



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

JOSÉ ROALD CONTRUCCI

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

JOSÉ ROALD CONTRUCCI

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação da Profa. Dra. Hildegard Taggessel Giostri.

A Deus,
Senhor de minha vida;

Aos meus pais
Luiz Gonzaga Contrucci (*in memoriam*) e
Eneida Silveira Contrucci,
pelo dom da vida;

À Janice,
minha amada esposa,
e aos meus queridos filhos,
Murilo e Arthur,
por serem a razão de minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Elidia Aparecida de Andrade Corrêa, amiga ímpar, sem a qual essa conquista não se concretizaria;

Ao Flademir Jeronimo Belinati Martins, pelo material de pesquisa disponibilizado;

À Natalina, anjo que Deus fez descer na Secretaria do Programa de Mestrado;

À minha orientadora, Dra. Hildegard Taggessel Giostri, pelos ensinamentos, incentivos e, acima de tudo, pela compreensão;

Ao Professor Doutor Vladimir Brega Filho, pela Coordenação segura do Programa de Mestrado;

À Silvia Albino, pela solidariedade;

A todos os meus familiares, pelo apoio e incentivo constantes a mim dispensados.

[...]

*Filho do branco e do preto
Correndo pela estrada atrás de passarinho
Pela plantação adentro, crescendo os dois meninos
Sempre pequeninos
Peixe bom dá no riacho de água tão limpinha, dá pro fundo ver
Orgulhoso camarada, conta história pra moçada
Filho do senhor vai embora, tempo de estudos na cidade grande
Parte, tem os olhos tristes, deixando o companheiro na estação distante
Não esqueça, amigo, eu vou voltar
Some longe o trenzinho ao deus-dará
Quando volta já é outro
Trouxe até sinhá mocinha pra apresentar
Linda como a luz da lua que em lugar nenhum rebrilha como lá
Já tem nome de doutor, e agora na fazenda é quem vai mandar
E seu velho camarada, já não brinca mais, trabalha.*

(Morro Velho, música de Milton Nascimento)

CONTRUCCI, José Roald. *As Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2008. 155f. Dissertação (mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, 2008.

RESUMO

A constatação de ser o Brasil uma sociedade notabilizada pelas desigualdades sociais, pelo profundo fosso que se verifica entre aqueles que tudo tem e os que nada tem, na reprodução de um quadro de injustiça social que se perpetua no tempo, não apenas por má e inadequada distribuição de riqueza, mas também em virtude de uma cultura social discriminatória que, por vezes disfarçada, por outras simplesmente negada em sua existência, levou o constituinte de 1987/1988 a eleger como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, destinada a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, art. 3º). Neste contexto, é de suma importância a concretização do princípio isonômico, inclusive mediante a adoção de políticas discriminatórias positivas, que visam a distribuir de forma mais equânime os bens, os direitos e as riquezas produzidos na sociedade brasileira. Assumem assim, as ações afirmativas, assente no princípio constitucional da igualdade, o papel de verdadeiro instrumento de transformação social, de combate às várias formas de discriminação que se verifica em um Estado. Tais ações têm como finalidade precípua a realização do bem comum de todos, em um ambiente democrático que não admite a sonegação de direitos a grupos minoritários, por força de sua Constituição, que traz como valores fundamentais de todo seu sistema a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Desigualdades Sociais; Discriminação; Igualdade; Dignidade da Pessoa humana; Ações Afirmativas.

CONTRUCCI, José Roald. *Brazilian Affirmative Actions and the Equality Principle in the 1988 Constitution*. 2008. 155p. Master's Dissertation (Law) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho. 2008.

ABSTRACT

The evidence that Brazil is a society notoriously known by its social inequalities, by the huge gap between the ones who have everything and those who do not have anything, replicating an image of social injustice which manages to endure throughout time, due not only to the evil and inadequate distribution of wealth, but also to a discriminatory social culture which is, now disguised, now simply denied, led the 1987-1988 constitutional convention to prioritize as one of the fundamental aims of the Brazilian Republic to build a fair, free, and responsible society, meant for fostering everybody's welfare, without prejudices against race, gender, color, age and any other kinds of discrimination (BRASIL, 1988, 3rd art.). Within such a context, it is extremely important the substantiation of the isonomy principle, including the implementation of positive discriminatory policies, which aim at distributing, in a more equalitarian way, goods, properties, rights, and the wealth produced by the Brazilian society. Thus, affirmative actions, based on the constitutional equality principle, takes over the role of being the very means to foster social transformation, to fight the different kinds of discrimination which occur within the State. Such actions aim essentially at the substantiation of the common welfare, within a context of democratic equality which does not accept the withholdment of minority group's rights, by right of its Constitution, which brings up as fundamental values of its whole system, the human person's equality and dignity.

Keywords: Social Inequalities; Discrimination; Equality; Human Person's Dignity; Affirmative Actions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E REGIME DEMOCRÁTICO	12
1.1 Estado: Conceituação e Breve Digressão	12
1.1.1 Origem do Estado	15
1.1.2 Finalidade do Estado: o bem comum como finalidade última	22
1.1.3 A passagem do Estado Liberal ao Estado Social	29
1.2 Constituição: Breves Considerações à Busca de seu Sentido	39
1.2.1 Constituição: as funções de consenso social, de legitimidade da ordem política e de legitimação dos titulares do poder político	42
1.2.2 A Constituição na teoria de Konrad Hesse	50
1.3 Democracia	54
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	60
2.1 Os Caminhos da Igualdade	60
2.2 Evolução do Princípio da Igualdade: da Igualdade Formal à Igualdade Material	65
2.3 A Igualdade como Critério de Justiça	69
2.4 A Igualdade como Princípio Constitucional na Carta Magna de 1988	74
2.5 O Princípio da Igualdade e os Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988	80
2.6 A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Força Normativa dos Princípios Constitucionais e de todo o Sistema Constitucional Brasileiro	84
2.6.1 Breve relato histórico acerca da evolução do entendimento sobre dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental	84

2.6.2 A dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional: tentativa de conceituação e sua correlação com o princípio da igualdade e as ações afirmativas	89
3 AÇÕES AFIRMATIVAS	96
3.1 Breve Resumo Histórico	96
3.2 Racismo, Preconceito e Discriminação: conceituação	101
3.2.1 Racismo	102
3.2.2 Preconceito	105
3.2.3 Discriminação	105
3.3 A Discriminação no Brasil	109
3.4 Conceituação	115
3.5 Embasamento das Ações Afirmativas: justiça compensatória ou distributiva?	119
3.6 Objetivos das Ações Afirmativas no Estado Democrático de Direito Brasileiro	123
3.7 As Ações Afirmativas em Espécie: um recorte sobre o sistema de cotas para reserva de vagas para as universidades	129
3.7.1 A reserva de vagas no ensino superior por meio do sistema de cotas	130
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

Toda a temática acerca da (des)igualdade há muito tempo vem sendo tratada por filósofos, religiosos, juristas, estudiosos e teóricos de todo o mundo, pois, conforme são concebidos os fundamentos sobre tal valor, a (des)igualdade estará a justificar as relações de toda ordem desenvolvidas no âmbito de uma sociedade.

Todo o tecido social, as relações mantidas no seio da sociedade, inclusive as de poder, desenvolvem-se de acordo com o entendimento sobre o próprio homem.

Valores, conceitos, idéias, relações sociais, tais como igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, princípios de justiça e Estado, são aferidos e desenvolvidos, portanto, a partir da noção que se tenha sobre o papel homem no mundo.

Sociedades são mais includentes, mais justas, ou mais excludentes, mais injustas, na mesma proporção em que entendem que ao homem em geral, sem qualquer distinção de qualquer natureza, ainda que seja tão diverso quanto a sua raça, religião, gênero, orientação sexual, etc., cabe o papel central neste mundo de hoje, de ontem, e daquele que virá.

É ao homem, igual a qualquer outro homem, posto que não diferem em sua natureza humana, que compete o papel primordial em qualquer sociedade, a quem deverá o Estado servir, vez ter sido instituído como fruto de sua razão.

Imbuído desse raciocínio e ciente das desigualdades sociais, das injustiças sociais que grassam em nosso país – que tanto diminuem o papel, a importância e a própria dignidade daquele homem que integra os grupos minoritários–, foi estabelecido pelo Constituinte de 1987/1988, a fim de eleger, como um dos objetivos fundamentais de nossa República, a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, art. 3º).

Nesse contexto, as ações afirmativas aparecem como opção política, a servir como instrumento de transformação social, possibilitando a indivíduos eleitos em razão de sua especificidade, integrantes que são de grupos minoritários, igual oportunidade para gozo de bens, direitos, riquezas produzidas pela sociedade e que dantes, quase com exclusividade, eram apropriados tão somente por aqueles que integravam as classes sociais mais favorecidas.

Mas, verdade seja dita, está longe de se encontrar pacificado o assunto ora em comento.

Opositores às ações afirmativas, dentre tantas outras, levantam as seguintes questões: Ao adotar-se as ações afirmativas, não se estaria a incorrer na violação do princípio constitucional da isonomia, pelo qual todos são iguais perante a lei ? As ações afirmativas não acabariam por gerar uma discriminação reversa? Estaria o Estado autorizado constitucionalmente a implementar ações de cunho individualista e não universalista, quando o seu fim primeiro e último é realizar o bem comum? Torna-se realmente necessária a implementação de ações afirmativas em nossa sociedade, quando somos reconhecidos como um povo que não promove a segregação racial e que convive harmonicamente, não obstante a grande miscigenação racial ocorrida, que resultou na formação de nosso país?

São questionamentos e críticas desse quilate que este trabalho se propõe a analisar, em uma tentativa de aumentar e, quiçá, clarificar algumas idéias que envolvem o tema proposto.

Nesse sentido, este trabalho, objetiva analisar a possibilidade de se adotar as ações afirmativas no Brasil, em particular, sob o fundamento do princípio constitucional da igualdade.

Para tanto, pretendemos desenvolver um plano de investigação, sob uma perspectiva crítica, que tratará acerca da evolução do princípio da igualdade, a qual, segundo nossa compreensão, se encontra intimamente imbricada com a evolução do papel do Estado, da compreensão do pacto compromissório firmado em uma sociedade, da qual decorre sua constituição, e daquilo que se entenda como democracia, para somente, então, analisarmos as ações afirmativas, no intuito de apurarmos a possibilidade constitucional de sua implementação, indagando sobre os critérios de justiça que as fundamentam e se seus objetivos se amoldam em relação àqueles pretendidos pela República brasileira.

Assim, quanto à organização desta pesquisa, estruturamos o seu desenvolvimento em três capítulos, a seguir descritos.

No primeiro capítulo, tratamos sobre Estado, constituição e democracia, construções racionais que importarão diretamente na concepção do princípio da igualdade e as formas de sua manifestação.

O segundo capítulo compreende pesquisas sobre o princípio constitucional da igualdade, sua evolução, sua eleição como princípio de justiça e sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro e último capítulo, abordamos as origens históricas das políticas de ação afirmativa, bem como discutimos as noções de preconceito, racismo e discriminação. Determinamos a discriminação em números no Brasil, os fundamentos de justiça que embasam as ações afirmativas e seus objetivos, a fim de que se possa verificar a sua adequação ou não a todo o sistema constitucional brasileiro.

1 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E REGIME DEMOCRÁTICO

Na primeira parte deste trabalho, procuraremos verificar o acerto ou a inadequação quanto ao fato de o Estado brasileiro contemporâneo instituir ações políticas, comumente denominadas como ações afirmativas, sob o respaldo do princípio constitucional da igualdade, em um ambiente democrático, e com vistas a dar efetividade à vigente Constituição que o criou e o fundamenta.

Dessa forma entendemos como necessária, ainda que concisamente, a digressão sobre esses três componentes, a saber, Estado, Constituição e Democracia, os quais deverão fornecer o alicerce à tomada de decisões políticas que busquem a realização do princípio da igualdade, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹, a redução das desigualdades sociais², com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³, na realização dos fundamentos de um Estado que se diz Democrático de Direito, e que tem entre suas pedras basilares a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁴.

1.1 Estado: Conceituação e Breve Digressão

Em razão das múltiplas facetas sob as quais podemos analisar esse fato social que é o Estado, de maneira que cada definição deverá estar impregnada pelo ponto de vista de cada doutrina, torna-se difícil a adoção de único conceito com o qual se pretenda abarcar toda a idéia, com todas as particularidades que lhe são próprias, daquela que é a mais complexa das sociedades civis, qual seja, a sociedade política.

Em face de tais razões e com o objetivo de constituirmos uma hipótese, um guia de trabalho, que nos permita avançarmos no estudo sobre essa forma de

¹ Cf. art. 3º, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

² Cf. art. 3º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

³ Cf. art. 3º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁴ Cf. art. 1º, incisos I, II e III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

sociedade política que subordina à sua ação qualquer homem, em qualquer local do mundo, independentemente de sua vontade, é que assumiremos a conceituação de Estado adotada por Dallari (2005, p. 119), como sendo a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Diante de tal conceituação, e sem a pretensão de esgotar seu significado, temos que a noção de poder soberano do Estado – elemento que é essencial ao Estado – se encontra implícita na idéia de soberania, entendida esta como uma qualidade do poder do Estado, e que, nas palavras de Bastos (2004, p. 94), traduz-se a soberania “pela circunstância de não reconhecer nenhum outro poder superior nem igual ao seu na ordem interna nem outro superior na externa”.

Nesse diapasão, é de relevo o ensinamento de Reale (1984, p. 320), para quem a soberania é o direito do Estado moderno, onde se verifica o pleno primado do ordenamento jurídico estatal sobre as demais regras dos círculos sociais que nele se integram, devendo o Estado ter por fim o interesse geral dos seus súditos, que corresponderá a uma síntese dos interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares.

Por essa razão, além de realizar o bem comum de um povo situado em determinado território, cabe também ao ordenamento jurídico estatal moderno sobrepor-se a todas as demais regras das outras sociedades que nele se encontram.

Ainda com relação ao conceito de Estado fornecido por Dallari (2005), verificamos que a politicidade do Estado encontra-se na referência expressa de que o mesmo tem por finalidade a realização do bem comum de um povo situado em determinado território.

Nesse momento, cumpre-nos esclarecer a noção de bem comum da qual trataremos neste trabalho.

Tomaremos como base a definição constante na encíclica *Pacem in Terris* (I, 58), durante o Papado de João XXIII, publicada em 11 de abril de 1963, para quem o bem comum consiste “no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (PAPA JOÃO XXIII, 1963).

Deve-se ressaltar que conceituação semelhante sobre bem comum teria sido elaborada já nos idos do século XIX pela Igreja Romana, quando da encíclica *Rerum*

*Novarum*⁵, durante o Papado de Leão XIII, em 15 de maio de 1891, que, após analisar as condições dos operários no século XIX, como fruto das inovações decorrentes da Revolução Industrial e da inércia do Estado Liberal no setor econômico, constata uma verdadeira massa humana espoliada nas relações de trabalho, obrigada a aceitar longas jornadas laborais e salários ínfimos, e a socorrer-se da caridade pública ou privada, quando acometida pela velhice precoce ou pela doença.

Da brevíssima decomposição e análise do conceito de Estado fornecido por Dallari, podemos ainda extrair as hodiernas idéias sobre justificação e finalidade do Estado.

De fato, não obstante podermos entender o Estado sob as mais variadas óticas, ao compreendermos o Estado como a ordem jurídica soberana que vigora em determinado território, podemos aduzir, abalizados nas palavras de Bastos (2004, p. 60), que o Estado se justifica “em virtude da segurança jurídica que estabelece em razão de sua organização e da execução dos fins aos quais se propõe”.

E, além de competir ao Estado a segurança interna e externa de seu território, ocorrem outras funções que lhes são próprias, entre elas a de editar e de executar normas.

Com isso, não se está a reduzir o Estado a uma mera organização judicial ou à condição de simples elaborador de uma legislação, mas, ao contrário, está-se a expor, nas palavras de Bemfica (1970, p. 89), que o Estado “justifica-se pelo fato de que determinadas etapas da divisão do trabalho e do intercâmbio social têm necessidade do Estado para a execução do direito como base de uma civilização”.

Percebe-se daí a estreita relação entre o Estado e o Direito, como base de uma sociedade e também como instrumento de realização da justiça e paz social.

⁵ Introdução (I, 30) para a qual “o fim da sociedade civil abrange universalmente todos os cidadãos, pois este fim está no bem comum, isto é, num bem do qual todos e cada um têm o direito de participar em medida proporcional. Por isso se chama público, porque «reúne os homens para formarem uma nação»” (PAPA LEÃO XIII, 1891).

1.1.1 Origem do Estado

Admitido o Estado sob uma concepção positiva, como o foi no item anterior, no sentido de ser o Estado uma entidade que visa favorecer o desenvolvimento das faculdades humanas, tornando-se, portanto, em instrumento de realização do homem, de apaziguamento das diferenças sociais, onde a *polis* de Aristóteles, (2003, p.14), “subsiste para uma existência feliz”, temos que a origem do Estado vinca-se a uma concepção racional, ou seja, o Estado é fruto da criação da vontade humana, de sua razão.

Dessa maneira, ainda que sinteticamente, trataremos da origem do Estado sob uma ótica mesclada pelas teorias jusnaturalista e contratualista⁶, com predominância dessa última, por melhor se coadunarem, em nosso entender, com o raciocínio defendido neste trabalho, qual seja, a compatibilidade quanto à implementação pelo Estado brasileiro de ações afirmativas com o princípio da igualdade previsto em nossa atual Constituição.

Ressaltamos, neste item de nosso estudo, que muito embora seja a teoria contratualista aquela que esteja mais em voga por fundamentar tanto a origem do Estado como o próprio poder político, o Estado, enquanto entendido como uma realidade poliforme, não pode ser compreendido em sua gênese apenas como objeto da razão humana, produto único de sua vontade.

Não que se contestem tais assertivas, mas cremos que elas se tornam mais completas quando são acrescidas da noção de que o Estado, enquanto expressão maior de espécie de sociedade política, decorre da aceitação primeira de que o viver em sociedade é próprio da natureza humana, inclusive por conta de suas exigências, o que faz com que seja o homem um ser associativo, como já há muito constatado por Aristóteles, em sua obra *Política* (2003, p. 14).

Assim, ao concebermos a origem do Estado conjugando-se as teorias jusnaturalista e contratualista, e sem que tenhamos a pretensão de rechaçarmos outros entendimentos sobre tal tema, entendemos que essa conjugação nos possibilitará de melhor forma elucidarmos a pergunta do gênero “que é o Estado?”,

⁶ Para um aprofundamento sobre as principais teorias que objetivam fundamentar a origem do Estado, e somente no intuito de fornecer um roteiro, uma bibliografia básica sobre o tema, dado a existência de várias outras obras de grande valor, indicamos Dallari (2005), Bastos (2004) e Bonavides (2001).

além de nos fornecer maiores subsídios para responder questões, tais como “Por que é assim o Estado?” ou “Para que é assim o Estado?”.

A resposta a tais questões nos conduz a um melhor entendimento acerca do papel contemporâneo do Estado como meio de realização da dignidade da pessoa humana, de apaziguador dos conflitos sociais e nivelador das desigualdades sociais, todos fins que, para serem atingidos, pressupõem a interpretação do princípio isonômico e a sua realização pelo Estado no plano fático tanto sob o aspecto formal quanto material.

Ditas essas palavras, passemos ao estudo da origem do Estado nos termos acima propostos.

Pela doutrina jusnaturalista, segundo ressalta Bastos (2004, p. 52-53), que tem como um de seus elementos caracterizadores a desvinculação dos valores humanos da religião, concebe-se a existência de um direito natural que antecede não apenas o direito positivo como, aliás, a própria vontade humana.

Para os jusnaturalistas, no “estado de natureza” imperavam princípios segundo os quais a ninguém era dado prejudicar a outrem e pelos quais se devia a dar a cada um o que era seu. Contudo, a existência de tais princípios não garantia a convivência pacífica entre os membros de uma sociedade, razão pela qual tornava-se necessário o surgimento de normas para controlar os arroubos humanos, e para servirem de instrumento à efetivação do bem comum, finalidade precípua do Estado.

