: 35-6).

Para Bobbio a evolução da compreensão da igualdade repercute diretamente na forma de Estado social, conforme registra Taborda (1998:257).

Cuida-se de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social (...) Embora com projeção no plano do sistema político (com passagem do governo representativo clássico à democracia representativa), é no âmbito dos direitos fundamentais e no da organização econômica que mais avulta o Estado social de Direito.

Em linhas gerais, a igualdade, então, passa a ser vista sob outra ótica, como, por exemplo, termos de igualdade de chances ou de oportunidades, onde o foco de atenção recai sobre a noção de igualdade material ou substancial.¹⁴

A igualdade material é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida.

O princípio da igualdade, ou melhor, do nivelamento das oportunidades aplica-se por isso à redistribuição do

acesso a várias posições na sociedade e não à atribuição dessas mesmas posições. O problema é, pois, o de fazer combinar pessoas de dotes desiguais com posições que oferecem uma remuneração, um poder ou um prestígio desiguais. A solução é torná-las acessíveis a todos mediante a competição. Hipoteticamente, se a todos for dado um mesmo ponto de partida, a posição que enfim ocuparão dependerá exclusivamente da velocidade com que tiverem corrido e da distância alcançada.

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

Mais tarde veio a reconhecer-se que a igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente privilegiados. Por isso, os programas

head start, conquanto intrinsecamente inigualitários são extrinsecamente igualitários, já que levam a um nivelamento das oportunidades de instrução. (Oppenheim, 1995:604)

Entretanto, apesar da forte carga humanitária e idealista que essa igualdade traz consigo, até hoje, a experiência histórica das sociedades humanas não logrou sua ampla realização.¹⁵

Muitos são os fatores aos quais se pode atribuir a inviabilidade prática da igualdade material: a constituição física do homem, ora frágil, ora forte; a multiplicidade da estrutura psicológica humana, ora inclinada à dominação, ora voltada para a submissão; a pluralidade de interesses, muitas vezes diametralmente opostas; o multiculturalismo; e as próprias estruturas políticas e sociais adotadas, que muitas vezes, tendem a consolidar ou mesmo exacerbar as diferenças, ao invés de neutralizá-las ou ainda atenuá-las.

Porém, se determinadas imposições fossem inarredáveis da vida humana, impedindo a realização ampla e total da igualdade material entre os homens, tal fato não significaria, necessariamente, o desprezo e desconhecimento político-constitucional dessa manifestação igualitária.¹⁶

Com efeito, nas democracias ocidentais, com contornos de Estado social, o princípio da igualdade material tem

assento nas Cartas Constitucionais. É justamente na disciplina da ordem social, cristalizando aqueles direitos chamados de segunda geração, eis que buscam assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens – como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e assistência sociais – que vislumbra-se a clara iniciativa de fomentar entre as pessoas maior igualdade material. Ainda que a eficácia social de tais normas seja passível de críticas já que os respectivos direitos consagrados tenham previsão nas chamadas normas de princípio programático, persiste a finalidade de se construir, mediante a ordem estatal, vias de maior acesso à igualdade material.

A propósito, embora não seja objeto direto desse estudo, não se pode deixar de registrar o pensamento do filósofo inglês John Rawls¹⁷ sobre a questão da igualdade em razão da sua Teoria da Justiça, que se coloca como uma das mais influentes teorias contemporâneas sobre essa questão.¹⁸

Rawls aduziu que esta é equidade e igualdade de oportunidades, possuindo dois princípios gerais: o primeiro consiste em que toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente válido de iguais liberdades básicas que sejam compatíveis com um esquema similar de liberdades para todos; e o segundo, de que as desigualdades sociais

e econômicas devem satisfazer a duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade de oportunidades; em segundo, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade. Em outras palavras, exige-se igualdade na repartição de direitos e deveres básicos, e mantém-se as desigualdades sociais e econômicas, de riqueza e de autoridade, se são justas, isto é, se produzem benefícios compensadores para todos. Esta concepção é próxima daquela que baseia a igualdade na repartição dos bens produzidos – a utilitarista –, mas com ela não se confunde, segundo a crítica que o próprio autor lhe faz, porque o utilitarismo não considera seriamente a distinção entre as pessoas. (Taborda, 1998:258).

Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, se faz necessário, muitas vezes favorecer uns em detrimento de outros.¹⁹ Esse favorecimento tem recebido da doutrina uma nomenclatura variada, ora sendo chamada de discriminação positiva, ora de discriminação inversa ou ainda de ação afirmativa (*affirmative action*), na sua versão anglo-saxã.