Assim, o Estado surge a partir do instante em que a sociedade se conscientiza da possibilidade de se auto-administrar, e da necessidade de existir uma instituição que seja capaz de realizar o bem comum e garantir os direitos individuais de seus integrantes.

Desse modo, para os jusnaturalistas, o Estado ter-se-ia originado na própria sociedade e na ordem regular das coisas, como uma realidade natural necessária, decorrente do próprio desenvolvimento da sociedade humana.

De igual forma que os jusnaturalistas, os teóricos contratualistas também formulam a hipótese de o homem ter migrado de um “estado de natureza” para um “estado social”, sendo certo que o entendimento entre a contraposição entre esses dois estados, mediados que são pelo contrato social, é que nos fornecerá a estrutura básica do contratualismo.

Nesse diapasão, tem-se que, regra geral, pugnam os contratualistas ter o Estado sua origem na celebração de um pacto entre os homens de certa sociedade, por meio do qual são cedidas partes de seus direitos em prol de uma coletividade.

Em outras palavras, ao contrário do que acreditavam os jusnaturalistas, o Estado não surge como um regular desenvolvimento da sociedade humana, mas sim como um produto da razão humana, no sentido de se criar uma entidade capaz o bastante para proteger os direitos individuais de cada um dos pactuantes, além de realizar o bem comum.

Entre os maiores teóricos do contratualismo moderno, podemos citar Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Para Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner (2000, p. 50-54), que utilizaremos como referencial para descrever o pensamento de Hobbes, exposto em *Leviatã*, o estado de natureza é concebido como um estado no qual os homens são movidos apenas pelo desejo, não sendo limitados por nada, não havendo qualquer sociabilidade, mas o predomínio da inveja e do medo, visto que, na ordem natural (ou de desordem natural, como poderíamos dizer), o que impera é a “lei dos lobos”.

Dessa situação tem-se um paradoxo: enquanto no estado de natureza verifica-se a plena liberdade, aquém de todo o direito, até porque ele é inexistente, tem-se um ambiente de terror e medo constantes, inclusive pela conservação da própria vida, o que torna aquele estado de coisa inviável.

Não havendo, assim, naquele estado de coisa, qualquer substrato que preparasse a transposição do estado de natureza para o estado de sociedade, tem-se para Hobbes que a criação de uma sociedade política é fruto da razão humana, um contrato firmado entre todos os homens.

Contrato esse que exigirá a transferência total dos direitos individuais para uma autoridade soberana que, exercendo o poder comum, terá como objetivo assegurar a vida, a tranquilidade e o bem-estar dos contratantes.

Assim, essa autoridade criada pelo homem para tal fim, para que possa substituir a guerra de todos contra todos pela paz de todos para com todos, pondo freios às potências humanas até então ilimitadas, deverá ser uma autoridade titular de uma soberania una, indivisível e ilimitada, para que seja o grande remédio ao grande mal.

Para Hobbes (1999), o *Leviatã*, nome de um monstro bíblico citado no livro de Jó, que habitando o Nilo dizia as populações ribeirinhas, representava o Estado

soberano, que enfeixava todo o poder em suas mãos de forma absoluta, inclusive o de direção da Igreja, do lado espiritual do homem, visto que, em seu entendimento, a divisão de poder resultaria em sua própria dissolução.

Ainda, para Hobbes, o contrato que estabelece a soberania com tais prerrogativas ao Estado não a sujeita a nenhuma obrigação, salvo a de assegurar a tranquilidade e o bem-estar dos pactuantes, conforme exposto acima.

Interessante ainda frisarmos que, muito embora Hobbes conceba que não obstante o caráter absoluto, exorbitante mesmo, do qual se reveste a soberania do poder estatal, reputando-o essencial, considera o filósofo que o Leviatã é passível de morrer, que pode ocorrer com a sua destruição por outro poder soberano, ou por ele se mostrar incapaz de realizar os objetivos para os quais foi instituído, qual seja, o de garantir a segurança de seus súditos e suas liberdades privadas, tais como foram definidas pelas leis civis que o próprio instituiu.

Para John Locke (2004), contrariamente a Hobbes, o homem é pacífico em seu “estado de natureza”, no qual já se verificam direitos pré-sociais tais como a liberdade, a propriedade e o trabalho.

No “estado de natureza” vislumbrado por Locke, verifica-se a igualdade entre os homens, razão pela qual, na hipótese de vir um homem a ofender o direito de outro homem, deverá o próprio ofendido fazer justiça, ou seja, no estado de natureza há a jurisdição recíproca, que se caracteriza pelo fato de cada um ser juiz de si mesmo.

Por sua vez, a condição de ser realizada a justiça pelo próprio ofendido, era uma situação a gerar seus incômodos, já que o juiz, no caso ora em comento, jamais seria um magistrado imparcial.

Dessa forma, Locke, ciente de que o homem em suas relações sociais estaria sujeito a conflitos, que poderiam se agravar ao ponto de levar à degeneração do “estado de natureza”, reputava como maior inconveniente do “estado de natureza” a inexistência da figura de um juiz imparcial ao qual fossem submetidos os conflitos.

Assim, se para Hobbes um dos maiores problemas verificados no “estado de natureza” era a falta de leis, para Locke esse não era o problema, já que vigia naquele estado o direito natural. Dessa maneira, para Locke (2004), o grande problema do “estado de natureza” seria a inexistência uma instituição apta a proporcionar a reparação dos danos e a efetuar a punição dos culpados.

Conforme bem exposto por Abal (2003, p. 140-144), se para Hobbes o estado de natureza deve ser suprimido, devendo existir no lugar da lei natural a lei positivada, para Locke, justamente pelo fato do estado de natureza não ser mau e nele já se verificar a existência de direitos naturais, não deve o estado de natureza ser suprimido, mas sim corrigido e posto ainda em condições de continuar sendo mantido, com todas as vantagens que oferece aos homens livres e iguais, dentro do estado civil, mediante um aparelho com condições de obrigar ao respeito pelas leis naturais.

Para Locke, portanto, a passagem do estado de natureza para o estado civil, mediada pelo Contrato Social, ocorrerá de forma que sejam garantidos pela instituição, criada pelo aludido contrato, todos aqueles direitos pré-sociais, entendidos como direitos naturais.

Por assim dizer, ao trazer o homem do estado de natureza para o estado civil, com os direitos dos quais já era titular, percebe-se que o Estado resultante da celebração do Contrato Social, teorizado por Locke, nascerá de forma duplamente limitada, consoante explicado por Streck e Moraes (2004, p. 36), pois tanto não poderá atuar em contradição com os direitos pré-sociais, concebidos como direitos naturais, como também deverá oportunizar, o máximo possível, a fruição dos mesmos.

Vê-se assim que para Locke o poder estatal é um poder circunscrito, que admite o direito de resistência por parte daqueles que a ele estão subordinados, caso se verifique que, em seu exercício, venha o poder estatal a pecar por excessos cometidos.

No pensamento de Locke, portanto, não apenas verificamos a instituição de uma sociedade política por consentimento de todos os homens, para formação de um só corpo social, dotado de poder, como também a gênese do Estado Liberal, delimitado pelos direitos naturais do homem, onde o respeito ao individualismo exarcebado era uma das grandes notas identificadoras desse Estado.

Nesse sentido, aduz Ruzik (2004, p. 70) que, para Locke, “o Estado existe em função do privado, como elemento assecuratório das liberdades do indivíduo, centradas na idéia de propriedade como direito natural por excelência”, conforme melhor veremos mais adiante, neste trabalho, ao dissertamos acerca da passagem do Estado Liberal ao Estado Social.

Por seu turno, para Rousseau (2005), diferentemente do que concebido por Hobbes, o homem, no “estado de natureza”, era pacífico⁷, bondoso, vivendo em harmonia com o meio, sobrevivendo com aquilo que a natureza lhe proporcionava.

Para o filósofo de Genebra, o homem existia na condição de bom selvagem inocente, e não como o “lobo do próprio homem”, em um ambiente de constante temor de “guerra de todos contra todos”, conforme as idéias expressadas por Thomas Hobbes.

Para Rousseau, esse estado de felicidade no qual se encontrava o homem em seu “estado de natureza” iria terminar, quando o primeiro homem visse um terreno e dissesse: “é meu”.

No raciocínio de Rousseau, a natureza é boa, no sentido inclusive de serem as leis naturais melhores e mais perfeitas que as humanas, motivo pelo qual o homem deveria ter continuado em seu “estado de natureza”, e não ter-se convertido para a sociedade civil.

Isso porque, conforme exposto acima e na esteira do pensamento rosseauiano, com o surgimento da idéia de propriedade, tem-se o fim da igualdade humana, e o que antes era um ato arbitrário, no estado civil converte-se em um direito, transformando-se assim em causa de domínio por parte de poucos, e em fator de exclusão e de desigualdades sociais.

Em apertada síntese, essa é a razão pela qual Rousseau apregoa que, se já não é mais possível retornar ao estado de natureza, deverá o Estado retratar tal estado, para que seja legitimamente constituído.

Del Vecchio (1979, p. 122) corrobora o afirmado acima, expondo que:

Ponto de partida e base da construção política de Rousseau é o direito natural da liberdade e da igualdade. Só quando actua este princípio, é que o Estado tem razão de ser. Só quando o seu ordenamento se conformar com o referido princípio é que o Estado é um *verdadeiro Estado* – um estado natural e racionalmente legítimo.

Assim é que, para Rosseau (2005), deveria a passagem do “estado de natureza” para o “estado social”, mediada pelo contrato social, não apenas

⁷ Cabe aqui a advertência no sentido de que Rousseau, objetivando distinguir o homem natural do homem civilizado, acaba por criar uma hipótese – a do estado natural – que o próprio autor afirma já não existir e que, provavelmente, nunca tenha existido. Portanto, para Rousseau (2005), o “estado de natureza” seria um raciocínio hipotético e não uma verdade histórica.

representar um manifesto da vontade dos pactuantes, pois seria necessário que esse contrato social fosse adjetivado pelo justo.

Necessário seria então, nas palavras de Bittar e Almeida (2006, p. 250), que o contrato social pactuado fosse uma ordem justa, correspondente ao estado de natureza, respeitante da vontade geral, consistente essa na vontade de pactuar e de formar uma sociedade que saiba preservar direitos e liberdades inatos ao homem, anteriores ao pacto, direitos esses imanentes, inalienáveis e insuprimíveis do homem.

Dessa maneira, já por não ser mais possível o regresso ao estado de natureza, acaba por ser o contrato a única forma de se salvaguardar a liberdade e a igualdade dos indivíduos.

E por ser a vontade geral a fundadora do pacto social, dela emanando o poder para que o Estado elabore as leis, que deverão ser justas, frise-se, é no povo, fonte da vontade geral, que também se acha a titularidade da soberania.

Com isso, resulta que a soberania esvai-se do monarca, para encontrar-se no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado, o qual estabelecerá o aspecto racional do poder soberano, conforme ressaltam Streck e Morais (2004, p. 40).

Por assim dizer, consiste a soberania no poder que o povo transfere, pelo pacto, ao Estado, ao qual cabe editar as leis para exercício interno e garantia externa.

Na teoria de Rousseau, a soberania pertence ao povo que somente a empresta ao Estado ao constituí-lo, motivo pelo qual poderá reivindicá-la de volta caso o Estado não cumpra os seus fins.

Nas palavras de Marés (2003, p. 238), o sentido da soberania do Estado contemporâneo está ligado à idéia da democracia ou da participação popular.

Vê-se, portanto, que o princípio que dá legitimidade ao poder é a vontade geral, aquela que, estabelecendo o vínculo social, ante mesmo a interesses privados tão divergentes, acaba por ser dirigir e se tornar na vontade voltada ao interesse comum, razão pela qual deverá constituir-se no verdadeiro motor do corpo social.

Do que foi por ora exposto, entendemos que a instituição do Estado por um ato de vontade do homem será para servir aos interesses próprios do homem, para que este possa desenvolver-se em um meio no qual vigore a ordem, a paz social.

Por conseguinte, não se torna concebível que o Estado venha sobrepor-se a valores inerentes à pessoa humana, tais como os direitos à liberdade e à igualdade,

como também inaceitável é o fato de o Estado dar azo a situações de fomento e de preservação de desigualdades sociais, visto que ele – Estado – deverá estar sempre a buscar o bem comum, o bem que é dirigido a todos, e por meio do qual todos, e não somente pequena parcela de uma sociedade, podem realizar todas as suas potencialidades, na busca de sua felicidade e no encontro de uma situação de paz para todos.

Não por outra razão que Thomas Jefferson (apud CASSIRER, 2003, p. 200), pronunciou, em 1776, as seguintes palavras quando lhe pediram o projeto de uma Constituição:

Consideramos como verdades evidentes que todos os homens foram criados iguais; que pelo seu Criador lhes foram dados certos direitos inalienáveis; que entre estes se encontra o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Que para assegurar esses direitos se instituíram os governos, derivando os seus justos poderes do consenso dos governados.

1.1.2 Finalidade do Estado: o bem comum como finalidade última

Várias são as teorias acerca da finalidade do Estado, sendo certo que, para alguns autores, o tema assume tal relevo que se torna impensável compreendermos o Estado sem estudarmos a finalidade para a qual se propõe.

É o caso, por exemplo, de Marcel de La Bigne de Villeneuve (apud DALLARI, 2005, p. 103), para quem a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades.

Em que pese a amplitude do assunto, trabalharemos, nesta parte do estudo, tão somente com a idéia de finalidade atribuída ao Estado por Dallari, como sendo a de realizar o bem comum de um povo situado em determinado território.

Isso não somente porque, na maioria dos países do mundo, aceita-se hodiernamente, que a finalidade primeira do Estado seja a efetivação do bem comum, mas também porque o entendimento de realização de bem comum, no âmbito de um Estado Democrático que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais, servirá como um dos pilares fundamentais à resolução da problemática que se afigura, qual seja, a possibilidade do Estado brasileiro adotar as ações afirmativas – discriminando fatos e grupos sociais de forma positiva, como

veremos mais adiante – sob o amparo e fundamento do princípio da igualdade esculpido na atual Carta Política.

Mas se temos como certo que a finalidade precípua do Estado seja a realização do bem comum, cabem aqui algumas considerações, ainda que breves, sobre o quê seja bem comum.

*Bem*⁸, segundo Acquaviva (2000, p. 82), é tudo que seja objeto do desejo humano, sendo necessário que a vontade humana atribua algum valor a certa coisa para que ela seja considerada um bem; por sua vez, *valor*⁹ é a importância que se atribui a um bem.

Do que foi até agora exposto, já podemos deduzir que os valores que são atribuídos aos bens, são variáveis no tempo e no espaço.

De fato, percebemos que as mais diversas sociedades, ao longo de toda a história da humanidade, têm adotado valores que variam de época para época, o que faz com que a formulação tanto das regras morais como das jurídicas, que irão disciplinar o comportamento dos integrantes da sociedade, sofra o influxo direto daqueles valores que, porventura, são adotados naquela sociedade, em determinada época.

A própria norma jurídica, conforme exposto por Acquaviva (2000, p. 82), não se origina apenas do *fato* e da *inteligência*, pois, quando o intelecto *valora* um fato, o faz com fundamento nos valores adotados pela comunidade.

Essa é a razão pela qual a *moral social*, compreendida como o conjunto dos *valores sociais*, confunde-se com o entendimento do que é justo em determinada sociedade.

Dessa idéia de *consenso social* sobre os valores que imperam em certa sociedade e em determinada época, decorre a noção de ser *justa* e ou *legítima* toda a atuação estatal, inclusive quando do exercício de sua função legislativa, na criação de normas jurídicas.

Em outras palavras, toda atuação estatal será reputada como mais ou menos justa e ou mais ou menos legítima, quanto mais ela estiver de acordo com o consenso social, esteio do pacto social, como veremos mais adiante neste trabalho.

⁸ Bem: em geral, tudo o que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. Na verdade, B. é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama *valor* (ABBAGNANO, 2003, p. 107).

⁹ Valor: Em geral, o que deve ser objeto de preferência ou de escolha. Desde a Antiguidade essa palavra foi utilizada para indicar a utilidade ou o preço dos bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas (ABBAGNANO, 2003, p. 989).

Assim, poderemos ter o Estado produzindo normas jurídicas válidas, já que obedecido todo o trâmite legal-formal para a sua criação, mas que podem ser consideradas ilegítimas pela sociedade, uma vez que nelas não se verificam os valores adotados por aquela mesma sociedade.

Concebendo-se, portanto, o *bem comum* como um conceito variável no tempo e no espaço, havemos de compreender que a noção ideológica que fundamenta a função de um Estado em realizar o bem comum estará igualmente a variar de acordo com as circunstâncias sociais.

Com base na afirmação acima, podemos deduzir que há uma correspondência necessária entre a função do Estado em realizar o bem comum e a efetiva concretização de direitos fundamentais, que são objeto de declaração quando as condições materiais da sociedade propiciam para tanto (SILVA, 2005, p. 173).

Essa necessidade atribuída ao Estado de promover os direitos fundamentais é bem ressaltada por Justen Filho (2005, p. 29), ao definir a função administrativa como sendo:

[...] o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.

Por seu turno, a variabilidade daquilo que se entende como bem comum a critérios temporais e espaciais, pode ser bem apercebida quando observamos o transcurso da história ocidental.

De fato, durante o século XVIII, no qual tivemos a ocorrência do movimento de independência das colônias americanas do império britânico e a Revolução Francesa, sob a influência das idéias do Iluminismo, transcorreu período conhecido como o século do individualismo e do cidadão abstrato (ACQUAVIVA, 2000, p. 83), durante o qual o bem comum limitava-se a ser definido como *ordem jurídica*, como sinônimo de *paz social*.

Nessa época, marcada pelo movimento de independência das colônias americanas e pela Revolução Francesa, verifica-se uma reação às arbitrariedades cometidas pelo absolutismo monárquico, um movimento de exaltação do indivíduo em detrimento do social, de maneira que a liberdade individual acaba por ser

compreendida como o valor supremo da vida humana, e não um instrumento para o aperfeiçoamento do homem.

Nesse cenário, que vigoraria inclusive em boa parte do século XIX, predominariam os fundamentos do pensamento liberal, que instituíram, por sua vez, o Estado liberal, baseado, repise-se, numa concepção tipicamente individualista.

Com efeito, como bem expõe Cruz (2002, p. 89), entendido o liberalismo como corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizou-se “por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deveria procurar ser neutro”.

Assim é que, se num primeiro momento mostrou-se o liberalismo como uma reação aos desmandos, arbitrariedades cometidas pelos regimes absolutistas em face do indivíduo que integrava a sociedade política de então, ao ponto de negar-lhe não apenas uma efetiva participação política como também o excluía das demais benesses sociais, inclusive do gozo dos lugares mais lucrativos¹⁰.

¹⁰ Esse panorama social-político é muito bem refletido e fundamenta o pensamento do abade Emmanuel Sieyès em seu clássico folheto *Qu'est-ce que le Tiers État?* ou *O que é o Terceiro Estado?* em versão traduzida ao português, que representando um verdadeiro manifesto de reivindicações da burguesia na sua luta contra o privilégio e o absolutismo, tornou-se um dos maiores estopins para deflagração da Revolução Francesa. Cruz (2002, p. 69-70) salienta que para Sieyès, em sua clássica obra *O que é o Terceiro Estado?*, a nação – o povo – se identificava com o Terceiro Estado (ou burguesia), a quem competia suportar todos os trabalhos particulares (a atividade econômica, desde a exercida na indústria, no comércio, na agricultura, nas profissões científicas e liberais e até nos serviços domésticos) e ainda exercia a quase totalidade das funções públicas, excluídos apenas os lugares lucrativos e honoríficos, correspondentes a cerca de um vigésimo do total, os quais eram ocupados por membros dos dois outros estados – o alto clero e a nobreza – que, no entender de Sieyès, eram privilegiados sem méritos. Assim, não obstante o Terceiro Estado possuir todo o necessário para constituir uma Nação, nada era na França, à época, motivo pelo qual reivindicava ao menos uma parte daquilo que considerava como justo, inclusive a prerrogativa de escolher seus representantes no próprio Estado, tendo igual número de deputados que os outros dois estados e ter as votações nos Estados Gerais por cabeça, não por ordem. Não podemos deixar de consignar ao buscar a fundamentação jurídica às reivindicações da classe burguesa, o abade Sieyès, considerando injusto o então vigente ordenamento jurídico, foi buscar e achar fora dele, mais precisamente no Direito Natural, a justificação racional ao direito do povo em autodeterminar-se, por meio do Poder Constituinte, do qual o conjunto da Sociedade seria seu titular e legítimo exercitador.

Ocorre que, uma vez consolidado o pensamento liberal na seara política, econômica e moral¹¹, verificou-se que seus efeitos, sentidos especialmente em decorrência de seu viés econômico, acabaram por ser nefastos para aqueles que não detinham o controle dos meios de produção, da propriedade, do capital.

De fato, se é verdade que o Estado Liberal foi tão propício à plena eclosão da Revolução Industrial, que representou grandíssimo salto na evolução tecnológica, no desenvolvimento urbano, entre outros avanços, não menos é verdade que a inércia do Estado Liberal frente aos graves problemas que decorreram da Revolução Industrial somente fez agravar as desigualdades sociais então existentes, em um panorama socioeconômico de total desprezo ao ser humano.

É verídica a constatação de que a Revolução Industrial, apoiada pela ideologia do Estado Liberal, acabou por criar massas de trabalhadores em condições miseráveis, nas quais os artesãos passaram a sofrer a concorrência do trabalho feminino e infantil. Na indústria têxtil do algodão, centrada na Inglaterra, durante a 1ª fase da Revolução Industrial – ocorrida de 1760 a 1850 –, as mulheres formavam mais da metade do contingente trabalhador, enquanto que as crianças começavam a trabalhar aos seis anos de idade (REVOLUÇÃO..., 2008).

Também não existia a garantia tanto contra a velhice precoce, como contra acidentes de trabalho, tais como indenização ou pagamento pelos dias parados em decorrência de infortúnio laboral, e o operário se via obrigado a aceitar salários cada vez mais ínfimos, com a ampliação de sua carga diária de trabalho, chegando por

¹¹ Roy Macridis (apud WOLKMER, 2000, p. 118-119), identifica três elementos caracterizadores do Liberalismo: a) núcleo moral: contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano. Sua cosmovisão assenta nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida, enquanto que entre os principais ideólogos do Liberalismo filosófico constam Jean-Jacques Rousseau (*Emile*), Jeremy Bentham (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*) e John Stuart Mill (*Da liberdade*); b) núcleo econômico: relaciona-se, sobretudo, aos direitos econômicos, à propriedade privada, ao sistema da livre empresa e à economia de mercado livre do controle estatal. Torna-se parte essencial da nova ordem socioeconômica, o “direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, a liberdade de produzir, de compra e de vender [...] O mercado reflete a oferta e a procura de bens, e isto, por sua vez, determina os seus preços”. Seus principais teóricos: Adam Smith (*A Riqueza das nações*) e David Ricardo (*Princípios de economia política e da tributação*); c) núcleo político: refere-se fundamentalmente aos direitos políticos, ou seja, direito ao voto, direito de “participar e de decidir que tipo de governo eleger e que espécie de política seguir”. Os princípios do Liberalismo político são: o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo político (o Estado de Direito, o império da lei, a supremacia constitucional, os direitos e garantias individuais), a teoria da Separação dos Poderes (descentralização administrativa e restrição da atividade do Estado) e a soberania popular. São os grandes ideólogos do Liberalismo político: John Locke (*O segundo tratado do governo civil*), Montesquieu (*O espírito das leis*), Jean Jacques Rousseau (*O contrato social*) e John Stuart Mill (*Sobre o governo representativo*).

vezes a quinze ou mais horas, para ganhar não mais que o mínimo necessário a sua subsistência.

Assim é que o Estado Liberal, que tão bem deveria proclamar e defender os direitos do homem, inclusive o princípio isonômico previsto no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispunha que “os homens nascem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”, acaba por se tornar o Estado fomentador do alargamento das diferenças sociais, uma vez que, em decorrência de sua crença, propugnava-se que, para ser atingido o máximo de bem-estar comum, seria necessária a sua mínima presença nos variados segmentos da sociedade.

Entendia-se que seria de crucial importância conferir a maior liberdade possível ao indivíduo, para que pudesse agir e realizar suas opções fundamentais.

Em outras palavras, acreditava-se que a finalidade essencial do Estado a ser concretizada, no sentido de ser aquela voltada à realização do bem comum de um povo situado em determinado território, conforme preconizada por Dallari (2005, p. 119), cingia-se à máxima esculpida na expressão francesa “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (“Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”).

Caberia assim ao Estado Liberal assegurar a segurança interna e externa, inclusive a boa convivência interna ante o exercício do poder de polícia e o judicial, incumbidos de aplicarem a legislação civil e penal, sendo que tudo o mais, como as relações próprias do mercado, trabalho, previdência social, educação, caberia à sociedade que, mediante a própria atividade social, deveria levar a um bom termo os desígnios desses setores.

Essa frustração com os ideais liberais, ante os resultados sociais nefastos que se verificarem na *praxis* social, decorrentes do excesso de individualismo verificado em seu viés econômico – o capitalismo –, que conduziu não apenas à absolutização do direito de propriedade, como também levou as massas proletárias a um grau de miséria incompatível com a dignidade da pessoa humana, fez Proudhon (apud AZEVEDO, 2000, p. 81), questionar a idéia de liberdade defendida pela doutrina liberal, ao formular a famosa pergunta: “*Où est la liberté du non propriétaire?*” (“Onde está a liberdade do não proprietário?”).

Lanzoni (1986, p. 19) expõe bem esse quadro de frustração em relação ao liberalismo, pois se quando de seu surgimento o liberalismo se apresentava como

uma proposta de mudança brusca no plano político-jurídico, somente mais tarde é que se apercebe que mudanças também ocorrerão na realidade social e econômica, e que o povo em geral jamais terá acesso ao poder, que será exercido por uma elite burguesa.

A dar cores a esse quadro de frustração, prossegue Lanzoni (1986, p. 19-20):

O dinheiro continua a ser cada vez mais um princípio de opressão, pois para os que não o possuem, a situação se agrava ao invés de se libertar. Toda população pobre, perdeu a proteção que lhe era assegurada, no regime anterior, por uma rede de relações pessoais.

O ensino é também uma causa de elitização, ou seja, os “diplomas” constituem ao mesmo tempo ascensão para os que têm possibilidade de estudar, mas serve como barreira para os que não tiveram essa oportunidade.

O liberalismo oferece situações ambíguas, em quase todos os seus aspectos. Se ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de um lado, de outro ele limita a ação daqueles que não possuem dinheiro.

É no reflexo desse quadro de injustiça social que desponta a primeira reação organizada antiliberal que foi o socialismo, primeiramente o utópico, assim denominado em virtude de seus teóricos que, após criticarem a sociedade de sua época, expunham os princípios de uma sociedade futura ideal, sem indicar, contudo, os meios para torná-la legal.

A partir da segunda metade do século XIX, surgiu o socialismo científico que, baseando-se em análise das realidades econômicas, na evolução histórica, inclusive do capitalismo, formula leis e princípios que se direcionam para uma sociedade sem classes e igualitária, sem a presença do Estado ao seu final.

Nesse contexto, viu-se o Estado obrigado a decidir-se entre permanecer inerte e sujeitar-se a atos revolucionários violentos, como foi o caso da Revolução Russa de 1917, ou reformar-se de forma pacífica, para que toda atuação do poder estatal se revestisse de legitimidade, por ser expressão da vontade geral de todos aqueles que formam sua sociedade e voltada à consecução do bem comum, como exposto por Rousseau (2005, p. 85) em sua monumental obra *Do Contrato Social*, que ora se reproduz:

A primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento da sociedade, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou.

Nesse diapasão, quando o Estado optou por reformar-se, até mesmo por temor de sua extinção na hipótese de vigorarem as teorias socialistas¹², tem-se a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, objeto de nosso próximo ponto de estudo.

1.1.3 A passagem do Estado Liberal ao Estado Social

Conforme exposto por Bobbio (2006, p. 11), o pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo).

Ainda, segundo Bobbio (2004, p. 88), a filosofia jusnaturalista, pretendendo justificar a existência de direitos que pertenceriam ao homem, independentemente do Estado, acaba por partir hipoteticamente de um estado de natureza, “onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida, à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas¹³”.

A essa teoria soma-se o fato de que, no século XVIII, já se encontrava a burguesia enriquecida, aspirante a uma intervenção mínima do Estado na vida social, à vista de consistir o direito de contratar livremente em um direito natural do homem, expressão contínua de seu direito de ser livre por natureza.

¹² Streck e Morais (2004), sintetizando o pensamento expressado por Engels em *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, colocam que para o pensador supracitado constitui-se o Estado na síntese da sociedade civilizada, que, em todas as épocas conhecidas, tem sido o Estado da classe preponderantemente e essencialmente, em todos os casos, a máquina de opressão da classe explorada e subjugada, motivo pelo qual, tanto Engels como Marx reconhecem ao Estado somente um fim, qual seja, o da opressão de uma classe por outra. Assim, e de forma abreviada, para a teoria marxista o Estado somente se prestaria a servir de instrumento de proteção aos interesses da classe dominante e uma vez que não houvesse mais classes sociais após a revolução proletária, não haveria mais razão para a existência de um aparato como o Estado, que, em uma sociedade harmonizada, haveria de extinguir-se naturalmente (STRECK; MORAIS, 2004).

¹³ Para aclararmos a idéia sobre o que sejam liberdades negativas, valemo-nos das palavras de Canotilho (1999, p. 370-371), para quem os direitos civis (reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade), depois de esvaziados dos direitos políticos (atribuídos somente aos *cidadãos activos*, que assegura a tomar parte activa na formação dos poderes públicos), poderiam ser distinguidos com base na posição jurídica do cidadão, titular dos direitos, em relação ao Estado. Assim, as liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e por meio delas visaria-se a defesa dos cidadãos ante a intervenção do Estado. Por sua vez, os direitos ligados ao *status activus* salientariam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito a cargos públicos).

John Stuart Mill (1963, p. 123), no século XIX, em defesa da intervenção mínima do Estado, chega a sustentar que uma das objeções à interferência do governo, quando não chega a implicar em infração da liberdade, consiste no fato de que “ninguém mais capaz de realizar qualquer negócio ou determinar como ou por que deva ser realizado, como aquele que está diretamente interessado”.

Nesse sentido, se não podemos negar que de início o Estado Liberal trouxe uma grande gama de benefícios, tais como acentuado progresso econômico, criação de condições para a revolução industrial, a conscientização do indivíduo sobre a importância de sua liberdade, inclusive no contexto de sua relação com o Estado, de onde se impõe a idéia de poder legal ao invés de poder pessoal, próprio do período Absolutista, não podemos olvidar que o Estado Liberal carregava em si o gérmen de sua destruição.

Isso porque, no Estado Liberal, verificou-se, como uma de suas conseqüências, uma máxima valorização do indivíduo em relação à coletividade, propiciando um largo campo de atuação para obtenção de vantagens por aqueles que tinham um comportamento mais egoísta e inescrupuloso, para os quais os fins tendentes ao acúmulo de riqueza, de capital, de detenção dos meios de produção, justificavam os meios pelos quais se fazia a opressão dos menos favorecidos economicamente, da classe trabalhadora, sem qualquer garantia de oferecimento de uma vida digna.

É a situação na qual, segundo o pensamento de Hegel exposto por Bornheim (2003, p. 216), o indivíduo, reduzido a si, chega ao extremo de gerar um mal infinito ao ponto de com ele confundir-se por um estéril processo de auto-absolutização, que termina por gerar um sentimento de absurdo ante tal subjetividade exacerbada.

Sob essa concepção individualista de liberdade, achava-se um Estado omissivo mesmo ante uma crescente massa de trabalhadores explorada em razão da grande oferta de mão-de-obra, perante a qual a mesma burguesia, que tinha se mostrado revolucionária à época da Revolução Francesa, mostrava-se, agora, conservadora, esquecida de seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, negando aos mais desfavorecidos condições materiais que possibilitassem uma vida digna, obrigando-os a longas jornadas de trabalho, inclusive mulheres e crianças de tenra idade, em troca de salários aviltantes que mal garantiam a sua subsistência e tão menos de sua família, transformando o suor dos trabalhadores em mercadoria sujeita apenas às leis do mercado, como se a contratação do trabalho naquelas condições fosse

realmente uma expressão do direito de liberdade que se verificasse entre homens livres e iguais, e não a concretização, naquela época, de uma relação que somente aprofundava as desigualdades sociais, posto que se baseava em duas figuras distintas: a do opressor e a do oprimido.

Foi no vivenciar dessa dramática situação, na qual a igualdade se torna não mais que uma retórica e a liberdade um sonho não concretizado na práxis social, que surgiram, em contraposição, idéias que não somente criticavam o Estado liberal, como também propunham um novo modelo de Estado, e que iam do socialismo revolucionário de Marx e Engels ao social católico, que se antepunha ao movimento socialista materialista.

De fato, a Igreja Romana, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, de 15 de maio de 1891, não apenas se mostra ciente da gravidade do quadro social que era vivenciado e de que o mesmo era campo propício para se alastrarem as idéias do socialismo materialista, as quais refuta, como propõe medidas que reformam o Estado Liberal, para que possa oferecer respostas efetivas à situação de injustiça social que se apresentava.

Vejamos o que dispunha a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), quanto à causa do conflito, à solução socialista e à atuação que o Estado deve ter na salvaguarda dos direitos de seus cidadãos:

2. [...] O século passado destruiu, sem as substituir por coisa alguma, as corporações antigas, que eram para eles uma protecção; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada. A usura voraz veio agravar ainda mais o mal. Condenada muitas vezes pelo julgamento da Igreja, não tem deixado de ser praticada sob outra forma por homens ávidos de ganância, e de insaciável ambição. A tudo isto deve acrescentar-se o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito, que se tornaram o quinhão dum pequeno número de ricos e de opulentos, que impõem assim um jugo quase servil à imensa multidão dos proletários.

A solução socialista

3. Os *Socialistas*, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para - os Municípios ou para o Estado. [...] semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social”.

Origem da prosperidade nacional

[...] Assim como, pois, por todos estes meios, o Estado pode tornar-se útil às outras classes, assim também pode melhorar muitíssimo a sorte da

classe operária, e isto em todo o rigor do seu direito, e sem ter a temer a censura de ingerência; porque, em virtude mesmo do seu ofício, o Estado deve servir o interesse comum.

[...]

A razão formal de toda a sociedade é só uma e é comum a todos os seus membros, grandes e pequenos. Os pobres, com o mesmo título que os ricos, são, por direito natural, cidadãos; isto é, pertencem ao número das partes vivas de que se compõe, por intermédio das famílias, o corpo inteiro da Nação, para não dizer que em todas as cidades são o grande número.

Como, pois, seria desrazoável prover a uma classe de cidadãos e negligenciar outra, torna-se evidente que a autoridade pública deve também tomar as medidas necessárias para salvaguardar a salvação e os interesses da classe operária. Se ela faltar a isto, viola a estrita justiça que quer que a cada um seja dado o que lhe é devido. A esse respeito S. Tomás diz muito sabiamente: «Assim como a parte e o todo são em certo modo uma mesma coisa, assim o que pertence ao todo pertence de alguma sorte a cada parte» (29). E por isso que, entre os graves e numerosos deveres dos governantes que querem prover, como convém, ao público, o principal dever, que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça, chamada *distributiva*.

[...]

Todavia, na protecção dos direitos particulares, deve (*o Estado – acrescente*) preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a protecção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre.

Por seu turno, a doutrina socialista, com sua crítica severa aos excessos do capitalismo, deixa de ser uma grave ameaça para se tornar uma rival real com o triunfo da Revolução Russa de 1917, criando uma força concreta oposta ao capitalismo, ao estimular a utopia do socialismo e a aguçar esperanças de vida mais consentâneas com a dignidade humana, como bem assinalado por Azevedo (2000, p. 83).

A esse quadro acrescente-se o colapso econômico mundial vivenciado entre as duas Grandes Guerras, exacerbado, à época, por uma taxa de desemprego nunca dantes vivenciada na Europa Ocidental, e a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 29 de outubro de 1929, ocasionando o desemprego em massa e o colapso dos preços agrícolas.

De fato, no período de 1929-1931, a produção industrial americana e alemã caiu a médias suavizadas de um terço, enquanto que de 1929-1932 verificou-se uma queda no comércio mundial em 60%, e no pior momento da Depressão (1932-1933), 44% e 27% da força trabalhadora, respectivamente, alemã e americana, não tinha emprego, tudo isso aliado à falta de uma previdência pública estruturada, na grande

maioria dos países ocidentais, fazendo com que a imagem predominante na época fosse as filas de sopa, de “Marchas da Fome” saindo de comunidades industriais sem fumaça nas chaminés onde nenhum aço ou navio era feito (HOBBSAWN, 2008, p. 94-98).

Sob esse panorama de grave crise econômico-social, ao qual o liberalismo econômico não consegue apresentar propostas capazes de reverter tal situação, surge a teoria do economista inglês John Maynard Keynes, para quem o Estado, contrariamente ao que era até então defendido pelo liberalismo clássico, deveria atuar de forma decisiva não só para fomentar a economia mediante investimentos públicos, corrigindo as disfunções do capitalismo, como também redistribuindo a renda por meio de uma política fiscal progressiva, tendente a eliminar as desigualdades extremas e com vistas a ativar a demanda (CRUZ, 2002, p. 122).

De outra feita, a partir de 1932, com a eleição do Presidente norte-americano Roosevelt, e a adoção de sua política do *New Deal* para resgatar a economia estadunidense dos efeitos do *crash* da Bolsa de Nova Iorque de 1929 e dos efeitos da grave crise econômica, social e política mundial vivenciada à época, deixa o Estado de omitir-se frente às mazelas sociais, passando a atuar nas searas social, política e econômica.

Com o *New Deal*, Frank Delano Roosevelt implanta um programa baseado nas premissas teóricas de John Keynes, passando o Estado norte-americano a intervir incisivamente no campo econômico, social e político, por medidas que perpassam a criação do salário-mínimo e de legislação para controle do setor bancário, a fixação de limites para a produção industrial e tabelamento de preços dos produtos, a promoção de grandes obras públicas, para fomentar a criação de empregos, entre outras medidas que buscavam a mediação entre as questões econômicas e sociais, e que acabaram por produzir o alicerce do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou Estado Providência.

É esse modelo de Estado que Bobbio, Matteucci e Pasquino (1997, p. 416) aduz caracterizar-se como um Estado “que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”.

Como bem diferenciado por Streck e Moraes (2004, p. 70-71), o Estado Providência não pode ser confundido com o Estado Assistencialista, pois não se trata de um Estado que age na troca de garantias pela liberdade pessoal, que adota

as políticas públicas de bem-estar num quadro de assistencialismo, mas sim de um Estado que concretiza sua função social, em um ambiente no qual a classe trabalhadora reivindica cada vez mais seus direitos individuais – inclusive de terceira geração¹⁴ –, além de seus direitos políticos e sociais.

Sob esse último aspecto, o das reivindicações populares de seus direitos, não podemos deixar de citar que foi muito importante também à transformação do Estado Liberal em Estado Social a luta da classe trabalhadora por uma maior participação política.

Com a derrogação do *voto censitário*¹⁵ e a conseqüente adoção do voto universal, fruto da pressão das classes menos favorecidas que eram excluídas do processo de participação política, fez-se com que não somente os mais desfavorecidos pudessem eleger seus representantes, por vezes seus próprios pares, também obrigou a inclusão para debates na agenda política de temas que lhes eram próprios, como a exploração da mão-de-obra trabalhadora, o descaso do Estado quanto ao amparo aos desempregados, às crianças, aos inválidos, entre tantos outros que infligiam ao povo e fomentava as desigualdades.