Essa política de promoção da igualação tem se mostrado um tema vi-

goroso, candente, capaz de alinhar tanto defensores apaixonados, quanto críticos impiedosos.²⁰

A discriminação inversa é uma manifestação *extrema* – e por isso especialmente discutida – de introdução de uma desigualdade como meio para conseguir uma maior igualdade como objetivo final. O que a diferencia de outras desigualdades para a igualdade não discutidas (ou, em todo caso muito menos discutidas), como a progressividade do imposto sobre a renda ou os auxílios especiais para jovens ou aposentados, são fundamentalmente as duas seguintes características: de um lado, se trata de um tipo de iniciativa que tem em conta traços tradicionalmente discriminatórios, como a raça, ou o sexo, com o objetivo de favorecer aos também tradicionalmente prejudicados, e de outro lado, se apresenta como especialmente problemática porque se aplica a situações de especial escassez, como podem ser os níveis profissionais de prestígio, os cargos políticos, as vagas nas universidades, os comércios protegidos etc. Por essas duas razões, são problemáticas a reserva de uma quota de 25 por cento para cargos femininos em determinados órgãos políticos ou o aluguel ou a venda de lojas a preços baixos para grupos de ciganos. (Miguel, 1996:79).²¹

São, desta forma, visando à redução de diferenças sociais – não menos

justas do que as de épocas passadas – introduzidas discriminações artificialmente ou imperativamente, que de outro modo não existiriam. Como esclarece Bobbio, (...) *uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova desigualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades*. (Taborda, 1998: 257-8).

É nesse contexto que o princípio da igualdade jurídica, a partir da década de 1960, passa por uma remodelação constitucional. Deixando de lado uma visão de Estado neutral – “que aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor” (Gomes, 2001:39) –,²² altera-se a concepção de igualdade a ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação. Portanto, revela-se assim a insuficiência da exigência formal de tratamento igual perante a lei como forma de alteração da composição do tecido social das relações travadas em sociedade, assentado em bases culturais e tradições seculares de exclusão e dominação.²³

Na verdade, quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental,²⁴ em 4 de junho de

1965, na Howard University, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson se todos que se encontravam lá eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdade de condições.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que se tornou conhecido, e posteriormente foi assim denominado pela Suprema Corte, como *affirmative action*²⁵ – movimento este que compromissou as organizações e instituições públicas e privadas com uma nova prática, no Direito, do princípio constitucional da igualdade. (Rocha, 1996).

A expressão *ação afirmativa* foi utilizada pela primeira vez numa ordem executiva²⁶ federal norte-americana do mesmo ano de 1965, onde se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desiguais socialmente e, por extensão, juridicamente.²⁷

Desde então, *ação afirmativa* passou a significar a exigência de 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 pre-

nizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.

Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim nas entidades públicas e privadas.²⁸

Hoje, como esclarece Gomes (2001:40): (...) 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.

Neste contexto, a concepção do que seja uma minoria, a ser protegida pela ação afirmativa, assume papel relevante. Para Rocha (1996:285): não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados

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

Assim, não só as pessoas físicas, exclusivamente, podem ser contempladas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedades de grupos minoritários étnicos ou raciais, discriminados de uma forma geral (como negros e mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados) etc.; isto é, todo um universo de excluídos e marginalizados passa a ser sujeito da ação afirmativa.

Não se teve, nem seria de se esperar que se tivesse, a erradicação do preconceito e o fim de todas as formas de discriminação nestes trinta anos de prática do princípio da igualdade jurídica concebido com a compreensão da ação afirmativa.

Mas se teve, e ainda se tem, a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica. (Rocha, 1996:286).

Isso não significa que se pretende, com a ação afirmativa, trocar os beneficiários de uma estrutura excludente, produzindo-se novas discriminações, agora em detrimento das maiorias, que, “sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes deti-

nham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito.” (Rocha, 1996:286).

Na verdade, a precisa medida dos planos e programas visando à ação afirmativa se verifica num contexto de razoabilidade, visando a concretizar o mandamento constitucional, de modo que qualquer excesso acaba por representar violação à própria ordem constitucional. À guisa de se incluir alguns, não se pode excluir os demais. Busca-se, tão-só, com o manejo da ação afirmativa, por meio de um tratamento diferenciado, mediante a implantação de quotas, que haja a introdução e absorção, na estrutura político-social, daqueles que de forma diversa restariam marginalizados.

A ação afirmativa – como dizem seus defensores – é um remédio necessário para fazer curar injustiças passadas e violações, e portanto, será temporário em sua prescrição (Walzer, 1995:283).

Explica-se melhor.

É importante salientar que não se quer ver produzidas novas discriminações com a *ação afirmativa*. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o

objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria de se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir 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, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade. (Rocha, 1996:286).

A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 1970 e 1980, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte.

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio ju-

rídico da igualdade têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à Segunda Grande Guerra.²⁹

Neste particular, o caso *University of California Regents v. Bakke*, de 1978, merece destaque. Muito embora a Corte tenha decidido que a política adotada, em específico, pela Universidade violasse a *Equal Protecting Clause*, restou assegurada a possibilidade de que o fator “raça” pudesse vir a ser considerado como critério de admissão nos cursos superiores, visando à produção da diversidade no corpo discente (Schwartz, 1993:325).

A propósito, votava, então, o Juiz da Suprema Corte Americana William Brennan pela constitucionalidade da fixação de assentos para minoria racial, porque compatível com a *Equal Protecting Clause*. Entendeu o julgador que: (...) *o objetivo de remediar os efeitos de discriminações sociais passadas seria suficientemente relevante para justificar o uso de programas de admissão [na universidade] baseados em fatores raciais, onde houvesse bases razoáveis que levassem a conclusão de que minorias subrepresentadas seriam substanciais e crônicas, e que o déficit causado por discriminações no passado estaria impedindo o acesso dessas minorias à escola médica.* (citado por Rocha, 1996:287-8).³⁰

Nesse mesmo julgamento, pronunciava-se o Juiz Harry Blackmun: *A fim de superarmos o racismo, devemos primeiro tomar consciência da raça ... e a fim de tratar algumas pessoas igualmente, devemos primeiro tratá-las diferentemente.* (citado por Rocha, 1996: 288).³¹

Na verdade, deve-se ressaltar, que *Bakke* não representou uma autorização indiscriminada para a utilização da ação afirmativa, em qualquer circunstância, funcionando mais como um tempero adicionado pela Corte de Burger, no tema da igualdade.

[...] A não ser que houvesse prova de discriminação, ou um ato legislativo ou administrativo com tal finalidade, raça, como único critério de admissão nos empregos, foi considerado inválido, assim como foi em *Bakke*. Mas se adequadamente concebidos programas de ação afirmativa seriam sustentáveis. A decisão em *Bakke* de que raça poderia ser considerada como critério permitiu que a difusão dos programas de ação afirmativa continuasse. (Schwartz, 1993:325).³²

Entretanto, se é bem verdade que a Corte Suprema foi arrojada em *Bakke*, a partir do final de década de 1980 percebe-se um movimento de ataques a todos os tipos de programas baseados na ação afirmativa. Inclusive, hoje a posição assumida pela Corte ameaça a

própria permanência da ação afirmativa. Conforme registra Katz (1999), embora ambos os presidentes Ronald Reagan e George Bush tenham tomado medidas bem tímidas para limitar a utilização da ação afirmativa, o impacto real de suas posições se fez sentir com a nomeação de quatro *Justices* para a Suprema Corte que ora se percebe bastante hostil às preferências raciais e quotas.³³ Entretanto, é na Califórnia, em 1996, com a promulgação da Proposition 209, como lei, que a ação afirmativa sofre um impacto de consideráveis proporções.

Essa lei proíbe o uso de “raça, sexo, cor, etnia, ou nacionalidade como um critério para a adoção de discriminação desfavorável; ou para a adição de tratamento preferencial para qualquer indivíduo ou grupo no que diz respeito ao sistema público de educação ou contratos públicos”, eliminando, assim, iniciativas de ação afirmativa de agências estatais. O impacto da Proposição 209 na Califórnia tem sido enorme e o número de negros na educação superior e o número de contratos locais e estaduais celebrados com empresas de proprietários negros já se encontram substancialmente reduzidos. Hoje, pelo menos vinte estados estão considerando legislações do tipo da Proposição 208. A ação afirmativa se tornou extremamente controversa nos Estados

Unidos e de forma cristalina o ambiente político³⁴ no país se tornou mais céptico a respeito das preferências raciais e das quotas.³⁵ (Katz, 1999).

Num outro giro, muito embora a noção de ação afirmativa tenha surgido, ganhado forças e aplicação mais sistemática, nos Estados Unidos, em especial, em razão dos conflitos raciais da década de 1960, a idéia da igualação pela desigualação também tem eco no Direito europeu continental sob a denominação de *discriminação positiva*.³⁶

Para Mélin-Soucramanien (1997: 206-7) a discriminação positiva pode ser definida como “(...) uma diferenciação jurídica de tratamento, criada a título temporário, na qual o legislador afirma, expressamente, o objetivo de favorecer uma categoria de determinadas pessoas físicas ou jurídicas em detrimento de outra, a fim de compensar uma desigualdade de fato preexistente entre elas.”³⁷

Neste diapasão, alguns critérios que permitam a identificação de uma discriminação positiva podem ser enumerados, devendo os mesmos estarem presentes, concomitantemente, para a regular admissibilidade da discriminação desejada. São eles: a obrigatoriedade de diferenciação jurídica de tratamento; esta deve vir motivada e deve ser adotada de acordo com sua estrita finalidade de conceder uma vantagem

a uma categoria determinada de cidadãos; esta categoria de cidadãos deve ter sido objeto de discriminações no passado; o legislador deve ter como meta o estabelecimento de uma igualdade de fato, de modo que as políticas discriminatórias devam cessar assim que essa igualdade seja alcançada. (Mélin-Soucramanien, 1997:207).³⁸

As soluções adotadas pelo Direito Constitucional europeu, ainda que mais comedidamente, têm admitido a possibilidade de discriminações positivas. Verifique-se a atuação da Corte alemã que tem admitido a utilização de tal expediente, como forma de realização do mandamento igualitário, desde que ele não se revele arbitrário.

Neste diapasão, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), em decisão de 28 de janeiro de 1987, julgou conforme à Constituição um dispositivo legislativo que concedia às mulheres a aposentadoria com a idade de 60 anos, ao passo que os homens só se aposentariam aos 65 anos, sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada a que estão submetidas: a de seus trabalhos assalariados e a familiar, como mães e donas-de-casa. Em outra oportunidade, em aresto de 28 de janeiro de 1992, o Tribunal declarou a constitucionalidade de uma discrimina-

ção positiva favorável às mulheres que consistia na proibição de trabalho feminino noturno, fundado no art. 3, alínea 2 da Constituição, reconhecendo a Corte que ... *as desvantagens factuais que em geral sofrem as mulheres podem ser compensadas por normas que lhes assegure algumas vantagens*. (Mélin-Soucramanien, 1997:218).