Verifica-se, portanto, com a adoção do voto universal, o fato de a burguesia liberal passar a dividir, em especial com a classe dos mais desfavorecidos, o próprio controle do Estado.

Dessa conjugação de fatores, firma-se um novo contrato social, do qual resulta o nascimento do Estado Contemporâneo, do Estado Social que, na lição de Bonavides (2007, p. 184), “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal”.

¹⁴ Para uma leitura sintética e clara sobre a classificação dos direitos fundamentais, recomendamos a leitura do capítulo 3 da obra *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões*, de autoria de Vladimir Brega Filho (2002, p. 21-30).

¹⁵ Considerando-se o sufrágio, no regime democrático representativo, como o processo, o meio pelo qual são escolhidas as pessoas que devem governar em nome do povo, ou simplesmente o processo de escolha, no qual o voto é o ato de escolha, o meio de exercer o direito de sufrágio, tem-se por Azambuja (p. 338) por meio da adoção do sufrágio censitário, somente seriam considerados eleitores aqueles indivíduos que seriam capazes por possuírem bens de fortuna, ou seja, só eram eleitores ou eleitos aqueles que pagavam impostos ou que possuíam propriedade imóvel. Nesse sentido também o ensinamento de Acquaviva (1982, p. 132) que preleciona que no sufrágio censitário apenas votam aqueles que percebem rendimentos acima de um limite estipulado, contribuindo para os cofres públicos com uma importância que lhes autoriza a votar. Nesse diapasão, pelo *sufrágio universal* é conferida a cidadania ao maior número possível de indivíduos.

É o Estado ao qual é atribuída uma *função social* que nas palavras de Pasold (1984, p. 56-57), pode ser caracterizada como

[...] ações que – por dever para com a sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo ao seu OBJETO e realizando seus OBJETIVOS, sempre com prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano.

Ainda dissertando sobre a função social do Estado Contemporâneo, assevera Pasold (1984, p. 57):

A função Social – em abstrato - do Estado Contemporâneo, diz respeito a uma fórmula doutrinária relacionada com a condição instrumental do Estado, seu compromisso com o Bem Comum e com a dignidade do ser humano; em concreto, a Função Social consolida-se conforme cada Sociedade e seu Estado, de acordo com a realidade e através de ações que cumpram a sua destinação.

Não estamos aqui a desconhecer que, com a crise do Estado de Bem-Estar, iniciada nos idos da década de 70 do século XX, com o crescente endividamento do Estado necessário à promoção do bem-estar social, e à vista da derrocada do comunismo, houve um retorno e revigoração das idéias liberais, inclusive com o aparecimento da teoria econômico-política denominada neoliberalismo que, diferentemente do Liberalismo, mesmo admitindo fazer algumas concessões às propostas de providência, ainda pugna que a ação interventiva do Estado na seara econômica deva ser a menor possível, acreditando que as eventuais falhas do mercado ainda são menores que aquelas que possam resultar da atuação estatal.

No entanto, abalizados no posicionamento de Bonavides (2007, p. 187), acreditamos realmente que seja esse o modelo de Estado que, sob o ponto de vista doutrinário, apresente “valoração máxima e essencial, por se afigurar como aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”.

E prossegue Bonavides (2003b, p. 156-157) no pensamento de que seja o Estado social o mais indicado para realizar a paz social:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio dos bens sociais, institui ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e

objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.

De fato, posicionamos-nos no sentido de que a história já comprovou que, durante o período em que vigorou o Liberalismo Clássico, nas sociedades onde o Estado se fez mínimo, a pretexto de se valorizar a liberdade individual e na crença de que para a construção de uma sociedade mais justa bastaria ser dispensado a todos tratamento isonômico perante a lei, o que de fato se garantiu foi a manutenção de privilégios dos mais fortes economicamente e o aprofundamento das desigualdades sociais.

Em outras palavras, demonstrou a experiência que se outrora o Estado Liberal resultou de movimento revolucionário e de pacto social pelo qual seus participantes pretendiam a criação de um ente que possibilitasse a realização de sociedade livre, igual e fraternal, acabou esse mesmo Estado por se tornar alvo de críticas de teorias socialistas, visto representar instrumento pelo qual a burguesia se valia para continuar a oprimir a classe trabalhadora, valendo-se de critérios meramente formais, como a igualdade abstrata perante a lei, para encobrir desigualdades sociais concretas, conforme assinalado por Cruz (2002, p. 138), ou seja, o Estado que se originou de certo *pacto social* não se prestou ao fins almejados.

Nesta altura de nosso trabalho, defendida que está a adoção do Estado Social como modelo mais apropriado para a realização do bem comum, da concretude dos direitos fundamentais de seus indivíduos, resta-nos saber se o atual Estado brasileiro, fruto que é de um *pacto social* que se notabilizou na promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou o modelo Social.

A resposta aqui não é de toda fácil, pois algumas considerações prévias haverão de ser feitas para se chegar à resposta que reputamos como a correta, pois, segundo aduzido por Mayorga (apud STRECK; MORAIS, 2004, p. 73-74), sabe-se que, na América Latina, o Estado de Bem-Estar jamais chegou a estabelecer-se e a consolidar-se como na Europa social democrática.

Além disso, e ainda na esteira do pensamento de Streck e Morais (2004, p. 74), não podemos deixar de considerar que, no Brasil, o intervencionismo do

Estado, condição de possibilidade à realização da função social do Estado e caminho para se chegar ao denominado Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, serviu também para acumulação de capital e renda para as elites brasileiras, pois, conforme observado por Pereira e Silva (1998, p. 45):

O intervencionismo estatal também se constitui em defesa do capital contra as insurreições operárias, opondo-se à ilusão de igualdade de todos os indivíduos diante da lei.

Assim, o Estado Intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas.

A ampliação das funções do Estado, tornando-o tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, presta-se a objetivos contraditórios: a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores.

De toda a sorte, o Estado Intervencionista, conforme bem asseverado por Pereira e Silva (1998, p. 46), apresenta-se como um modelo estatal no qual se verifica uma implicação recíproca entre os ideais de igualdade e de liberdade, em um comprometimento com o ideal de igualdade, em seu sentido material

Conquanto abalizados nos ensinamentos de Bonavides (2003a, p. 371-373), salientamos que a Constituição Federal de 1988 não somente impingiu ao atual Estado brasileiro o modelo social, como fez avançar esse Estado Social no estabelecimento de novas técnicas ou institutos processuais, para garantir os direitos sociais¹⁶ básicos, a fim de torná-los efetivos, tais como a previsão no texto normativo constitucional do mandado de injunção, o mandado de segurança e a inconstitucionalidade por omissão.

Nessa esteira de pensamento, aduz ainda Bonavides ser o atual Estado social brasileiro de terceira geração, ou seja, modalidade de Estado social que:

¹⁶ Direitos sociais, econômicos e culturais são, nas palavras de Vladimir Brega Filho (2002, p. 22-23), direitos que buscam garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais, complementando-se assim, portanto, as Liberdades Públicas. No escólio de Sarlet (2004, p. 57), os direitos fundamentais denominados como de segunda geração, exigem uma prestação social por parte do Estado, tais como os direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

[...] sem violentar as estruturas da sociedade pluralista, faz a clara e inequívoca opção por um socialismo democrático, valendo-se de regras constitucionais que, interpretadas, compreendem o Estado social como instrumento substitutivo e transformador, e não meramente conservador do “*status quo*” da sociedade capitalista (BONAVIDES, 2001, p. 231)¹⁷.

Nesse passo, outra não pode ser a postura do Estado social pátrio senão uma postura ativa, que faça frente aos problemas sociais que afligem a sociedade brasileira que, constatados pelo constituinte de 1987/1988, fez com que se inscrevesse em nossa Carta Maior, como um dos objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. II), além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV).

Cabe, pois, ao atual Estado social brasileiro a construção da igualdade em sua sociedade.

Uma igualdade que nivele as desigualdades sociais, que traga a paz social, levando em conta as desigualdades encontradas em situações humanas em concreto e não abstratas, pois nas palavras de Pernthaler (apud BONAVIDES, 2003a, p. 379), “[...] o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais”.

É assim missão do hodierno Estado social brasileiro, propiciar a todos os indivíduos o bem comum, a fruição dos direitos fundamentais, a paz social, comprometendo-se a realizar prestações positivas, como, *v.g.*, a adoção de ações afirmativas, que ultrapassam a consideração do princípio isonômico meramente sob o aspecto formal, para se chegar ao entendimento do princípio da igualdade também sob o viés material.

¹⁷ Acerca das categorias que classificam os Estados Sociais, recomendamos a leitura de Bonavides (2001, p. 228-232).

1.2 Constituição: Breves Considerações à Busca de seu Sentido

Em um sentido amplo, constituição¹⁸ seria a ação de se formar um conjunto, de formar a essência, a base de uma coisa.

De pronto percebemos, portanto, que o termo constituição poderá ser empregado na elaboração das mais variadas idéias, tais como a constituição de um móvel, de uma empresa, de uma sociedade, etc.

Por essa razão, ainda que limitado ao âmbito do direito constitucional, é indubitoso que o termo constituição possa apresentar vários sentidos, a começar pelo modo que será enfocada uma Constituição, se pelo viés político, sociológico ou jurídico¹⁹.

Dessa maneira, conforme exposto por Silva (2005, p. 39), todas essas concepções pecam pela unilateralidade, razão pela qual vários autores têm procurado formular um conceito unitário de constituição, de *constituição total*, no qual se revele o liame de suas normas com a totalidade da vida coletiva, “mediante a qual se processa a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva na unidade de uma ordenação fundamental e suprema”.

De fato, não obstante reconheçamos ser de grande valia o estudo da Constituição sob determinado aspecto, quer seja ele político, jurídico ou sociológico,

¹⁸ Constituição. s.f. (Do lat. *constitutio*): 1. Ação de se formar um conjunto; 2. Resultado desta ação; composição; [...] 5. Conjunto de regras e leis fundamentais, estabelecidas por um país para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus cidadãos (GRANDE..., 1999, p. 259).

¹⁹ A) Constituição no sentido sociológico: o maior expoente dessa corrente é Ferdinand Lassale, que em sua obra *Que é uma Constituição*, sustenta que a Constituição de um país é, em essência, a *soma dos fatores reais do poder que regem nesse país*, sendo esta a *constituição real e efetiva*, não passando a constituição escrita de uma “folha de papel”; B) Constituição no sentido político: o maior teórico desse pensamento é Carl Schmitt, para quem a Constituição seria a “*a decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política*”. A Constituição, por esse entender, encontraria seu fundamento de validade de uma decisão política que a antecede e não da forma jurídica. Ademais seria conteúdo próprio da Constituição apenas aquilo que diria respeito à Forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais, sendo que tudo o mais, embora possa estar escrito na Constituição, seja lei constitucional, que não contém matéria de decisão política fundamental; C) Constituição no sentido jurídico: corrente liderada por Hans Kelsen, que enxerga a Constituição apenas no *sentido jurídico*, considerada como *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*; de acordo com o primeiro, constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição *jurídico-positiva* que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau (SILVA, 2005, p. 38-39; TEMER, 2004, p. 17-19).

até para que tenhamos melhor dissecado esse fenômeno que é a Constituição, cremos igualmente que tal estudo não pode firmar uma verdade absoluta sobre o que seja uma Constituição, posto que se trata de uma realidade que se apresenta sob as mais várias facetas, tal como se fosse um caleidoscópio, onde as imagens, as cores, as sensações produzidas em seu observador modificam-se conforme o quadrante que é visualizado.

Nesse passo, e para os fins que se destina este trabalho, longe de estarmos à procura de um conceito, um entendimento único e inexorável do que seja uma Constituição, pretendemos muito mais explicar sobre o que ela venha a ser, para que serve, em uma tentativa de nos aproximarmos de seu conteúdo, de sua essência, que, por sua vez, não poderá estar dissociada da realidade vivida e tão menos perder de vista o futuro que quer realizar.

Esse é o caminho que adotaremos, porquanto partimos da premissa de ser a Constituição a materialização do pacto social, que originou esse ente denominado Estado, ao qual cabe, em uma concepção democrática, a realização do bem comum, a construção de um ambiente em que todos possam desenvolver suas potencialidades, gozar de plena cidadania, reconhecendo a sua e a dignidade dos outros, na construção de uma sociedade mais justa, menos desigualitária.

Assim, se imaginamos a Constituição política de um Estado como sendo uma ordem estatuída entre aqueles que moram na cidade (no Estado, no nosso caso), conforme exposto por Aristóteles (2003, p. 77), é porque o modo de ser dessa sociedade foi pactuado com base em valores e direitos que preexistiam à formação daquele Estado.

Nessa vertente o ensinamento de Ferreira Filho (2004, p. 17), de ser a Constituição o “pacto social propriamente dito, já que as Declarações de direitos que eventualmente a precedam não são mais do que a definição do Direito, e dos direitos, que esse pacto há de se salvaguardar”.

Ao concebermos a Constituição como o pacto social propriamente dito, entendemos que esse contrato social não se cinge a uma mera ordenação do Estado, dos poderes constituídos, pois nele haveremos de encontrar grafados, a fortes tintas, os valores, as crenças, os aspectos econômicos, culturais, religiosos, os anseios, as ideologias, os princípios, que servirão tanto como fatores conformadores como também vetores transformadores das relações sociais de determinada sociedade.

A fim de corroborar tal pensamento, embasamo-nos nas palavras de Rogério Ehrardt Soares (apud MIRANDA, 2002, p. 348), para quem “a Constituição é a ordenação fundamental de um Estado e representa um compromisso sobre o bem comum e uma pretensão de ligar o futuro ao presente”.

Também nesse sentido Comoglio (apud APPIO, 2005, p. 46 - nota de rodapé), sustenta que “sem dúvida, a Constituição representa a institucionalização de uma ideologia (ou de um compromisso entre ideologias) historicamente justificável”.

Ditas tais palavras, temos que ao ser esculpida na atual Carta Maior, como um dos objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa, solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é porque ela foi criada em um momento histórico no qual o agravamento das diferenças sociais faziam-se sentir, ao ponto de tal fato ser mencionado em documento público emitido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 1996, p. 17), fundação pública federal vinculada ao Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em 1996, sobre as décadas de 1970 e 1980, reproduzido por Oliveira e Pinto (2001, p. 15) nos seguintes termos:

A avaliação que se tem hoje é que as dificuldades de crescimento da economia brasileira em período recente, especificamente na década de 80, aumentaram a *desigualdade e a pobreza, acentuando também a tendência histórica à concentração de renda e revertendo a trajetória, também histórica, de diminuição da pobreza.*

Diante de grave cenário social, não se limitou o constituinte de 1987/1988, ao elaborar nossa atual Constituição, a retratar nela a organização política então estabelecida, o estágio das relações de poder estabelecidas naquele período, como se fosse um balanço do estágio vivenciado à época pela sociedade brasileira²⁰, e tão menos cingiu-se a meramente limitar o poder estatal com vistas a garantir a liberdade.

²⁰ Ferreira Filho (2002, p. 14) classifica esse tipo de Constituição como sendo *Constituição-balanço*, que se contrapondo à *Constituição-garantia*, que é aquela que visa a garantir a liberdade, limitando o poder do Estado, vem a descrever e registrar a organização política estabelecida, os estágios verificados nas relações de poder, assim como o faziam as Constituições da ex-URSS que, ao alcançar novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e 1977.

Fez muito mais do que isso: produziu o Documento Maior de nosso país, no qual se encontram as decisões fundamentais de nosso povo sobre a forma do exercício do poder político, sua aquisição e limites, positivando direitos e garantias individuais, por meio de uma conjugação de valores, regras e princípios, com vistas a orientar a atuação do Estado e da sociedade que rege.

Essa peculiar forma de ser da Constituição amolda-se ao pensamento do constitucionalista alemão Konrad Hesse (1991, p. 24-28) que, em breve síntese, ressalta que a Constituição jurídica deverá estar condicionada pela realidade histórica, concreta de seu tempo, sem que, contudo, esteja simplesmente condicionada por essa realidade, pois, graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.

1.2.1 Constituição: as funções de consenso social, de legitimidade da ordem política e de legitimação dos titulares do poder político

Assim, couberam à Constituição brasileira de 1988 as funções que Canotilho (1999, p. 1334-1336) designa como sendo de **consenso fundamental**, de “*revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e idéias directrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade*” e de **legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional**, pois

A constituição confere **legitimidade** a uma ordem política e dá **legitimação** aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir uma ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem uma indispensável bondade material (legitimidade) e ao vincular juridicamente os titulares do poder *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (*legitimação*)

A articulação destas duas dimensões – a da legitimidade e a da legitimação – implica que a constituição não seja considerada como uma simples “carta” ou “folha de papel” resultante de relações de poder ou da pressão de forças sociais. A constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode e deve ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial a **idéia de direito**, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples positivação do poder. É também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da

comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter *validade* como ordem justa e *aceitação*, por parte da colectividade, da sua bondade “intrínseca”, diz-se que uma constituição tem **legitimidade**. Mas se a constituição tem legitimidade compreende-se que ela própria tenha uma *função de legitimidade*. Ela contribui para a sua aceitação real (consenso fáctico ou aceitação fáctica ou sociológica) e para uma *boa ordenação da sociedade* assente em princípios de justiça normativo-constitucionalmente consagrados.

À constituição pertence também uma importantíssima função de **legitimação do poder**. É a constituição que funda o poder, é a constituição que regula o exercício do poder, é a constituição que limita o poder. Numa palavra: é a constituição que *justifica* ou dá legitimação ao “poder de mando”, ou, para utilizarmos uma formulação clássica, é a constituição que confere legitimação ao exercício da “coacção física legítima”. A consequência prática mais importante desta função legitimatória é basicamente esta: no *estado constitucional* não existe qualquer “poder” que, pelo menos, não seja “constituído” pela constituição e por ela juridicamente vinculado.

Nesse sentido, por caberem à Constituição as funções de *consenso social*, de auferir *legitimidade* a uma ordem política e de *legitimar* os respectivos titulares do poder político, temos que ao Estado brasileiro, fundado e moldado que é na Constituição, não lhe cabe outro papel senão o de perseguir a concreção dos objetivos fundamentais que nela se encontram esculpidos (BRASIL, 1988 - art. 3º), em uma atuação balizada pela concorrência dos princípios constitucionais, já que são os “portadores dos mais altos valores que uma dada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos” (ROTHENBURG, 2003, p. 77).

Assim, para que tenhamos uma sociedade mais igualitária, justa, solidária, por meio da redução das desigualdades sociais, da erradicação ou ao menos pela mitigação da pobreza e da marginalização, defendemos a tese que o Estado deverá conceber o princípio isonômico tanto em seu aspecto formal quanto material, quando da tomada de suas decisões políticas.

Ao ser concebido o princípio da igualdade sob esse duplo aspecto, legitima-se a atuação dos titulares do poder político na implementação das ações afirmativas, já que um dos resultados práticos dessas ações consiste justamente no fato de possibilitarem que determinada parcela de indivíduos pertencentes às minorias socialmente inferiorizadas, como é o caso, por exemplo, de negros, mulheres e portadores de necessidades especiais, passem a gozar de percentuais de favorecimento quanto às oportunidades de educação, trabalho, espaço político, cargos públicos, etc.

Cabe ressaltar, neste item, que as minorias que se tornam alvo das ações afirmativas, das discriminações positivas, por certo que não são assim tipificadas em virtude de seu aspecto quantitativo, mas sim quanto ao fato de exercerem ou não papel de dominância em certa sociedade.

Esse também é o entendimento de Rocha (1996, p. 87), para quem:

Não se toma a expressão *minoría* 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, *minoría* no direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o Poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa.