Assim, a ação afirmativa se apresenta como um instrumento de superação da simples noção de que o princípio da igualdade jurídica se exaure na dicção da igualdade formal.

Ao revés, fornece instrumental teórico, para dar maior completude à igualdade jurídica que também prescreve igualdade material.

(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como forma de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política econômica em conformidade com o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para

se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (Rocha, 1996:286).

Finalmente, o conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes de hoje. (Rocha, 1996:288).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da democracia se encontra imbricada ao tema da igualdade de tal forma que não se pode vislumbrar, ainda que sob óticas diversas, um sistema democrático que desconsidere uma demanda por igualdade nas relações. Alguns mais, outros menos, mas ambas andam juntas. Por sua vez, é nessa interseção que a ação afirmativa vai buscar seu assento e legitimidade, almejando a realização de uma igualação entre as pessoas (igualdade material).

Desta forma, se a igualdade, considerada numa dimensão político-jurídica fosse apenas a vedação de tratamento discriminatório e o repúdio à criação e manutenção de privilégios (igualdade formal), o princípio se revelaria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais do Estado social, no caso brasileiro, constitucionalmente selecionados e indicados, no art. 3º da Constituição Federal.

Se assim o fosse, doravante, na legislação a ser produzida e nos comportamentos regulados pelo Direito, estariam inviabilizadas e impedidas, apenas, as manifestações de preconceitos ou posições discriminatórias. Entretanto, questiona Carmen Lúcia Rocha (1996:289), como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na histó-

ria política, social e econômica nacional? E a resposta assimila as possibilidades da ação afirmativa, pois *somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora, conforme o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para 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 abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo nas relações fáticas e concretas entre as pessoas buscam efetivar uma igualdade real.

As potencialidades da igualdade em nossa ordem democrática e o sistemático processo de desigualdades sociais e de exclusões lançam desafios e tensões a serem resolvidas, não só para a comunidade acadêmica e para os homens públicos, mas para todos nós que almejamos vivenciar uma “sociedade justa, livre e solidária”, promotora do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade ou quaisquer outras formas de discriminação.”

FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA: Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

NOTAS

1 O presente trabalho, inicialmente, foi apresentado, no primeiro semestre de 2000, como parte das atividades integrantes do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da PUC/RJ. Posteriormente foi publicado no número 64 da *Revista Direito Federal – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. A presente versão trata-se de uma atualização e revisão do referido material elaborada especialmente para o Seminário Internacional *As Minorias e o Direito*, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 12 a 14 de setembro de 2001, Brasília-DF.

2 A autora é Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/RJ, Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/RJ, Juíza Federal da 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais/SJRJ e Diretora de Relações Institucionais da Ajufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil.

3 A sua própria evolução e generalização na ordem internacional vieram a contribuir para que o termo significasse muitas coisas diferentes, em contextos também diversos. Desta forma, a democracia popular, num Estado comunista tem contornos divergentes da democracia participativa, praticada num país de tradição liberal. Inclusive, alguns teóricos, acusam a vulgarização do termo, como o responsável por sua desvalorização e esvaziamento, sugerindo, até mesmo, que fosse adotado um outro termo, como por exemplo,

poliarquia, como forma de resgatar seu conteúdo – já que invariavelmente a velha palavra “democracia” se encontra desgastada. Sobre essa questão ver Dahl (1989).

4 No texto original: *We live in the age of democracy, or so it seems. State socialism, which appeared so entrenched just a few years ago, has crumbled in Central and Eastern Europe. Democracy appears to be not only securely established in the West but also widely adopted in principle beyond the West as a suitable model of government. Through out the world's major regions there has been a consolidation of democratic processes and procedures. [...] The tale of democracy from antiquity to the present seems, therefore to have a happy ending. In more and more countries citizens-voters are, in principle, able to hold public decision-makers to account, while the decision-makers themselves represent the interest of their constituents – ‘the people’ in a delimited territory. However, the tale of democracy does not conclude with such developments. Although the victory of democratic movements across Central and Eastern Europe was of great moment, as was the transformation of political regimes in other places, these events have left unresolved many important questions of democratic thought and practice. Democracy, as an idea and as a political reality, is fundamentally contested. Not only is the history of democracy marked by conflicting interpretations, but also ancient and modern notions intermingle to produce ambiguous and inconsistent accounts of the key*

terms of democracy, among them the proper meaning of 'political participation', the connotation of 'representation', the scope of 'citizens' capacities to choose freely among political alternatives, and the nature of membership in a democratic community.

5 Basicamente, Held (1996) apresenta quatro modelos-matrizes que deram origem às concepções atuais democráticas. Seriam eles: o modelo clássico ateniense; o modelo do republicanismo; a democracia liberal e a democracia direta (radical). Suas variantes principais seriam o elitismo e o pluralismo.

6 A idéia da autonomia vincula estas várias aspirações. Autonomia significa a capacidade de auto-reflexão e autodeterminação dos indivíduos: 'deliberar, julgar, escolher e agir diante de diferentes cursos de ação possíveis'. É claro que neste sentido, a autonomia não poderia ser desenvolvida enquanto os direitos e as obrigações estivessem intimamente vinculados à tradição e a prerrogativas estabelecidas da propriedade. Entretanto, uma vez que essas fossem dissolvidas, um movimento em direção à autonomia tornava-se ao mesmo tempo possível e visto como necessário. É virtualmente característica de todas as interpretações da democracia moderna uma preocupação opressiva com o modo como os indivíduos podem melhor determinar e regulamentar as condições de sua associação. As aspirações que compõem a tendência para a autonomia podem ser resumidas como um princípio geral, o 'princípio da autonomia'. (...) (Giddens, 1993: 202-3)

7 No texto original: *persons should enjoy equal rights and, accordingly, equal obligations in the specification of the political framework which generates and limits the opportunities available to them; that is, they should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives, so long as they do not deploy this framework to negate the rights of others.*

8 Nesse mesmo sentido, Castoriadis (1996): *A democracia como regime é, portanto, o regime que busca, na medida do possível, realizar ao mesmo tempo a autonomia individual e coletiva e o bem comum como é concebido pela coletividade considerada.* No texto original: *La democracia como régimen es, por lo tanto, el régimen que intenta, en la medida en que sea posible, realizar al mismo tiempo la autonomía individual y colectiva y el bien común tal y como es concebido por la colectividad considerada.*

9 No texto original: *The notion that persons should enjoy equal rights and obligations in the political framework which shapes their lives and opportunities means, in principle, that they should enjoy autonomy – that is, a common structure of political action – in order that they may be able to pursue their projects, both individual and collective, as free and equal agents (Rawls, 1985, p. 245ff). The concept of 'rights' connotes entitlements, entitlements to pursue action and activity without the risk of arbitrary or unjust interference. Rights define legitimate spheres of independent action (or inaction). They enable – that is, create spaces for action – and*

constraint – that is, specify limits on independent action so that the latter does not curtail and infringe the liberty of others. Hence, rights have a structural dimension bestowing both opportunities and duties. The idea that people should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives means that they should be able to participate in a process of debate and deliberation open to all on a free and equal basis, about matters of public concern. A legitimate decision, within this framework, is not one that necessarily follows from the ‘will of all’, but rather one that results from the involvement of all in the process (Manin, 1987, p. 352). As such, the democratic process is compatible with the procedures and mechanisms of majority rule. The qualification stated in the principle – that individual rights require protection – represents a familiar call for constitutional government. The principle of autonomy specifies both that individuals must be ‘free and equal’ and that ‘majorities’ should not be able to impose themselves on others. There must always be institutional arrangements to protect the individual’s or the minority’s position i.e. constitutional rules and safeguards.

10 *Não é bom propor um princípio de autonomia sem dizer algo a respeito das condições de sua realização. Quais são estas condições? Uma delas é que deve haver igualdade na indução dos resultados na tomada de decisão – na esfera política, isto é em geral buscado pela regra ‘cada pessoa, um voto’. As preferências expressas de cada*

indivíduo devem ter igual valor, estando sujeitas, em certos momentos, a qualificações tornadas necessárias pela existência da autoridade justificada. Deve haver também participação efetiva; deve-se proporcionar aos indivíduos os meios para que suas vozes sejam ouvidas. (Giddens, 1996:203).

11 *A luta política é não somente explícita, mas institucionalizada. Aceitando como fundamento do poder da coletividade em sua diversidade, esse regime põe freios à autoridade governamental. O poder deve ser encarado no sentido de que nenhuma equipe dirigente está instalada para sempre, que nenhum programa pode ser considerado definitivo, que toda política só é oficial provisoriamente. Essa abertura – ou melhor, essa disponibilidade – do poder é comandada por uma filosofia pluralista, que faz da oposição uma força tão legítima quanto os governantes do momento. Não somente todas as tendências e todos os interesses podem se expressar, mas todos têm a esperança de aceder ao governo e de utilizar suas prerrogativas segundo seus pontos de vista. (Georges Burdeau, *Démocratie, Encyclopædia Universalis.*) (Châtelet, 1997:175).*

12 *Essa trajetória da evolução da idéia de igualdade na consciência ocidental, apresenta registros desde os Pensadores da Grécia Clássica (como Sólon, Péricles, Platão e Aristóteles), passando-se pela Roma Antiga de Cícero e Ulpiano. Seguem-se a doutrina de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, o período Medieval e Renascentista, a con-*

cepção jusnaturalista até o pensamento dos contratualistas, chegando-se às portas do movimento constitucionalista moderno dos séc. XVIII e revolucionário do século XIX. Apenas à guisa de registro, é na Revolução Francesa que se formaliza a idéia jurídica de igualdade, inserta no art. 1^o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Posteriormente, com o movimento constitucionalista que graçou o mundo, o ideal de igualdade tomou lugar cativo nas Constituições modernas.