Por sua vez, em um ambiente democrático, onde se preza a pluralidade, é de suma importância que seja devidamente identificada a que espécie de minoria nos reportamos, quando o Estado ou mesmo a sociedade em geral objetiva implementar algum tipo de ação afirmativa, a discriminar positivamente, com vistas a promover a inclusão social de certo grupo minoritário.

Isso porque os grupos minoritários podem também ser classificados quanto aos objetivos de seus membros, na abalizada lição de Laponce (apud WUCHER, 2000, p. 50-51) que diferencia as minorias entre 'minorities by force' e 'minorities by will', da seguinte forma:

Entende-se por minorias 'by force' aquelas minorias e seus membros que se encontram numa posição de inferioridade na sociedade em que vivem e que aspiram apenas a não serem discriminados em relação ao resto da sociedade, querendo adaptar e assimilar-se a esta. Em contrapartida, as minorias 'by will' e seus e seus membros exigem, além de não serem discriminados, a adoção de medidas especiais as quais permitam-lhes a preservação de suas características coletivas – culturais, religiosas ou lingüísticas. Determinadas em preservar tais características, as minorias 'by will' não querem se assimilar à sociedade em que vivem, mas integrar-se nela como uma unidade distinta do resto da população.

De maneira sintética, temos que, enquanto as minorias 'by force' ambicionam não sofrerem tratamentos discriminatórios negativos, as minorias 'by will' reclamam a adoção de medidas que não apenas a isentem de discriminações negativas, como também possibilitem sua integração na sociedade, sem que isso importe na perda de características que lhes são próprias.

Ações políticas dessa espécie são exigidas, por exemplo, para colocar em prática direitos específicos, reconhecidos pela Constituição de 1988 aos povos indígenas (art. 231) e aos quilombolas²¹ (ADCT, art. 68).

Dessa maneira, temos que os processos administrativos de demarcação das terras indígenas²², a título de ilustração, realizados nos moldes do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, visam dar efetividade ao disposto no art. 231 da Constituição Federal de 1988, que determina que cumpre à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Referida medida administrativa concretiza, em parte, o objetivo que se vislumbra em particular no artigo 231 da CF/88 e que se harmoniza com o espírito da Carta Política, denominada não sem razão de Constituição Cidadã, pois se aludida Carta persegue de forma ampla a afirmação e concreção dos direitos fundamentais dos brasileiros, não se descarta na salvaguarda dos direitos daqueles que possuem singularidades próprias.

Reconhece, portanto, nossa Constituição, a existência de comunidades tradicionais que não podem ser deixadas à margem de nossa sociedade, mas que, para existirem tal como se afiguram, e continuarem a enriquecer a nossa realidade sociocultural, necessitam de meios e condições adequadas ao desenvolvimento e manutenção de seu modo de vida próprio e distinto.

Sob esse aspecto, o fato de para os indígenas ser garantida a terra que ocupavam tradicionalmente, está umbilicalmente ligado ao seu modo de ser, à sua própria existência.

Conforme bem exposto por SILVA (2007, p. 8):

Assegurar o acesso ao território significa manter vivos, na memória e nas práticas de classificação e de manejo dos recursos naturais, os sistemas produtivos, os modos tradicionais de distribuição e consumo da produção. Isso, além de sua dimensão simbólica: no território estão impressos os acontecimentos ou fatos históricos que mantêm viva a memória do grupo, como a base material de significados culturais que compõem sua identidade social.

²¹ O conceito de quilombola pode ser antevisto no artigo 2º, do Decreto nº 4.887/03, que preconiza a caracterização dos grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

²² O processo para identificação, reconhecimento e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos é objeto do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, e a Instrução Normativa nº 20, de 19 de setembro de 2005, do INCRA (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 68 do ADCT, nota remissiva, São Paulo: Saraiva, 2008).

Observe-se, por sinal, que esse é um dos argumentos mais fortes e utilizados para que a demarcação de terras indígenas ocorra de forma contínua, e não espaçadamente.

Fica assim evidente que as discriminações positivas adotadas pelo Estado ou pela iniciativa privada, devem procurar respeitar as particularidades e os objetivos de cada grupo minoritário, possibilitando aos integrantes das camadas sociais mais vulneráveis não apenas a igualdade de oportunidades no tocante a uma plena fruição de certos direitos sociais, tais como a educação, o trabalho, entre outros, mas também a viabilização de um ambiente social de respeito à diversidade, trazendo consigo a idéia de democracia, justiça e paz social.

Por conseguinte, consideramos que, quando a igualdade de oportunidades passa a ser proporcionada aos integrantes de grupos sociais fragilizados, a justiça social está sendo realizada, já que tais indivíduos passam a fruir efetivamente dos benefícios sociais, numa relação mais equânime no tocante à distribuição de benefícios e ônus pelo Estado e na sociedade às quais pertencem.

Fomenta-se a paz social pela adoção de ações afirmativas, com a diminuição das tensões sociais que ocorrem com maior ênfase naquelas sociedades onde vigora o descrédito nas instituições públicas, onde o Estado corre o risco – quando não acaba em definitivo – de ser concebido como instrumento de manutenção das desigualdades sociais, até porque, no ideário popular da sociedade desse Estado, passa a ser cultivado o sentimento de que “aos amigos, os favores da lei, enquanto que aos inimigos – no caso, aos que não pertencem às classes dominantes – os rigores da lei”.

Com o intuito de melhor expormos uma das maiores funções das ações afirmativas, qual seja, a de servir como instrumento de justiça e de realização de paz social, dentro de um ambiente de desigualdades sociais, propomos o uso de nossa observação.

As questões que ora são colocadas, para efeito de justificação do que aqui se advoga, são essas: a) com base em um conhecimento médio, que decorre da *praxis* vivenciada por nós nas relações do dia-a-dia de nossa sociedade, poderíamos assegurar que os negros, os pardos, ao integrarem parcela considerável da classe assalariada de menor poder aquisitivo de nosso país, contribuem em grande monta à manutenção do Estado brasileiro?; b) se contribuindo de forma vital à manutenção do Estado brasileiro, devem ser oferecidas aos negros e aos pardos as mesmas

oportunidades de fruição de direitos, de prestações servidas pelo Estado, como, por exemplo, o acesso ao ensino superior?

Longe de querermos oferecer respostas definitivas a tais proposições, oferecemos, neste momento, apenas alguns indicativos para que o leitor possa melhor sopesar os fatos, os fundamentos jurídicos e filosóficos que são expostos neste trabalho, e com os quais pretendemos demonstrar a total compatibilidade da adoção de ações afirmativas pelo Estado brasileiro e pela iniciativa privada com o princípio da igualdade, verificado na Constituição brasileira de 1988.

Passemos ao primeiro indicativo, baseado em dados coletados em dissertação de mestrado depositada junto ao Instituto de Economia da UNICAMP, em 2005, sob o título *Questões de raça e gênero na desigualdade social brasileira recente*, de Vinícius Gaspar Garcia, que nos possibilitará inferir que negros e pardos integram as camadas assalariadas brasileiras mais baixas de nossa sociedade.

Nesse estudo, que procurou caracterizar a estrutura socioocupacional da população negra, nos últimos 25 anos, classificou-se, na tabela individual, considerando-se os valores de 2004, o conjunto de ocupados como sendo: a) alta classe média – ganhos superiores a R\$ 2.500; b) média classe média: de R\$ 1.250 e R\$ 2.500; c) baixa classe média: entre R\$ 500 e R\$ 1.250; d) da massa trabalhadora, entre R\$ 250 e R\$ 500; e e) “marginalizados”, os de ganhos inferiores a R\$ 250. Na tabela por rendimento total familiar, os valores dobram e são incluídas as faixas de pobreza (entre R\$ 250 e R\$ 500) e de indigência (abaixo de R\$ 250) (GARCIA, 2005, p. 98-101).

A partir dessa metodologia, e considerando que em 2003 a população brasileira era de 173,9 milhões, com 91,3 milhões de brancos e 82,6 milhões de negros (aqueles que se declaram pretos e pardos), apurou-se que:

6,2% da população branca estava em famílias da alta classe média, enquanto o percentual de negros que sustentavam o mesmo padrão de vida era de apenas 1,1% – ou apenas 872 mil pessoas no universo de 82 milhões. No outro extremo, na linha de pobreza e abaixo dela, estavam 18,2% da população branca e 52,4% da população negra – ou 43 milhões de pretos e pardos subsistindo com renda familiar inferior a R\$ 500. [...] O percentual de negros era de 3,3% (2,6 milhões) na média classe média e de 16,2% (13,3 milhões) na baixa classe média. As três camadas de classe média somadas têm 45% de brancos e 25% de negros. (GARCIA, 2005, p. 101-108).

Assim, após a apresentação de dados que evidenciam o fato de negros e pardos integrarem as classes assalariadas mais baixas, passamos a expor índices sobre a carga tributária suportada por camada social.

Para tanto, valemo-nos do trabalho do economista Evilásio Salvador (2008), sob o título *A distribuição da carga tributária: quem paga a conta?*, embasado em dados fornecidos pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil e do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal – UNAFISCO Sindical, entre outras fontes, para assim sintetizar:

O Estado brasileiro é financiado pelos trabalhadores assalariados e pelas classes de menor poder aquisitivo, que são responsáveis por 61% das receitas arrecadadas pela União. A população de baixa renda suporta uma elevada tributação indireta, pois mais da metade da arrecadação tributária do país advém de impostos cobrados sobre o consumo. Pelo lado do gasto do Estado, uma parcela considerável da receita pública é destinada para o pagamento dos encargos da dívida, que acaba beneficiando os rentistas, também privilegiados pela menor tributação.

Fornecidos elementos iniciais, para que o leitor possa intuir sobre o fato de o negro e o pardo integrarem em percentual altamente significativo as camadas assalariadas mais baixas, para as quais caberiam o ônus de suportar grande parte da arrecadação tributária destinada à manutenção do Estado brasileiro, cabe-nos, agora, por fim, apresentar alguns dados estatísticos sobre a fruição de direitos sociais pelos negros e pardos.

Dessa forma, será possível deduzir, mediante o uso de nossa inteligência e percepção comuns, e sem a pretensão de ser essa uma conclusão definitiva, se, ante os dados apresentados, colhidos de nossa realidade social, podemos sustentar que, na mesma proporção, ou em proporção próxima ao ônus que lhes cabe à manutenção do Estado brasileiro, estariam, por exemplo, o negro e o pardo a gozar o direito de acesso ao ensino superior em igualdade de oportunidades com a população branca.

Na matéria publicada por Antonio Gois no jornal *Folha de S. Paulo*, em 14 de janeiro de 2001, sob o título “Provão revela barreira racial no ensino”, foi traçado o perfil dos 197 mil alunos formandos no mais diversos cursos universitários, submetidos ao Exame Nacional de Cursos, mais conhecido como “provão”, com base na classificação racial que os próprios estudantes se atribuíram.

A partir daí, verificou-se que, nos 18 cursos superiores analisados pelo MEC, no exame de 2000, os afro-brasileiros contribuíram com apenas 15% dos formandos, muito embora eles constituíssem, segundo o aludido jornal, 45,2% da população nacional.

Nesse mesmo passo, segundo Gois (2001), dos alunos submetidos ao Exame Nacional de Cursos, os que se auto-identificaram como brancos somavam 80% da totalidade dos alunos e 54% da população nacional, estando assim muito bem representados, tanto em relação ao total da amostra, como no interior de cada curso.

De outra conta, em que pese o fato dos afro-brasileiros somarem 45,2% da população nacional, formavam eles somente 15,7% do total da amostra, estando, portanto, sub-representados, quer no total da amostra quer no interior de cada curso.

Outro dado que chamou a atenção foi o comparativo entre a participação da população que se intitulava como amarela (de origem asiática) que, mesmo representando apenas 0,5% da população nacional, superou a de negros entre os formandos, chegando a representar 2,6% do total, e em alguns cursos mais elitizados, como o de medicina, verificou-se que o número de amarelos é três vezes maior que o de negros, enquanto que, no Brasil, segundo o mesmo jornal, há 11 negros para cada pessoa de origem asiática.

Diante de tal panorama, entendemos, que as ações afirmativas adotadas, porventura, pelo Estado prestam-se não somente a servir como instrumento de mitigação das desigualdades sociais e de atenuação das tensões sociais, como também conferem efetividade ao consenso fundamental revelado na Constituição, na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, concebendo-se para tanto o princípio constitucional da igualdade em suas duas vertentes, formal e material.

Ao assim agir, o Estado estaria realmente realizando as demais funções da Constituição, quais sejam, as de conferir legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional, e também dos titulares do poder político.

1.2.2 A Constituição na teoria de Konrad Hesse

Em texto que se prestou à aula inaugural na Universidade de Freiburg, Alemanha, em 1959, e que se tornaria uma das maiores obras contemporâneas do Direito Constitucional – *A Força Normativa da Constituição* – seu autor, Konrad Hesse, contrapõe-se às concepções de Ferdinand Lassale, expostas no texto que serviu de base para conferência, realizada em 1863, a operários da antiga Prússia, e que se tornaria outra grande obra do Direito Constitucional – *O que é uma Constituição*.

Quanto à concepção de Lassale, no sentido de que a verdadeira Constituição encontrar-se-á sempre nos fatores reais e efetivos do poder que domina uma sociedade, Hesse (1991, p. 14-15) acaba por relativizá-la.

De fato, após admitir expressamente que não cabe à norma constitucional uma existência dissociada da realidade, motivo pelo qual a sua pretensão de eficácia está integralmente adstrita às condições históricas de sua realização, condições essas que podem ser de ordem natural, técnica, econômica ou social, acrescenta elemento axiológico que deverá ser igualmente contemplado em conjunto com a realidade, para que se verifique a pretensão de eficácia da norma constitucional.

Esse elemento axiológico, sem o qual a norma constitucional deixará de aspirar a sua eficácia, ainda que esteja de acordo com a realidade, diz o próprio Hesse (1991, p. 15) que é o “substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”.

Hesse (1991, p. 14), ao ainda admitir que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, atesta que a *essência* de uma Constituição está na sua *vigência*, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.

Sob esse prisma, a Constituição, ainda que seja determinada pela realidade social, é também determinante em relação a ela, pois procura imprimir ordem e conformação social à realidade social e política, segundo os valores que formam o substrato espiritual desse povo.

Por conseguinte, para Hesse, a Constituição jurídica não se trata de um “simples pedaço de papel”, se não corresponder ao perfeito reflexo dos fatores reais do poder²³, conforme defendido por Lassale, pois se é verdade que a Constituição não poderá estar desvinculada da realidade, também não menos é verdade que a essa realidade não está a Constituição, absolutamente, condicionada.

Para Hesse, portanto, a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (HESSE, 1991, p. 16).

É justamente essa disposição em realizar a eficácia da Constituição que Hesse define como “*vontade de Constituição*”, que leva o Estado e a sociedade a orientarem suas condutas, no sentido de realizarem as tarefas, os objetivos, os valores, as ordens que se achem no corpo daquela Constituição, que fará com que ela – a Constituição – converta-se em uma força ativa.

Para melhor entendimento dessa idéia, valemo-nos das próprias palavras de Hesse (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir essa disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.

A *vontade de Constituição*, esse desejo latente de dar eficácia à Constituição, de maneira a legitimá-la no dia-a-dia da *praxis* constitucional, de torná-la uma força ativa, é de tal importância para Hesse, que os interesses momentâneos, ainda que justos, devem ser renunciados se o realizar deles não importar em uma efetiva realização da *vontade de Constituição*, posto que o respeito a essa vontade representa ganho muito maior que a realização de tais interesses.

²³ Para Lassale (2003, p. 19), os fatores reais do poder, que agem no seio de cada sociedade, são assim definidos: “são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.

Nesse sentido, as palavras de Hesse (1991, p. 21-22):

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas’.

Importa, ainda, ressaltarmos que, para Hesse (1991, p. 22), cabe à interpretação constitucional o papel fundamental de consolidação e preservação da força normativa da Constituição, devendo referida interpretação submeter-se ao princípio da ótima concretização da norma constitucional, não podendo o intérprete constitucional, contudo, deixar de considerar os fatos concretos da vida, ao realizar a sua atividade hermenêutica.

Isso explica por que, para Hesse (1991, p. 22-23), a interpretação adequada vem a ser “aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Nessa vertente também é o pensamento de Barroso (2008, p. 249), que reconhece que a eficácia das normas constitucionais submete-se à realidade dos fatos sociais, muito embora a Constituição também conforme o contexto social e político.

É o escólio de Barroso (2008, p. 249):

Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela à mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional.

Embasados na concepção de Constituição adotada por Konrad Hesse, posicionamo-nos ainda mais firmemente quanto à perfeita simetria que há entre as ações afirmativas e o princípio da igualdade previsto em nossa Carta Maior.

Temos, aliás, que a adoção de ações afirmativas, conquanto importem desigualar o tratamento ao acesso a bens, realiza em sua plenitude o princípio constitucional da igualdade, pois, “nivelando a via de acesso” ao gozo de bens tais

como o direito ao trabalho, à educação superior, a uma maior participação no cenário de disputa política, entre outros, coloca em condições de igualdade de acesso a tais bens aqueles que, pertencendo às classes sociais mais desfavorecidas, pouco ou raramente desfrutavam de tais prestações ofertadas pelo Estado e pela sociedade.

Ademais, o ato de desigualar para igualar, acrescido por vezes de um caráter compensatório, na busca da redução das desigualdades sociais e com vistas à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, traduz a *força ativa* de uma Constituição, que passa a moldar o contexto da sociedade, de acordo com os valores, princípios que nela se encontram.

Hesse (1991) denomina a circunstância acima descrita como realização de *vontade de Constituição*.

É dar efetividade à Constituição, ao estar-se construindo uma sociedade solidária (BRASIL, 1988 - art. 3º, inc. I), pela repartição, ainda que compulsória, de bens que, por vezes, se mostram escassos, como é o caso do acesso a cargos públicos e ao ensino superior, mas que, de toda sorte, num passado recente e de forma quase que exclusiva, somente se prestavam à fruição daqueles que pertenciam às classes mais favorecidas.

Propugnamos assim que a implementação das ações afirmativas pelo Estado brasileiro confere efetividade à Constituição, ao interpretar o princípio da igualdade no sentido de sua ótima concretização, conforme preconizado por Hesse.

Senão, vejamos: se o art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e que, por sua vez, estabelece o art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que entre os direitos sociais estão os direitos à educação e ao trabalho, isso quer dizer que todos aqueles que estiverem sob o manto da soberania do poder estatal brasileiro, sem qualquer discriminação, terão direito de ter acesso à educação e ao trabalho, nas formas submetidas à lei, inclusive e principalmente à norma constitucional.

Ressalte-se que a esse direito que cabe a todos, corresponde o dever do Estado em conjunto com a sociedade de prestar tais serviços.

Assim, se ao verificar-se que os bens que deverão ser prestados são exíguos em relação ao número de seus prováveis titulares, e que mais difícil ainda é o acesso a tais bens às camadas sociais mais frágeis, em razão do fosso social que é mantido por uma sociedade desigualitária, fazendo com que as oportunidades de gozo desses direitos estejam muito mais à mão daqueles que já se encontram no

alto da pirâmide social, em detrimento daqueles que se encontram nos estratos sociais mais baixos, veremos que as ações afirmativas têm o condão de igualar essas oportunidades àqueles que provêm de camadas sociais inferiores.

Posicionamos, dessa forma, no sentido de que ações afirmativas, ao encarnarem a realização do princípio da igualdade, tanto em seu aspecto formal quanto material²⁴, perfazem o princípio isonômico em sua forma excelente, conferindo à Constituição a necessária efetividade, atributo que lhe é imprescindível, sob pena de se tornar uma mera carta de intenções.

Nestes termos, também são as palavras de Barroso (2008, p. 249):

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas, tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política. As regras de direito, consigna Recaséns Fiches, “son *instrumentos prácticos*, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.