13 Verifiquem-se as palavras de Jefferson: *Temos que essas verdades são auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais; que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca pela felicidade. Que, para assegurar esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, derivando seus poderes justos do consentimento de seus governados; que toda vez que qualquer forma de governo se torne destrutiva para esses fins, é direito do povo alterá-lo ou aboli-lo.* (Barker, 1996:1). No texto original *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these, are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that, whenever any form of governemt becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it ...*

14 A doutrina costuma fazer uma distinção entre igualdade formal e igualdade material. A primeira é a tradicional concepção liberal-burguesa de igualdade (igualdade na lei e perante a lei, isto é, na elaboração e na aplicação), como já exposto acima. A igualdade material, também chamada de substancial, pretende a igualação entre as pessoas de fato. Para maiores discussões, verifique Silva (1999).

15 Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva (1989:5), “no campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura ainda tradução na realidade empírica, na vida das chamadas democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de molde a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime.”

16 Para Celso Ribeiro Bastos (1996:165), “na área das democracias ocidentais, o princípio da igualdade material não é de todo desconhecido. Ele entra nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais ou imateriais. Assim é que, com freqüência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento radical ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho. E muitos outros exemplos poderiam ser citados, como igual direito ao acesso à instrução, à saúde, à alimentação etc.”

17 “Porque o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado dos diversos valores e harmonizando-lhes as comparações intersubjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que no concernente a esta última, aparece tanto na liberdade negativa quanto na liberdade positiva, como condição da liberdade, a assegurar a todos a igualdade de chance (= liberdade para ou real). Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierna John Rawls a coloca na mesma equação com a liberdade, a justiça e a segurança, expressa nos seguintes princípios: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica compatível com a liberdade similar dos outros; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas a) correspondam à expectativa razoável de que trarão vantagens para todos, e b) que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos”. (Torres, 1995:266-7).

18 Igualmente interessante é a noção de igualdade complexa desenvolvida por Walzer (1983, 1995). A propósito: “A distribuição de diferentes bens por diferentes razões, por agentes diferentes, deve produzir uma distribuição de diferentes bens para ‘diferentes pessoas’, antes que nós possamos falar da igualdade complexa. A dominação, eu vejo agora, não é produzida apenas pelas convergências múltiplas de um único bem (em-

bora seja assim a forma mais comum em que ela se dê hoje) mas também, de forma mais simples, pela posse dos bens mais valiosos, na medida em que eles se disponibilizam. A igualdade complexa é o oposto de ambas essas condições, é o igualitarismo manifesto num radical declínio na dominação de umas pessoas sobre as outras.” (Walzer, 1995:283) No texto original: *The distribution of different goods for different reasons by different agents must produce a distribution of different goods to different people before we can talk about complex equality. Dominance, I now see, is not produced only by the multiple conversions of a single good (though that is how it is commonly produced today) but also, more simply, by the possession of all the most valued goods, however they come to be possessed. Complex equality is the opposite of both these conditions, its egalitarianism manifest in a radical decline in the dominance of some people over the others.*

19 “Deve ser enfatizado que a democracia não necessita de uniformidade, como freqüentemente têm declarado os seus críticos. Ela não é inimiga do pluralismo. (...) A democracia é inimiga do privilégio, quando este é definido como a manutenção de direitos ou bens aos quais o acesso não é fácil nem igual para todos os membros da sociedade.” (Giddens, 1996:205).

20 À guisa de exemplo, apenas na comunidade norte-americana verificuem-se as obras disponíveis sobre a questão, ora colacionadas.

BOWEN, William G., BOK, Derek. *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions*. USA: Princeton University, 1998.

EDLEY JR., Christopher. *Not all black and white: affirmative action and American values*. USA: Noonday, 1998;

CHAVEZ, Lydia. *The color bind: the campaign to end affirmative action*. USA: Univ. California Press, 1998;

GUERNSEY, Joann Bren. *Affirmative action: a problem or a remedy*. USA: Lerner Publications Company, 1997;

BECKWITH, Francis J. e JONES, Todd E. (editors). *Affirmative action: social justice or reverse discrimination*. USA: Prometheus Books, 1997;

BERGMAN, Barbara R. *In defense of affirmative action*. USA: Harpercollins, 1997;

CAPLAN, Lincoln. *Up against the law: affirmative action and the Supreme Court*. USA: Twentieth Century Fund., 1997;

COLE, Cheryl L. e MESSNER, Michael A. (editors). *Managing gender: affirmative action and organizational power in Australian, Canadian and New Zealand sport (sport, culture and social relations)*. USA: State University of New York, 1997;

SKRENTNY, John David. *The ironies of affirmative action: politics, culture and justice in America*. USA: University of Chicago, 1996;

CURRY, George E. e WEST, Cornel (editors). *The affirmative action debate*. USA: Perseus, 1996;

WASBY, Stephen L. (editor). *The constitutional logic of affirmative action*. USA: Duke University, 1996;

McWHIRTER, Darien A. *The end of affirmative action: where do we go from here?* USA: Birch Lane Press, 1996;

e, COHEN, Carl. *Naked racial preference: the case against affirmative action*. USA: Madison Books, 1995.

21 No texto original: *La discriminación inversa es una manifestación extrema – y, por ello especialmente discutida – de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final. Lo que la diferencia de otras desigualdades para la igualdad no discutidas (o, en todo caso mucho menos discutidas), como la progresividad del impuesto sobre la renta o las ayudas especiales para jóvenes o jubilados, son fundamentalmente las dos siguientes características: de un lado, se trata de un tipo de iniciativa que tiene en cuenta rasgos tradicionalmente discriminatorios, como la raza o el sexo, si bien con el objetivo de favorecer a los también tradicionalmente perjudicados. y de otro lado, se presenta como especialmente problemática porque se aplica en situaciones de especial escasez, como suelen ser los niveles profesionales de prestigio, los cargos políticos, las plazas universitarias, las viviendas protegidas, etc. Por esas dos razones, son problemáticas, por ejemplo, la reserva de una cuota del 25 por ciento para cargos femeninos en determinados órganos políticos o el alquiler o la venta de viviendas a bajo precio a colectivos de gitanos.*

22 “A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: não-intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No campo do Direito, tais idéias tiveram e continuam a ter consequências relevantes, especialmente no que diz respeito à

postura do Estado em relação aos diversos grupos componentes da Nação, bem como no que concerne à interação desses grupos entre si. De especial importância, nesse sentido, é o tratamento jurídico do problema da igualdade. 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, nas quais seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo.” (Gomes, 2001:36).

23 “Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou de normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade e de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma po-

sição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.” (Gomes, 2001:37).

24 Ver, por exemplo, o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 e Seção I da Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776.

25 “Inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero ‘encorajamento’ por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.” (Gomes, 2001:39).

26 A ordem executiva, em nosso ordenamento, seria equivalente ao decreto de execução. Para maior precisão conceitual, segundo Black’s Law Dictionary (1994): *Executive order – an order or regulation issued by the President or some administrative authority under his direction for the purpose of interpreting, implementing, or giving administrative effect to a provision of the Constitution or of some law or treaty. To have*

the effect of law, such orders must be published in the Federal Register. Em vernáculo: “Ordem executiva – ordem ou regulamento, baixado pelo Presidente ou por autoridade administrativa, sob sua direção, com a finalidade de interpretar, implementar ou atribuir efeito administrativo a uma determinação da Constituição, de lei ou tratado. Para ter efeito de lei, tais ordens devem ser publicadas no Registro Federal”.

27 “(...) lá por volta do final da década de 60 e início dos anos 70, talvez em decorrência da constatação de ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto (ação afirmativa), que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais.” (Gomes, 2001:40).

28 Vale ressaltar que ação afirmativa não é sinônimo de política de quotas. A rigor, “a desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. (...) a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas ‘cotas cegas, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No Bra-

sil, infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados ao Congresso Nacional incorrem nesse erro.” (Gomes, 2001:40).

29 Para uma abordagem evolutiva da jurisprudência da Suprema Corte Americana consultar Melin-Soucramanien (1997:211-5) e Schwartz (1993:325).

30 No texto original: *articulated purpose of remedying the effects of past societal discrimination (is) sufficiently important to justify the use of race-conscious admissions programs where there is a sound basis for concluding that minority underrepresentation is substantial and chronic, and that the handicap of past discrimination is impending access of minorities to medical school.*

31 No texto original: *In order to get beyond racism we must first take account of race ... and in order to treat people equally we must first treat them differently...*

32 No texto original: *Bakke has consequently meant anything but the end of programs providing for racial preferences. On the contrary, the later Burger Court decisions built upon Bakke in dealing with such programs. Unless there was proof of purposeful discrimination or a legislative or administrative finding to that effect, race as the sole determining factor in employment decisions was ruled invalid, as it was in Bakke itself. But properly tailored affirmative action programs were upheld. The Bakke decision that*

race may be considered as a factor has permitted the widespread use of affirmative action programs to be continued.

33 Em 1989 a Suprema Corte invalidou um programa da cidade de Richmond (Virgínia) que se parava trinta por cento dos contratos municipais para serem realizados com empresas cujos proprietários fossem parte de minorias. A fundamentação da Corte se baseou no fato de que não havia evidências de que a cidade de Richmond houvesse alguma vez perpetrado discriminações passadas contra essas minorias sob o aspecto comercial, e portanto, legislações que garantissem preferência para empresas de proprietários negros, em detrimento de empresas de proprietários brancos violam o princípio da *equal protection* estabelecido na 14ª Emenda. E, em *Hopwood v. Texas* (1996), a Corte confirmou uma decisão de um tribunal distrital (US District Court) que havia invalidado todas as iniciativas de ação afirmativa realizadas pela Universidade do Texas (Katz, 1999).

34 Para uma compreensão das críticas formuladas à ação afirmativa vale a pena verificar as referências indicadas na nota nº 18 e o texto de Dworkin (1998). Entretanto, para que este aspecto não fique a descoberto, em geral, as objeções formuladas à ação afirmativa apresentam os seguintes argumentos: o primeiro deles, e talvez, o mais forte, é que a ação afirmativa julga as pessoas a partir de sua raça, e não por seus méritos; o segundo, é que a política de quotas pode levar à seleção daquelas pessoas mais despreparadas;

terceiro, a ação afirmativa teria aumentado os ressentimentos entre brancos e negros, instigando o ódio racial; e, quarto, a ação afirmativa acaba por prejudicar os negros, enfraquecendo-lhes a auto-estima. (Katz, 1999).