Isso posto, consideramos que as ações afirmativas correspondam à adoção de medidas públicas e ou privadas que perfazem a vontade da Constituição, amparando pretensão concreta do constituinte de 1987/1988, lastreada em valores e princípios maiores que acabaram por ser esculpidos em nossa Carta Maior, vinculando as ações de seus cidadãos e do próprio Estado, como perseguir a construção de uma sociedade mais justa, mais solidária e igualitária, extinguindo ou ao menos mitigando qualquer processo de exclusão social.

1.3 Democracia

É cediço que, atualmente, a democracia tem sido a forma de governo mais usual a figurar nas constituições da maioria dos países. Uma das razões para tanto, é o fato de a democracia trazer consigo a idéia de legitimidade do poder político exercido em determinada sociedade.

²⁴ As concepções formal e material do princípio da igualdade serão comentadas mais adiante, neste trabalho.

Em grande parte isso se deve à difundida concepção de Lincoln, para quem a democracia seria o governo do povo, para o povo, pelo povo.

Nesse sentido, se começa a desenhar um quadro de legitimidade quanto ao governo, pois se apercebe que o grande ator do ideal democrático, o povo, será tanto aquele que encarnará a titularidade do poder soberano que estabelecerá e regerá a ordem social, como aquele que igualmente será o súdito que deverá submeter-se ao poder soberano do Estado.

Essa é a razão pela qual Bonavides (2003b, p. 50) considera que na democracia “o povo é o sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres”.

Nessa mesma direção, convergem as palavras de Kelsen (2000, p. 35), para quem:

A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a esta ordem, isto é, pelo povo. Democracia supõe identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.

A idéia de democracia pode ainda ser tomada tanto no aspecto formal como substancial.

Sob o aspecto formal, no qual são pressupostos essenciais a temporariedade e a eletividade das altas funções legislativas e executivas, veremos que a democracia, na abalizada lição de Maluf (2003, p. 281), seria um “sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo”.

Já em sentido substancial, preleciona Maluf (2003, p. 281) que “sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente²⁵, uma ordem

²⁵ Charles Merriam (apud MALUF, 2003, p. 281), define esse *ambiente* enumerando vários postulados essenciais: 1º: a dignidade do homem e a importância de se lhe dispensar tratamento fraternal, não discriminativo; 2º) a perfectibilidade do homem e a confiança nas suas possibilidades latentes, em contraposição à doutrina de castas rígidas, classes e escravidão; 3º) as conquistas da civilização consideradas como conquistas das massas; 4º) a confiança no valor da aquiescência dos governados, cristalizada em formas institucionais, como o fundamento da ordem, da liberdade e da justiça; 5º) a legitimidade das decisões tomadas por processos racionais, com o consenso de todos e refletindo normalmente resultados de debates livres e tolerantes, em lugar da violência e da brutalidade.

constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

Ainda, segundo Maluf (2003, p. 282), antevê-se pelo conceito material de democracia que para que um Estado seja tido como democrático, não basta que a democracia seja legítima apenas em sua origem, mas também em seu exercício, quando então deverá ser compreendida como um ambiente, um clima em que se desenvolvem as atividades sociais, políticas e econômicas.

Dessa maneira, conforme Maluf (2003, p. 282), tem-se que a democracia está a servir ao Estado como meio para atingir seu fim, que em sua forma mediata seria a de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana, cumprindo aquilo que seria a grande vocação do Estado, qual seja, servir à pessoa humana.

Percebe-se, por conseguinte, que o realizar do ideal democrático deverá coincidir com a peculiar forma pela qual se organizou uma sociedade e em função da qual foi criado o Estado.

Portanto, no caso da atual sociedade política brasileira, viver a democracia é prestar-se à concretização dos objetivos que consensualmente foram eleitos pelo constituinte de 1987/1988 para figurar em nossa hodierna Constituição e que deverão orientar a atuação do Estado democrático brasileiro.

É com base nesse consenso, resultado de um processo dialético, que permite o embate racional de idéias antagônicas, em um ambiente de tolerância, de liberdade e de igualdade para manifestação das mais diversas opiniões, e que tenha regras próprias para tal desiderato, é que se legitimam as constituições e os Estados por elas instituídos.

Esse consenso alcançado mediante processo dialético, pressupõe não apenas a existência de opiniões divergentes, como também o existir de uma maioria e de uma minoria, num ambiente em que as tensões sociais são discutidas e resolvidas de forma racional, em manifestação de tolerância e de respeito ao “diferente”, ao “outro”, num ato de reconhecimento de a minoria também integrar o todo, ao ponto de admitir que sem aquela minoria, aquela comunidade já não seria mais a mesma, mas outra.

É de se reconhecer, assim, que a democracia é discussão, que se mostra salutar ao revigoração de uma sociedade, na reelaboração de seus ideais, na busca de realização de seus valores maiores.

Verificamos, dessa maneira, que uma das notas identificadoras de um regime democrático é o respeito aos direitos fundamentais, a ser conferido na mesma proporção à maioria e à minoria.

Não é por outro motivo que aduz Kelsen (2000, p. 182-183):

Uma vez que o princípio de liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria, pois a dominação pela maioria do povo distingue-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos.

E nesse sentido prossegue (p. 183):

A democracia moderna não pode estar desvinculada do liberalismo político. Seu princípio é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanas fundamentais. É através do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das majorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão.

A democracia, na teorização de Rothenburg (2005, p. 106-107), garante-se pela legitimidade da Constituição, pela observação a um núcleo de valores elementares consagrados no pacto constitucional, do qual se denota uma *concentração mínima de legitimidade*, pois esse núcleo comum, constituído pelos direitos fundamentais, é cabível às minorias e às majorias.

Por conseguinte, ressalta Villalón (apud ROTHENBURG, 2005, p. 107) que “a defesa que se faça dos direitos constitucionais fundamentais, ainda quando defesa de minorias, será dotada de uma especial legitimidade democrática, conquanto não forçosamente (e contingencialmente) majoritária”.

Fundados nessa racionalidade, entendemos que as ações afirmativas constituem-se de instrumentos democráticos, ao possibilitarem uma igualdade de oportunidade para aqueles que se acham em planos fáticos desiguais e desfavoráveis para o gozo de direitos fundamentais, pelas majorias e minorias, em virtude de assim ter deliberado a comunidade de forma participativa e consentida, ao

firmar seu pacto social de natureza compromissória para toda forma de atuação naquela sociedade.

Ademais, reputamos que as ações afirmativas constituem uma das formas pelas quais se manifestam por excelência as democracias que são nominadas providencialistas ou sociais, como é o caso da democracia brasileira.

E de outra forma não poderia ser, visto que o ambiente democrático correlaciona-se indubitavelmente com a espécie de Estado instituído pelo pacto social, que, no caso brasileiro, é o ambiente próprio de um Estado social, conforme exposto neste trabalho, item 1.1.3: a passagem do Estado Liberal ao Estado Social.

Sobre esse aspecto encontram-se as palavras de Ferreira Filho (2002, p. 101), para quem a concepção providencialista ou social da democracia – situada entre a democracia liberal e a democracia marxista –, é a que hoje vivifica a democracia representativa, em geral, e a brasileira, em particular.

E prossegue Ferreira Filho (2002, p. 101) em sua lição:

Nela predomina o valor liberdade, pois insiste em salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização de oportunidades, decorrente de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão de personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio sócio-econômico (sic). Daí a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

Ao dissertar sobre a democracia vinculada ao liberalismo clássico à democracia concebida no Estado Social, quanto aos princípios valorativos a servirem de vetor em cada um desses modelos de democracia, Bonavides (2003b, p. 159-160) enfatiza:

Ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetra o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade. Tais acréscimos, conjugadamente, preenchem as lacunas dos dois conceitos e colocam a liberdade e a igualdade no patamar da concretude constitucional propriamente dita [...]

Nessa condição é a democracia do Estado social, por conseguinte, o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade; ordem cujos contornos se definem já com desejada nitidez e objetividade, marcando qualitativamente um passo avante na configuração dos direitos humanos.

Sob o fundamento de tais argumentos, debruçamo-nos sobre o entendimento de que as ações afirmativas encontram respaldo no princípio constitucional da igualdade, prestando-se a efetivá-lo, ao concebê-lo em seu duplo aspecto, formal e material, além do que solidificam o ambiente democrático próprio de um Estado Social, pois nas palavras de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1997, p. 8) “a maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade existente entre eles.”

Não é por outra razão que Pontes de Miranda (2002, p. 283) expõe que “a democracia, para prosseguir e avançar, somente precisa de dois sustentáculos: liberdade, maior igualdade”.

Cremos, portanto, que as ações afirmativas se prestam a efetivar a democracia, igualando, ainda que forçosamente as oportunidades de gozo de bens e direitos existentes na sociedade, criando condições para que as pessoas possam reconhecer como concidadãos com direitos idênticos aos que possuem, aqueles que integram grupos sociais minoritários.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 Os Caminhos da Igualdade

A partir dos movimentos da independência norte-americana e da Revolução Francesa, ambos acontecidos durante o século XVIII, a democracia tem-se firmado como a grande forma de governo na qual o exercício do poder político encontraria a fonte eterna de sua legitimação, ainda que, por vezes, sob o rótulo de “democracia”, se encontrem Estados totalitários, como o caso de Hitler que denominava o sistema nazista como uma “democracia autoritária”, e de Mussolini que dizia ser o fascismo uma “democracia proletária”, como bem nos recorda Maluf (2003, p. 282-283).

Nesse contexto, valores que já eram conhecidos do homem desde os tempos mais antigos, como a liberdade e a igualdade, e que acabaram por se tornar fundantes da democracia, passaram a ser discutidos e invocados para efeito de legitimação da ordem social instituída, com primazia à liberdade, em decorrência das razões que veremos mais adiante.

De fato, na Grécia clássica, Platão concebeu o que ora se denomina como conceito “absoluto” de igualdade, pois, em *A República*, preconiza um Estado no qual não haveria pobreza nem riqueza, cujo objetivo seria o de conceder maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado.

Por seu turno, Aristóteles concebia uma igualdade não absoluta, mas proporcional, vinculada a uma idéia de justiça.

Aristóteles igualmente entendia que a distribuição de bens dentro de uma sociedade se daria de acordo com a forma de governo que vigorasse nessa sociedade, e que uma indevida distribuição de bens seria fonte de desavenças sociais.

Tais concepções são bem expostas por Aristóteles (2005, p. 108-109) em sua clássica obra *Ética a Nicômaco*, quando aduz que:

Se, então, o injusto é iníquo, o justo é eqüitativo, aliás, concordam todos. E como o igual é o ponto intermediário, o justo será o meio-termo.
[...]

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes desiguais).

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

Em que pese o fato de Aristóteles ter se detido de forma mais abrangente sobre o estudo acerca do valor da igualdade, verificamos que, na Antiguidade Clássica, seja na Grécia seja em Roma Antiga, não se chegou a praticar efetivamente a igualdade, pois tanto gregos quanto romanos admitiam a sociedade em castas e toleravam a escravidão, considerando-a inclusive como inerente às desigualdades existentes entre os homens.

Comparato (2006, p. 559) observa que em Atenas, no período áureo da democracia, situado entre 501 a 338 a.C.:

[...] o número de cidadãos, isto é, de pessoas consideradas livres e iguais em direitos, não ultrapassava 15% da população total. Os restantes eram privados de alguns ou de todos os direitos, por serem considerados seres inferiores: eram as mulheres, os metecos (isto é, estrangeiros) e os escravos.

Dessa maneira, na Antiguidade, quanto às grandes civilizações ocidentais, a idéia de igualdade somente dizia respeito à parcela livre da população. Ressalva seja feita com o advento do Cristianismo.

De fato, a partir do Cristianismo, estabelecem-se as duas idéias fundamentais da democracia – a liberdade e a igualdade. Haja vista que na lição do apóstolo São Paulo, tem-se que todos os homens possuem uma igualdade de natureza, sendo todos iguais ante Deus, o pai comum a todos (FARIA, 1973, p. 7).

No decorrer da Idade Média, o princípio da igualdade encontra-se bastante difundido entre os doutores da Igreja, mas não se espalha por toda a sociedade, justamente pelo fato do Estado medieval ser caracterizado pelas várias categorias e desigualdades sociais.

É durante a época do Renascimento, que ocorre o grande salto progressista do princípio da igualdade, quando obras como *Utopia* (1516), de Thomas More, e *A Cidade do Sol* (1620), de Campanella, fazem ecoar concepções igualitárias.

Rousseau (2005, p. 127), em sua magistral obra *Do Contrato Social*, expõe que a liberdade e a igualdade são o maior de todos os bens, e que devem ser a finalidade e os objetivos principais de todos os sistemas de legislação.

Em sua obra *A origem da desigualdade entre os homens* (2006, p. 59-70), Rousseau discorre sobre a existência de duas espécies de desigualdades: uma de ordem física (pertinente à inteligência, à saúde etc.), de ordem natural, portanto, e outra de ordem política ou moral, imposta pela sociedade e que somente agravaria a intensidade da primeira forma de diferença, qual seja, a de ordem natural, que, por si só, seria de pouca intensidade.

Conforme explica Faria (1973, p. 13), não por outra razão que Rousseau concluía pela importância da igualdade moral ou política por meio da qual seriam impedidos os abusos no tratamento entre os homens e dar-se-ia a compensação das desigualdades provenientes da natureza.

Nessa época, com o constitucionalismo, movimento que substituiu o absolutismo do Rei por regras estabelecidas em Constituições, como destaca Atchabahian (2004, p. 27), o entendimento e a aplicabilidade do princípio da igualdade ganham grande impulso.

Ressalta-se, ainda, que as aspirações igualitárias defendidas por Rousseau e pelos demais teóricos da Revolução Francesa eram de cunho negativo, pois voltavam-se, inicialmente, contra os privilégios mantidos pelo Primeiro e Segundo Estados, ou seja, pelo clero e pela nobreza, portanto, em detrimento do Terceiro Estado, que seria composto pelo povo em geral.

Por seu turno, as antigas colônias britânicas da América do Norte embasaram-se nos princípios da liberdade e da igualdade defendidos pelo próprio liberalismo inglês, para justificar a guerra que empreenderiam por sua independência.

A “Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 16 de junho de 1776, antecedente a “Declaração de Independência dos Estados Unidos da América”, de 04 de julho de 1776, dispõe, em seu inciso I, que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”, enquanto que o inciso IV determina que “nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados”.

Já a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, aprovada pela Assembléia Nacional da França, em 26 de agosto de 1789, firma a igualdade em mais de um artigo de seu decálogo, sob a concepção de uma igualdade formal, que assegurava a todos idêntico tratamento perante a lei e que, por seu turno, rechaçava por completo a concessão de privilégios descabidos.

A título de corroborar o acima exposto, destacamos o artigo 1º, que dispunha que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum”, enquanto que o artigo 6º, assim determinava:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, para a formação da lei. Ela deve ser a mesma para todos, quando protege e quando pune. Sendo todos os cidadãos iguais a seus olhos, eles são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo sua capacidade e sem outra distinção além de suas virtudes e seus talentos. (DECLARAÇÃO..., 1789).

Nessa fase das Declarações que foram editadas sob as luzes das doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, com grande empenho das classes burguesas, verifica-se que o valor preponderante é a liberdade.

Nessa época, a concepção da igualdade perante a lei e nos direitos, característica própria dos Estados liberais, trata-se de verdadeira reação contra os Estados absolutos, pois, ao ter como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei, veda tanto a criação de leis discriminatórias como também desautoriza a autoridade pública, ao aplicar a lei e demais atos normativos, que assim o faça mediante o estabelecimento ilegítimo de qualquer diferenciação por motivo de raça, sexo, religião, etc.

Constata-se, portanto, em referido período, a criação de uma verdadeira área de autonomia do indivíduo em face do Estado, um ambiente no qual a pessoa age livremente, imune a qualquer intervenção estatal, uma vez que a atuação do Estado passa a ser condicionada aos exatos limites estabelecidos pelo legislador e abalizada ainda pelo princípio da igualdade.

Por consequência, não cabia ao princípio da igualdade, concebido pelos ideais burgueses de então, o papel de servir como instrumento de igualização de oportunidades à fruição de bens prestados pelo Estado e por toda a sociedade.

A evolução quanto a um entendimento mais amplo sobre o princípio da igualdade, se dará ao longo da história, em virtude da somatória de fatos que se verificaram durante os séculos XIX e XX.

De fato, as promessas não cumpridas pela teoria política liberal, no que diz respeito a serem concretizados os ideais de liberdade e igualdade para todos os indivíduos da sociedade, pelo expurgo do Estado absoluto, as consequências negativas da Revolução Industrial, tais como a exploração da grande massa trabalhadora pela burguesia, o aparecimento das doutrinas socialistas e a constatação das atrocidades cometidas contra o gênero humano nas duas Grandes Guerras Mundiais, em especial na 2ª Grande Guerra, contra judeus, ciganos, homossexuais, pessoas portadoras de necessidades especiais, entre outros integrantes de grupos minoritários, levou à ampliação da compreensão sobre o princípio da igualdade.

Nesse sentido, entre os documentos de relevo, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Vejamos, a título de exemplificação, alguns de seus artigos:

Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

[...]

Artigo II: Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

[...]

Artigo VIII: Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[...]

Artigo XXV: 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (DECLARAÇÃO..., 1948).

Vê-se, assim, que a concepção do princípio da igualdade foi se alterando ao longo do tempo, em razão da necessidade de se adequar às novas relações e realidades sociais impostas pela evolução humana, e também para que as benesses

obtidas pela democracia burguesa liberal não fossem totalmente subtraídas pelas doutrinas socialistas.

2.2 Evolução do Princípio da Igualdade: da Igualdade Formal à Igualdade Material

Ao tratarmos do princípio da igualdade na Constituição Federal brasileira de 1988, importa sabermos a maneira pela qual concebemos este princípio, para que, ante tal entendimento, possamos constatar, ou não, o fato das ações afirmativas encontrarem respaldo constitucional no dito princípio isonômico.

É de se ressaltar, a título de alerta, que a questão que ora se coloca, na realidade, não se limita à idéia de aceitarmos, ou negarmos, que a compreensão do princípio da igualdade constante em nossa Carta Magna tenha evoluído de uma igualdade formal para uma igualdade material.

Mais do que isso, pensamos que o aceite da evolução do princípio da igualdade, em nossa Constituição, tanto sob o aspecto formal como material, importa, entre outros significados, não apenas a máxima concretização da vontade da Constituição e a realização de sua força ativa, como também uma concepção mais apropriada sobre o Estado que por ela foi instituído, assim como a particular forma pela qual determinada sociedade pretende estabelecer suas relações sociais.

Não por outra razão que Silva (2003, p. 48) adverte que:

Com efeito, condicionando ao que se entende por igualdade jurídica, como norma constitucional, o princípio da isonomia (ou igualdade) revelará contornos distintos, que diretamente repercutirão na vida de todos os membros que integram a sociedade, tornando-a mais ou menos marcada por diferenças.

Nesse sentido, também é o alerta de Silva (2005, p. 211) para quem:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Senão, vejamos.

A igualdade formal, datada da Revolução Francesa, concebida para abolir a sociedade estamental então existente, consiste, nas palavras de Bastos (1988-1989, p. 7), no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

É a igualdade formal a igualdade perante a lei, ante a qual somos todos iguais sem distinção.

É a igualdade que se concebe no Estado Liberal, que, por seu turno, se particulariza por seu cunho individualista.

De fato, conforme expomos anteriormente, no Estado Liberal, por contrapor-se ao Estado Absoluto e ao gozo de privilégios absurdos que nele se verificava, por apenas pequena parte da sociedade, prima-se pela garantia dos direitos individuais (direitos políticos, públicos e de liberdade), olvidando-se, nessa fase, dos direitos sociais.

Há, assim, no Estado Liberal, um exacerbamento da liberdade individual, provendo o próprio Estado os indivíduos dos instrumentos necessários à defesa e conservação do direito de liberdade, direito esse reputado como inerente de sua própria condição de ser humano.

Nesse passo, a igualdade jurídica, consubstanciada na expressão da igualdade perante a lei, como bem expõe Ferreira Filho (2004, p. 27-30), atua em três aspectos: a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações.

A igualdade de todos perante o Direito importa na uniformização do ordenamento jurídico para todos os homens, proibindo-se a criação de distinções ou de privilégios, em razão de nascimento, raça, credo religioso ou de convicções políticas.

Em poucas palavras, o fato de que *todos são iguais perante a lei*, traduz-se na circunstância de ser o Direito um só para todos os homens, vedando-se as discriminações e os privilégios.

Por seu turno, consiste o segundo aspecto na uniformidade de tratamento, pelo qual torna-se imperativo que as leis tratem igualmente os casos iguais, exigindo-se que a mesma norma seja aplicada a todos os casos que se ajustem à

sua hipótese, sem qualquer distinção quanto às pessoas que a norma atingirá, motivo pelo qual essa uniformidade é, em regra, atendida pela generalidade da lei.

O terceiro aspecto fundamental do princípio da igualdade perante a lei, traduz-se na proibição das discriminações. Ou seja, a lei não somente poderá como também deverá realizar as diferenciações necessárias entre os homens, tratando os desiguais de forma desigual, até mesmo por uma questão de exigência de justiça social. A lei somente não poderá discriminar, a pretexto de diferenças, para o fim de favorecer as desigualdades.

Verifica-se, portanto, que a diferenciação não fere o princípio da igualdade, em virtude de ser racionalmente justificada, à vista da finalidade perseguida²⁶.

Vale dizer, a diferenciação constitui meio para que a igualdade seja alcançada, enquanto que a discriminação enseja arbitrariedade não desejada e tampouco amparada pelo Direito.

O conceito estritamente jurídico e formal do princípio da igualdade, próprio do Estado Liberal, mostrou-se não apenas falho, por possibilitar que apenas alguns poucos amealhassem riqueza, enquanto que, por conta de uma má distribuição de renda e oportunidades, as desigualdades sociais se agravavam, como também se mostrou insuficiente para resolver problemas como a pobreza e o desemprego que assolaram o mundo ocidental, principalmente após a 1ª Grande Guerra, com o processo crescente de industrialização e a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929.

Todo esse cenário, acrescido ao receio representado pelo socialismo extremado levou, como dissemos anteriormente, tanto à passagem do Estado Liberal para o Estado Social como também a um alargamento sobre a concepção do princípio isonômico, passando a ser igualmente entendido sob o aspecto material.

Deveras, consoante exposto por Sarlet (2004, p. 55-56), já no decorrer do século XIX, sob a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, fizeram com que doutrinas

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (2004, p. 41), ao dissertar sobre a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição –, aduz que para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

socialistas e movimentos reivindicatórios de direitos, reclamassem do Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Mediante tal contexto, principalmente nas Constituições do segundo pós-guerra e em vários pactos internacionais, acabam por ser consagrados os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão, que na expressão de Bonavides (2003a, p. 564), seriam direitos que nasceram “abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Nesse sentido são também as palavras de Melo (1998, p. 80) que preleciona que a partir do Estado Social o princípio da igualdade passa a ter um novo contorno, incorporando a igualdade material e seguindo no rumo da chamada discriminação positiva²⁷.

Dessa maneira, evolui-se da igualdade formal para a igualdade material, pela necessidade de se assegurar, prioritariamente a grupos e indivíduos mais desfavorecidos, a fruição de direitos da segunda dimensão.

Por demandarem os direitos sociais uma igualização das diferenças efetivas verificadas entre os indivíduos, para a qual não basta a igualdade concebida para o gozo de direitos de primeira dimensão é que Bobbio (2004, p. 86) recorda-nos que:

Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo.

De idêntica forma, assinala Moura (2005, p. 45) que:

[...] não há como falar em princípio da igualdade sem considerar as desigualdades sociais e econômicas confrontadas pelos direitos sociais, razão por não ser possível a interpretação de tal princípio apenas sob o aspecto formal, qual seja, igualdade perante a lei.

Nessa vertente de pensamento, encontramos a reflexão de Canotilho (1999), para quem o princípio da igualdade se consagra não no sentido formal, mas sim no

²⁷ A discriminação positiva, modalidade de discriminação, será objeto de estudo, mais adiante, neste trabalho.

sentido material, pressupondo diferenciações, as quais deram origem aos direitos sociais, todos fundados na igualdade.

Vê-se, portanto, que se torna imperioso o entendimento do princípio da igualdade sob duplo aspecto, formal e material, para que a todos os homens sejam conferidas reais e iguais oportunidades de acesso e fruição de direitos assegurados na Carta Constitucional, em especial os direitos sociais.

2.3 A Igualdade como Critério de Justiça

Há muito tempo a palavra igualdade é estudada e considerada como sinônimo de justiça.

Essa similitude é constatada por Bobbio (1997, p. 14) que ressalta que, na maioria das acepções, mal se distinguem o valor da igualdade do conceito e do valor da justiça, tanto que a expressão *liberdade e justiça* é freqüentemente utilizada como sinônimo da expressão *liberdade e igualdade*.

Aristóteles (2005, p. 105), concebendo a justiça como a virtude completa, pois somente a justiça, entre todas as virtudes, é o “bem de um outro”, já que ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade, acaba por atribuir dois significados diversos ao termo justiça.

Ao primeiro significado, Aristóteles identifica *justiça* com legalidade²⁸, motivo pelo qual seria considerada como justa toda ação que se conformasse ao conteúdo da lei, não importando se essa lei fosse positiva ou natural.

Quanto ao segundo significado, Aristóteles identifica *justiça* com *igualdade*, razão pela qual seria justa uma ação, um homem, uma lei, desde que fosse instituída uma relação de igualdade.

²⁸ Nesta perspectiva, a legislação é mesmo o instrumento de que se utiliza a cidade racionalmente organizada para a habituação de seus membros na realização da justiça, virtude social por excelência. Sob o governo das boas leis, a *polis*, incute, por meio do hábito na observância dos preceitos de caráter genérico e abstrato, uniformemente, a vontade da virtude em seus cidadãos, uma vez que Aristóteles parte do pressuposto de que todas as leis são boas enquanto verdadeiras leis representativas dos ideais da cidade (BITTAR, 1999, p. 67).

Percebe-se, portanto, que o ponto de similitude entre os dois significados de justiça vem a ser a idéia de ordem, de harmonia entre as partes.

Essa é a razão pela qual Bobbio (1997, p. 12-15), após dissertar no sentido de que tanto o respeito à legalidade quanto a instauração de uma certa igualdade entre as partes são as duas condições necessárias à realização da justiça, à instituição e à conservação da harmonia do todo, acaba por aduzir que a igualdade, mesmo consistindo-se apenas em um tipo de relação formal, que poderá ser preenchida pelos mais variados conteúdos, é uma meta desejável, na medida em que é considerada justa, por instituir ou restituir um ideal de harmonia das partes de um todo.

Nota-se, portanto, que a igualdade é elemento necessário para que tenhamos justiça, no caso, justiça que se verifique no âmbito das relações sociais.

É necessário ressaltarmos, nesse momento, alinhados ao pensamento de Pinho (2005, p. 86), que justiça e igualdade são valores que se imbricam e interagem, mas que exercem funções distintas, pois a justiça seria um fim a ser perseguido, enquanto a igualdade é um bem desejável e necessário à obtenção da justiça.

Aplicada ao campo das relações sociais, temos, segundo Aristóteles, a divisão da justiça em contratual, aplicável às relações comerciais, e proporcional ou distributiva, incidente nas relações de direito público (COMPARATO, 2006, p. 569), ou que, segundo Bobbio (1997, p. 16), teria lugar nas relações entre o todo e as partes, ou vice-versa.

Essas espécies de justiça acabam por englobar as duas formas de relações que se verificaram tanto na esfera da convivência privada quanto da pública.

Sem desprezarmos a importância que tem a justiça contratual, interessa-nos particularmente, nesta parte de nosso estudo, a idéia de justiça distributiva.

De fato, se estamos a defender que as ações afirmativas encontram respaldo no princípio constitucional da igualdade, como fomento à redução das desigualdades sociais, na busca de uma sociedade mais justa, torna-se necessário que saibamos qual concepção de igualdade iremos adotar, para que tenhamos os critérios de justiça que deverão vigorar em nossas relações sociais.

A justiça distributiva verificar-se-á no momento em que forem atribuídos aos membros da comunidade os direitos e os deveres que compartilham naquela sociedade.

É, portanto, no atribuir a cada um o que é seu, conforme constante no pacto social estabelecido por uma sociedade, que se verifica a ocorrência da justiça distributiva.

Tem-se assim que a justiça distributiva sempre consistirá numa mediania que se estabelecerá entre quatro termos de uma relação, a saber: dois sujeitos que se comparam, e dois objetos que deverão ser atribuídos a tais sujeitos.

Nessa hipótese, a distribuição somente será justa se conferir a cada sujeito o objeto que lhe é devido, dentro de uma razão de proporcionalidade participativa, pela sociedade, evitando-se qualquer um dos extremos que representem o excesso ou a falta (BITTAR, 2006, p. 99).

Assim, atendendo a justiça distributiva a um caráter de igualdade proporcional, por meio da qual a distribuição deverá ocorrer, nas próprias palavras de Aristóteles (2005, p. 109), “de acordo com o mérito de cada um”, tem-se que somente ocorrerá a injustiça, se entre os sujeitos e objetos analisados, ocorrer uma distribuição de encargos e de benesses de forma desigual entre pessoas iguais, ou de forma igualitária entre pessoas desiguais.

Por assim dizer, a distribuição de bens e de deveres que se realiza sob a ótica de uma igualdade proporcional, levando em consideração o mérito de cada sujeito ao qual será atribuído o ônus ou a benesse, é uma distribuição que pretende ser justa, que visa instituir ou restituir uma estrutura social harmônica, duradoura.

Nessa vertente, destaca-se o pensamento de Bittar (1999, p. 88), para quem:

A igualdade na distribuição visa à manutenção de um equilíbrio, pois aos iguais é devida a mesma quantidade de benefícios ou encargos, assim como aos desiguais são devidas partes diferentes na medida em que são desiguais e em que se desigualam.

Certo de que “na ação injusta, ter muito pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente” (ARISTÓTELES, 2005, p. 115), haja vista que uma desigual e injusta distribuição de bens aprofunda as desigualdades sociais, desgasta as relações sociais, colocando em xeque as estruturas sociais, é que John Rawls desenvolve em sua obra *Teoria da Justiça*, tese que objetiva conciliar direitos iguais em uma sociedade não igualitária.

Ao pretender uma solução que vise harmonizar as pretensões dos indivíduos mais talentosos com as expectativas dos menos favorecidos em ascender na sociedade, é que Rawls (2002) procura conciliar o mérito de cada um com a idéia de igualdade.

Concebendo a sociedade como um empreendimento cooperativo, com vistas às vantagens mútuas, as quais, por seu turno, tornam-se objeto de conflito de interesses, já que as pessoas não são indiferentes quanto à forma que as vantagens serão distribuídas, Rawls (2002, p. 5) defende que uma sociedade bem-ordenada não é aquela apenas voltada à promoção do bem de seus membros, mas também aquela que é regulada por uma concepção pública de justiça.

Não por outra razão que Rawls (2002, p. 8), após expor que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, aduz que: “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”.

Após considerar que as estruturas sociais contêm vários estratos que influenciam diretamente na expectativa de vida, de realização social que cada um tem, observa o filósofo norte-americano que as instituições da sociedade, desde o nascimento de cada ser humano, favorecem certos pontos de partida, mais uns do que outros.

Dessa maneira, a possibilidade de vida de cada integrante da comunidade estará a ser favorecida ou não, caso o indivíduo venha a pertencer a uma ou outra camada social.

É acerca dessa desigualdade, na qual não se verifica nenhum mérito por parte daquele que usufrui de um ponto de partida mais privilegiado, em razão de pertencer às classes sociais mais privilegiadas, que Rawls se opõe, propondo, como fundamento de uma sociedade justa, a igualdade de oportunidade para todos em condições de plena equidade.

Nesse sentido, o pensamento reproduzido de Rawls (2002, p.109):

A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que as pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base de referência para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas ou

privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não é necessário que os homens se resignem a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável acima do controle humano, mas um padrão de ação humana.

Para que não se verifiquem tais injustiças, que aumentam os fossos das desigualdades sociais, geram descrédito nas instituições mantidas pela sociedade, Rawls idealiza a teoria da justiça como equidade.

Por meio dessa teoria Rawls propõe que todos os homens, em uma posição original e de igualdade, quanto aos direitos de escolha dos princípios de justiça que deverão vigorar em uma sociedade, e sob o véu de ignorância, que não lhes permite ter o conhecimento prévio da classe social que ocupam, para que não se orientem pelos seus preconceitos, viriam a escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, em consonância com os princípios de justiça acordados.

Dessa maneira, de forma igualitária, estariam todos os homens a firmarem os princípios de justiça que determinariam a distribuição de direitos e deveres na sociedade, pois, por certo, envoltos pelo véu de ignorância, estariam os homens a escolher os princípios de justiça de maneira que não apenas beneficiassem o outro, como também não lhes prejudicassem quanto à referida distribuição de bens e deveres.

Por conseguinte, os bens sociais primários, concebidos por Rawls (2002, p. 97-98) como direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza, que podem possibilitar a qualquer homem uma probabilidade maior de sucesso na realização de seus objetivos, acabariam por ser distribuídos de forma mais justa e equânime, entre as diversas classes sociais.

Sob tais fundamentos, até agora expostos, defendemos que as ações afirmativas, ao nivelarem as oportunidades de acesso à fruição de direitos, constituem-se em uma particular forma de ser de distribuição justa de benesses pelas estruturas sociais, colocando em pé de igualdade, agora de forma concreta, fática, todos aqueles que a sua Carta Magna já considera iguais perante a lei (BRASIL, 1988 - art. 5º).

Temos, assim, que, por meio das ações afirmativas, não somente se verifica igual oportunidade de fruição dos bens sociais primários preconizados por Rawls, que há de lhes garantir as condições básicas para uma vida humana digna, como também os homens de uma sociedade são elevados, por princípios de justiça que deverão orientar as políticas públicas, à condição de cidadãos iguais entre si.

Dessa maneira, para nós, são as ações afirmativas uma das faces do princípio da igualdade, em sua concepção substancial, orientadas que são pelo princípio da justiça, que deverá vigorar em nossa sociedade, pois, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram eleitos como objetivos fundamentais de nossa República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988 - art. 3º, incisos I e IV).

Observa-se, portanto, que a adoção das ações afirmativas se traduz na concepção do princípio da igualdade sob ambos os vértices – formal e material – que abarcam o homem no coletivo e em sua individualidade, com vistas à construção de uma sociedade alicerçada em critérios de justiça, na qual os direitos e os deveres são distribuídos de igual forma entre todos os seus integrantes, sem qualquer discriminação.

Nessa linha de raciocínio, a constatação de Arendt (2006, p. 335), para quem:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força de nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.

Assim, preconizamos que a adoção das ações afirmativas por políticas públicas ocorre sob o influxo de princípios de justiça, com vistas à construção de uma igualdade de oportunidades que se pretende ter em nossa sociedade política, de maneira a corrigir as desigualdades sociais que se verificam por conta de fatores naturais e que acabam por ser agravadas pelas estruturas da sociedade.

2.4 A Igualdade como Princípio Constitucional na Carta Magna de 1988

Neste item de nosso trabalho, ainda que brevemente, trataremos especificamente acerca da igualdade, enquanto princípio vigente no atual texto constitucional brasileiro.

Torna-se, portanto, indispensável a compreensão sobre o que seja princípio constitucional, sua finalidade e suas funções.

Segundo Barroso (2008, p. 325-326), a partir da segunda metade do século XX, quando o estágio do processo civilizatório já não comportava mais uma aproximação quase absoluta entre o Direito e a norma e uma rígida separação da ética, surge o pós-positivismo, que mesmo guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, reintroduz nele as idéias de justiça e legitimidade, sem que isso implique em uma retomada pura e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Por conseguinte, o constitucionalismo moderno promove uma reaproximação entre ética e Direito, pela volta aos valores que, compartilhados por toda a comunidade, materializam-se em princípios, que passam a encontrar guarida na Constituição, explícita ou implicitamente²⁹.

Embora reconheça que os valores pertençam ao âmbito axiológico, cujo conceito fundamental é o bem, e os princípios estejam inseridos no âmbito do deontológico, cujo conceito fundamental é o do dever-ser, destaca Rothenburg (2003, p. 17) a semelhança entre a teoria dos valores e a dos princípios.

Nesse diapasão, se amolda o pensamento de Carmén Lúcia Antunes Rocha (1994, 23), para quem:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais

²⁹ Rothenburg (2003, p. 54-55), expõe que os princípios podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora não limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas que, tanto numa formulação como na outra, exercem idêntica importância sistemática e axiológica. Sarmento (2002, p. 52-54) defende, por sua vez, em síntese, que a Constituição, por representar um sistema aberto, onde são refletidos os valores fundamentais compartilhados por certa comunidade, ao lado das decisões políticas vitais da Nação, autoriza o intérprete, a partir do sistema e dos valores agasalhados na Lei Maior, a inferir normas implícitas, que não perdem a estatura constitucional por não se encontrarem enunciadas na Constituição. Destaca, ainda, Sarmento, que esse é um trabalho de descoberta de princípios e não de “invenção”, motivo pelo qual é comum que tal tipo de trabalho seja realizado pela jurisprudência, que não somente descobre o princípio, como acaba por lhe dar o necessário “polimento”. Após destacar como exemplos de princípios constitucionais implícitos o princípio da proporcionalidade, da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme a Constituição, da motivação de atos administrativos, aduz que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos, motivo pelo qual poderemos ter, na verificação do caso concreto, a concorrência de princípios explícitos e implícitos.

coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social³⁰.

Nesse passo de nosso trabalho, cumpre ressaltarmos que tanto princípios como regras são espécies do gênero normas, já que, tanto um quanto o outro, podem dizer o que deve ser, ou seja, ambos são razões para juízos concretos de dever ser.

Objetivando demarcar as várias diferenças que se verificam entre princípios e regras³¹, expõe Rothenburg (2003, p. 16) que os princípios distinguem-se das regras também por sua natureza qualitativa dos demais preceitos jurídicos, por constituírem-se em *expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente as demais normas*.

Inclusive, entre os vários critérios que distinguem princípios de regras, há, em relação aos princípios, o grau de determinabilidade, a concepção de *proximidade da idéia de direito* e a natureza normogenética dos princípios, conforme leciona Canotilho (1999, p. 1086-1087):

c) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação direta.

d) <<*proximidade*>> da *idéia de direito*: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamentos de regra, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundante.

³⁰ Carmén Lúcia Antunes Rocha (1994, 28), divergindo da opinião de doutrinadores que compreendem ser os princípios constitucionais não outros que os princípios gerais de Direito, agora formulados em normas constitucionais, entende “que os princípios constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito”. Rothenburg (2003, p. 85), acrescenta, ainda, que à afirmação simplista que os “os princípios constitucionais outros não são que ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito”, aduz que os princípios constitucionais representam a positivação de muitos princípios gerais de Direito, considerando-se, para tanto, uma posição normativista, não desconsiderando, contudo, que sob as fontes do Direito, há uma distinção entre os princípios gerais do Direito (que, exceto para uma concepção normativista, situam-se além do ordenamento jurídico) e os princípios constitucionais (que integram o ordenamento jurídico).

³¹ Para maiores esclarecimentos sobre os vários critérios que distinguem regras e princípios, sugerimos a leitura de Rothenburg (2005), Canotilho (1999).

Além de condensarem os valores básicos de uma sociedade, seus fins, os princípios constitucionais prestam-se a outras finalidades, como a de orientar o intérprete na busca de soluções jurídicas adequáveis aos casos concretos.

Aliás, é de tal importância essa função interpretativa dos princípios constitucionais que, no sentido de objetivar uma correta interpretação da Constituição, Streck e Moraes (2004, p. 252) ressaltam que:

Alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um *princípio imanente da Constituição*, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.

Em sua atividade interpretativa, deverá o intérprete pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, partindo do mais genérico para o mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que regerá o caso concreto.