35 No texto original: *Even more important perhaps, is Proposition 209 enacted into law by California voters in 1996. The initiative prohibits the use of “race, sex, color, ethnicity, or national origin as a criterion for either discriminating against, or national origin as a criterion for either, discriminating against, or granting preferential treatment to, any individual or group in the operation of the state’s system of public education, or public contracting”, thus eliminating all affirmative action efforts by state agencies. The impact of Proposition 209 in California has been enormous and the number of blacks in higher education and the number of state and local contracts awarded to black owned business have already been reduced substantially. Today, at least twenty states are considering Proposition 20-type legislation. Affirmative action has become increasingly controversial in the United States and clearly the political mood of the country has become more skeptical of racial preferences and quotas.*

36 Ao abordar o tema, Mélin-Soucramanien (1997:206-7), já de início reconhece que definir a noção de discriminação positiva é uma tarefa das mais árduas, a começar por um questionamento de natureza terminológica e semântica. É que hoje o termo discrimi-

nação tem um significado pejorativo que se contrapõe à qualificação de positiva, sugerindo ambigüidade. Ademais, se torna de extrema dificuldade estabelecer a *priori* qual discriminação seria positiva, e qual seria negativa, sem que se leve em conta a intenção do legislador ao estabelecer uma distinção favorável a uma certa categoria de pessoas (física ou jurídica) – o que resulta em um alto grau de subjetividade.

37 No texto original: (...) *une différenciation juridique de traitement, créé à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales ou détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles.*

38 No texto original: *Dès lors, plusieurs critères permettant d'identifier une discrimination positive peuvent être énumérés: il faut qu'il y ait une différenciation juridique de traitement; celle-ci doit être finalisée, elle doit avoir été adoptée dans le but précis d'accorder un avantage à une catégorie déterminée de citoyens; cette catégorie de citoyens doit avoir fait l'objet de discriminations par le passé; le but de l'autorité normative doit être de parvenir à établir une égalité de fait ce qui implique que ces politiques discriminatoires cessent lorsque l'égalité est rétablie.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALFORD, Robert. FRIEDLAND Roger. *Los Poderes de la Teoria - Capitalismo, Estado y Democracia*. Buenos Aires: Manatíal, 1991.
- BALLESTEROS, Maria Vittoria. Acciones positivas. Punto y aparte. *Doxa*. Alicante, 19: 91-109, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro, GANDRA DA SILVA, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. Abridged. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1994.
- BARKER, Paul (editor). *Living as equals*. New York: Oxford University, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 78, pp. 65-77, abr./jun. 1986.
- BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Cons-

- tituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, pp. 35-36, jan/mar. 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.
- _____. *Direita e esquerda*. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995a.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTORIADIS, Cornelius. La democracia como procedimiento y como régimen. *Juices para la democracia*. [s.l.], 26:50-59, jul. 1996.
- CHÂTELET, François *et alli*. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CLARO, João Martins. O princípio da igualdade. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1986. pp. 31-38.
- COHEN, Marshall. NAGEL, Thomas. SCANLON, Thomas. *Equality and preferential treatment*. Princeton: Princeton University, 1977.
- DAHL, Robert. *Um Prefácio à Teoria da Democracia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.
- DUMONT, Louis. *Homo aequalis*. Genése et epanouissement de l'idéologie économique. Paris: Gallimard, 1985.
- _____. *Homo hierarchicus: the caste system and its implications*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- _____. *L'idéologie allemande. Homo aequalis II. France – Allemande et retour*. Paris: Gallimard, 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.
- _____. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1986.
- _____. Affirming affirmative action. *The New York Review*, pp. 91-102, 22 out. 1998.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: RT/EUSP, 1973.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. São Paulo: Unesp, 1993.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUIBOURG, Ricardo A. Igualdad y discriminación. *Doxa*. Alicante, 19: pp. 89-90, 1996.
- HALL, Kermit L (ed. in chief). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.
- HELD, David. *Models of democracy*. 2. ed. California: Stanford, 1996.

- JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- KATZ, Ellis. Political and constitutional aspects of affirmative action in the United States. *Revista Jurídica Virtual*. Acesso em: 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.
- LOBO TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- MÈLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica, 1997.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Doxa*. Alicante, 19: 39-86, 1996.
- OPPENHEIM, Felix. Igualdade. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: UnB, 1995. 1v.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Fernanda Duarte L. L. da. *Os três modelos de democracia*. Trabalho de conclusão da disciplina Teoria Política Contemporânea (como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1996.
- _____. *O princípio da igualdade: realidade ou ficção?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração (Teoria do Estado e Direito Constitucional) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1999.
- _____. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 64:89-107, out/dez.1979.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 131:283-295, jul./set. 1996.
- TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva his-

tórica. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, 211:256/262, jan./mar. 1998.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e diversidade*. Bauru: Edusc, 1998.

WALZER, Michael. *Spheres of justice*. New York: Basic Books, 1983.

WALZER, Michael, MILLER, David. *Pluralism, justice and equality*. New York: Oxford University, 1995.