Aduz, ainda, Barroso (2008, p. 327-329) que, em razão dos princípios conterem uma maior carga valorativa, poderá ocorrer a colisão de princípios, em uma ordem pluralista, em que existam diversos princípios abrigoando decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos.

Essa colisão de princípios, que faz parte do sistema constitucional, em virtude de seu caráter dialético, deverá ser resolvida mediante a *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses*, que consiste na técnica pela qual:

[...] se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (BARROSO, 2008, p. 330).

Havemos de ressaltar, contudo, que, nem sempre o emprego de dois ou mais princípios, à resolução de determinado caso concreto, corresponderá a uma colisão de princípios.

Isso porque os princípios constitucionais têm também, como uma de suas finalidades precípuas, a harmonização de todo o sistema constitucional. Mesmo quando da colisão de princípios, verificamos que, por meio da ponderação de

valores ou de interesses, harmoniza-se o sistema constitucional, sem que um princípio venha a invalidar o outro por completo.

Quanto ao princípio da igualdade, em específico, sua importância já se encontra manifesta, conforme observado por Rocha (1996, p. 94), desde a alteração de sua topografia na atual Carta Magna, se comparada ao tratamento constitucional tradicional.

De fato, a Constituição da República brasileira de 1988, inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais, com a referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, enquanto que, no passado, inseria-o entre os incisos e ou parágrafos do artigo, que cuidava dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados³².

É reconhecendo a sua grande importância que o constituinte de 1987/1988 inseriu no preâmbulo da atual Constituição, a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, em que se propõe erigir a sociedade brasileira (SILVA, 2006, p. 73).

Conquanto se possa argumentar que o preâmbulo de uma Constituição não tenha caráter normativo, haja vista não integrar o texto constitucional propriamente dito, o mesmo possui grande valor jurídico, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem³³ (MORAES, 2004, p. 51).

Verificamos, assim, que os princípios constitucionais, são aqueles valores que foram eleitos por uma comunidade, quando da celebração do pacto social, motivo pelo qual foram albergados na Constituição, com vistas à realização de um ideal de justiça, à instituição e manutenção de uma ordem social justa.

Em outras palavras, cremos, respaldados na lição de Canotilho (1999, p. 241), que o princípio da igualdade deva ser entendido como princípio de justiça social, a refletir sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando os atos públicos e privados.

³² A título de exemplo destacamos o art. 153, parágrafo 1º, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que versa sobre os direitos e garantias individuais e dispõe: “Art. 153 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

³³ Moraes (2004, p. 51), a título de ressaltar a ausência de força normativa do Preâmbulo Constitucional, remete-nos: STF – Pleno – Adin nº 2.076/AC – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 15-8-2002. *Informativo STF* nº 227.

Guiamo-nos, ainda, pelo pensamento de que a concretização da justiça social pretendida por nossa Constituição, não se realizará se o princípio da igualdade for entendido somente em sua concepção formal, na igualdade perante a lei e pela proibição de condutas discriminatórias, conforme a história já comprovou, quando o princípio isonômico limitou-se a tanto, durante a existência do clássico Estado Liberal oitocentista.

Ademais, considerando que uma das finalidades do princípio constitucional é a de servir de vetor ao intérprete e, ainda, que o princípio da igualdade se espalha por todo o texto constitucional, pensamos que ao intérprete, não cabe outra decisão, ante o caso concreto, que não seja aquela que conceda aos princípios constitucionais a máxima amplitude possível.

Dessa forma, acreditamos que as ações afirmativas encontram fundamento na Constituição, não apenas por propiciar aos membros das classes mais desfavorecidas a igual oportunidade de fruição de direitos, mas também por constituírem uma interpretação mais ampla do princípio isonômico.

Cremos, ainda, que as ações afirmativas, alicerçadas que são no princípio da igualdade, na medida em que desiguam os desiguais, se harmonizam com o texto constitucional, como, v.g., com os princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Com o princípio do Estado Democrático de Direito, em razão do mesmo dispor que não somente a maioria, mas também a minoria deverá ter assegurado o gozo de seu direito de participar da distribuição de bens produzidos por toda a sociedade e distribuídos pelo Estado.

E, por seu turno, com o princípio da dignidade da pessoa humana, por facultar o acesso aos bens sociais primários preconizados por Rawls (2002), que possibilitam ou ao menos facilitam a qualquer indivíduo, na maioria das vezes, a realização de seus objetivos de vida, a sua plena realização como pessoa humana, conforme defenderemos adiante, de forma mais detalhada.

2.5 O Princípio da Igualdade e os Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988

Conforme defendido neste trabalho, a igualdade, concebida sob os aspectos formal e material, serve de baliza aos princípios de justiça que deverão reger a integralidade das relações que se desenvolvem na atual sociedade brasileira, quer no campo privado quer no público.

De fato, se concordamos com o pensamento de Rocha (1994, p. 23), no sentido de se constituírem os princípios constitucionais em conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em certa sociedade, que se prestam a regular a atividade política do Estado, concluiremos que deverá haver perfeita consonância entre a concretização desses princípios e a efetiva realização dos objetivos fundamentais de nossa República.

Isso tudo porque, conforme assinala Maurizio Fioravanti (apud FRISCHEISEN, 2007, p. 23):

Como norma diretriz fundamental, à qual devem se conformar em suas ações, em nome dos valores constitucionais, todos os sujeitos politicamente ativos, públicos e privados. Definitivamente a constituição é concebida não só como mecanismo direcionado à proteção de direitos, mas também como grande norma diretriz, que solidariamente compromete a todos na obra dinâmica de realizar os valores constitucionais.

Se estamos todos solidariamente comprometidos a realizar os valores constitucionais e também os objetivos fundamentais que se encontram inseridos na Carta Magna de 1988, por força e obra de nossos representantes constituintes de 1987/1988, é porque assim deseja o povo brasileiro – a construção de uma sociedade mais justa e solidária, na qual a distribuição de bens e direitos se dê por critérios de justiça e de fraternidade, e não por outros que importem em discriminações e preconceitos, que somente aprofundam as desigualdades sociais que sempre notabilizaram a sociedade brasileira.

Essa pretensão do povo brasileiro encontra-se manifestada desde o preâmbulo da Carta de 1988, quando os constituintes de 1987/1988 aduzem estar reunidos para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar, entre outros,

o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.

Nesse passo, a igualdade assume papel de grande relevo como elemento de concretização do Estado Democrático Brasileiro, que almeja a redução das desigualdades econômicas e sociais, para que, dentre outros motivos, possam todos os integrantes de sua sociedade se reconhecer como cidadãos de idêntico valor e respeito.

Esse reconhecimento do outro como semelhante, como cidadão da mesma espécie, titular que é, efetivamente, dos mesmos direitos e deveres conferidos a cada um, legitima e sedimenta o vínculo social mantido por força do pacto firmado.

Nesse sentido, salientamos o pensamento de Rawls (2003, p. 186):

Tudo isso nos permite dizer que numa sociedade bem-ordenada pelos princípios de justiça como equidade, os cidadãos são iguais no mais alto grau e nos aspectos mais fundamentais. A igualdade está presente no mais alto grau no fato de que os cidadãos se reconhecem e se vêem uns aos outros como iguais. Ser o que eles são – cidadãos – inclui o fato de eles se relacionarem como iguais; e se relacionarem como iguais faz parte tanto do que eles são como daquilo que os outros reconhecem que eles são. O vínculo social entre eles é constituído pelo compromisso político público de preservar as condições que a relação igualitária entre cidadãos exige.

Ainda de acordo com Rawls (2003, p. 184-185), as desigualdades sociais e econômicas devem ser reguladas, ao menos por quatro razões, que reputamos também aplicáveis à realidade brasileira, em face da qual se insurgiu o constituinte de 1987/1988 de tal maneira que acabou por eleger os objetivos fundamentais da República que ora se encontram no artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A primeira razão consistiria no fato de que, ausentes circunstâncias especiais, pareceria errado que parte ou boa parte da sociedade fosse amplamente provida de suas necessidades, ao passo que muitos, ou mesmo poucos sofressem agruras, inclusive necessidades básicas e carências urgentes.

A segunda razão para controlar as desigualdades sociais e econômicas corresponderia ao fato de impedir que uma parte da sociedade dominasse a restante, mediante o apossamento do controle da máquina do estado, para fins de promulgação de um sistema de direito e propriedade que lhes garantisse sua posição de dominação.

A terceira razão pela qual devem ser reguladas as desigualdades sociais e econômicas se encontraria no fato de tais desigualdades estarem associadas a desigualdades de *status social* que estimularia aqueles que detêm um *status* menor a serem vistos como inferiores, tanto por si mesmo como pelos outros.

A quarta e última razão, cinge-se ao fato de ser conveniente a toda a sociedade a não formação de monopólios ou de seus equivalentes.

A título de exemplificar a assertiva acima, Rawls (2003) comenta que a não formação de monopólios possibilitaria mercados competitivos abertos e exeqüíveis, assim como eleições políticas justas.

Ao concordarmos com o pensamento de Rawls, conforme exposto anteriormente, manifestamo-nos no sentido de que a regulação de referidas desigualdades está a perseguir a realização dos objetivos fundamentais de nossa República, além do que referida regulação somente ocorrerá quando for construída uma relação igualitária no mais alto grau.

Em outras palavras, pensamos que, para uma eficiente regulação das desigualdades sociais e econômicas, torna-se imperiosa a participação do Estado e de toda a sociedade, que em suas ações deverão concretizar os valores máximos que elegeram como princípios de justiça a incidir em suas relações sociais, quando do firmamento do pacto compromissório constitucional.

Estamos assim a aduzir que, no caso brasileiro, a necessidade de serem reguladas as desigualdades sociais e econômicas, pelos motivos expostos por Rawls, se coadunam com a busca da concretização dos objetivos fundamentais de nossa República, num verdadeiro movimento de transformação social, que não comporta a mera adoção da igualdade de todos perante a lei e a proibição da discriminação.

Mais do que isso, será necessária a adoção de políticas públicas impingidas pelo senso de justiça distributiva, mas que não poderão ser somente de cunho universalistas, já que também deverão levar em conta os grupos sociais mais desfavorecidos, o ser humano em concreto, em específico.

Nesse contexto, as ações afirmativas cumprem o papel de instrumento de transformação social, com vistas à promoção da igualação e da inclusão social de grupos minoritários que, em razão da discriminação e do preconceito verificados tanto no passado quanto no presente, acabam por ter, no mais das vezes, negada a

parcela de direitos que lhes cabe no gozo de bens e prestações fornecidas pelo Estado e por toda a sociedade.

O raciocínio de Piovesan (2003, p. 199) corrobora o pensamento ora exposto,

Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe forma de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação. Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas.

É a transmutação da realidade social brasileira, conforme objetivada pela Constituição de 1988, em seu art. 3º, por meio de ações positivas por parte do Estado e de toda a sociedade, nas quais o princípio da igualdade jamais é concebido somente como uma grandeza estática, mas também dinâmica, porque essa foi a opção política do constituinte de 1987/1988.

Encontra-se, portanto, segundo Rocha (1996, p. 92), a necessidade de serem realizados todos os verbos encontrados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, para que se perfaçam os objetivos fundamentais da República brasileira, a base para adoção das ações afirmativas:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. [...] 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. [...] Mas como mudar, então, tudo que se tem e que 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.

Rocha (1996, p. 93) acrescenta, ainda, que se o constituinte de 1987/1988 não desejasse uma postura ativa do Estado para efeito de transformação social,

contentando-se, portanto, com a situação sociopolítica e econômica que se afigurava naquele momento histórico, bastaria a ele que mantivesse o que se tinha até então, sendo necessário apenas que se estabelecesse como objetivo da República a manutenção da igualdade sem preconceitos etc.

Por assim não querer o constituinte de 1987/1988 é que a igualdade passou a representar, igualmente nas palavras de Rocha (1996, p. 93), princípio de transformação social a fundamentar a adoção de políticas públicas, em particular as ações afirmativas, em harmonia com os demais princípios positivados na Constituição, em especial em relação àquele que deverá se reportar e que se constitui em fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, pugnamos pela idéia de que as ações afirmativas estão a realizar os objetivos da República Federativa do Brasil, auxiliando na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, de maneira que assim estaria o Estado brasileiro a cumprir sua função social que é a de realizar a justiça social, aniquilando ou reduzindo as desigualdades sociais, distribuindo os benefícios sociais de forma isonômica entre os indivíduos e as diversas classes sociais, e cuidando igualmente de todos aqueles que se submetem ao seu poder.

2.6 A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Força Normativa dos Princípios Constitucionais e de todo o Sistema Constitucional Brasileiro

2.6.1 Breve relato histórico acerca da evolução do entendimento sobre dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental

Visando a uma melhor compreensão sobre o atual significado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, propomos, ainda que sinteticamente, reconstruir a evolução do conceito sobre dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental, para, em seguida, dissertarmos sobre a correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da igualdade e as ações afirmativas.

Na Antiguidade Clássica, segundo Sarlet (2007, p. 30), a dignidade da pessoa humana referia-se à posição social ocupada pelo indivíduo e ao seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, motivo pelo qual poderíamos aduzir que, à época, a dignidade da pessoa humana poderia ser quantificada e modulada, no sentido de se admitir que certas pessoas seriam mais ou menos dignas do que outras.

No pensamento estóico, a dignidade acaba por ser entendida como uma qualidade inerente ao ser humano, que os distingue das demais criaturas, no sentido de que todos os homens são dotados da mesma dignidade, noção esta intimamente ligada à idéia de liberdade pessoal de cada indivíduo que, como ser livre, é responsável pelos seus próprios atos e destino (SARLET, 2007, p. 30). Ou seja, no pensamento estóico, verifica-se a racionalização do pensamento e do agir humano.

Em que pese o desenvolvimento da concepção sobre igualdade na Antiguidade, é com o surgimento do pensamento cristão que se tem o grande salto evolutivo momento de concepção acerca da dignidade da pessoa humana.

De fato, sob o dogma de ter sido concebido o homem à imagem e semelhança de Deus, e de que para Deus, o grande criador do Universo e de tudo que há nele, não há distinção para com os homens, pois todos são merecedores de seu amor e misericórdia, passa o homem a ser considerado de igual valor, não obstante as diferenças naturais e ou sociais eventualmente verificadas.

Nas palavras de Martins (2003, p. 22), é a partir da filosofia cristã, em menor ou maior grau, que a humanidade ocidental passou a buscar, como expressão de respeito à sua dignidade, a igualdade entre os homens, passando o homem a ser considerado em sua igualdade essencial, independentemente de suas múltiplas diferenças.

Do período medieval, destacamos o pensamento de São Tomás de Aquino, que não obstante identificar também como fundamento da dignidade da pessoa humana o fato do homem ter sido feito à imagem e à semelhança de Deus, expõe ser inerente ao próprio homem a autodeterminação, o livre arbítrio, de forma que, em razão de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade (SARLET, 2007, p. 31).

De outra forma, ainda que São Tomás de Aquino reconheça que caiba ao homem o livre arbítrio, repudia o mesmo, veementemente, que o homem, fazendo uso de seu livre arbítrio, possa usar outro homem como meio para obtenção de seus fins.

Isso porque, conforme exposto acima, todo o pensamento tomista está centrado no conceito de pessoa, que feita à semelhança e à imagem de Deus, seria um fim em si mesmo, nunca um meio.

Do período renascentista ressaltamos a formulação de Giovanni Pico Della Miràndola sobre a dignidade da pessoa humana.

Em seu discurso sobre a dignidade do homem, Miràndola (2006) enfatiza a natureza do homem que está sempre a se completar, em conformidade com o seu arbítrio, motivo pelo qual, dotado de arbitrariedade, poderia o homem ser e obter tudo aquilo que quisesse e desejasse.

Senão, vejamos:

Decreto o ótimo Artífice que àquele ao qual nada de próprio pudera dar, tivesse como privativo tudo quanto fora partilhado por cada um dos demais. Tomou então o homem, essa obra de tipo indefinido e, tendo-o colocado no centro do universo, falou-lhe nestes termos: “A ti, ó Adão, não te temos dado nem uma sede determinada, nem um aspecto peculiar, nem um múnus singular precisamente para que o lugar, a imagem e as tarefas que reclamas para ti, tudo isso tenhas e realizes, mas pelo mérito de tua vontade e livre consentimento.

As outras criaturas já foram prefixadas em sua constituição pelas leis por nós estatuídas.

Tu, porém, não estás coarctado por amarra nenhuma. Antes, pela decisão do arbítrio, em cujas mãos depositei, hás de predeterminar a tua compleição pessoal.

Eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspecionar, daí, de todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste nem terreno, mortal ou imortal, de modo que assim, tu por ti mesmo, qual modelador e escultor da própria imagem segundo tua preferência e, por conseguinte, por tua glória, possas retratar a forma que gostarias de ostentar. Poderás descer ao nível dos seres mais baixos e embrutecidos; poderás, ao invés, por livre escolha da tua alma, subir aos patamares superiores, que são divinos.

Ô suprema liberdade de Deus Pai, ò suma e maravilhosa beatitude do homem ! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse. (MIRÀNDOLA, 2006, p. 39-40).

Com os efeitos nefastos gerados a partir da Revolução Industrial, sob o manto do absenteísmo próprio do Estado Liberal, verifica-se um quadro social dramático, ante a exploração quase sem-fim da mão-de-obra pelo capital, tornando-se ainda mais visível que tanto a liberdade, a igualdade, a fraternidade bem como a dignidade da pessoa humana não estavam asseguradas pelo constitucionalismo Liberal.

Nesse contexto, a Doutrina Social da Igreja, que se inicia com a encíclica *Rerum Novarum* (PAPA LEÃO XIII, 1891), contribui muitíssimo para a rediscussão acerca da noção de dignidade da pessoa humana, baseada sempre na idéia, contida

na Bíblia, de o homem ter sido feito à imagem e à semelhança do próprio Deus, de quem procederiam a sua dignidade e inviolabilidade, por participar, em suma, na dignidade do próprio Deus (ALVES, 2001, p. 18-35).

Ao ser feito à semelhança de Deus, caberia ao homem o domínio sobre toda a natureza, como também agir de forma semelhante a Deus.

Nesses termos, o escólio de Alves (2001, p. 18-19), confirma o exposto:

O constitutivo principal da qualidade do homem como “imagem” de Deus seria o “domínio sobre a natureza e sobre os seres que nela habitam”, recebido diretamente de Deus (GN, 1, 28-30). O exercício desse domínio pressupõe a inteligência e a liberdade, como elementos que distinguem do homem – de qualquer condição e em qualquer momento histórico – dos outros animais.

Mais ainda, esse conceito de imagem, além da dimensão estática, conferida de uma só vez no momento da criação, tem também uma dimensão dinâmica, como um poder de “agir” à semelhança de Deus.

A Doutrina Social da Igreja, preocupada com as questões sociais, fez-se presente ante a edição de vários documentos, dentre eles a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), e que segundo o Papa João Paulo II, teria como chave de leitura a dignidade do trabalhador, a Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI (1931), por meio da qual se declara não apenas o direito do operário a um salário não só individual, mas também familiar, como também alerta sobre o perigo dos monopólios, que abririam caminho à ditadura econômica, A Radiomensagem do Natal, do Papa Pio XII (1942), a Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII (1961), na qual é ampliada a discussão sobre a questão social, passando a envolver, além dos problemas operários e econômicos, o desequilíbrio entre o setor agrícola e as demais atividades produtivas, assim como os problemas do subdesenvolvimento em nível estatal e regional³⁴ (ALVES, 2001, p. 15-35).

Essas mesmas demandas sociais que se fizeram irresistíveis e inadiáveis, corroboradas pela disseminação das teorias socialistas, e pelo medo de que outras revoluções ocorressem a exemplo da Revolução bolchevique na Rússia, levaram o Estado e a Constituição a se transformar.

³⁴ Pierre Bigo (apud ALVES, 2001, p. 35, nota de rodapé n. 50) expõe que o Papa Roncalli percebe, com toda clareza, que as tensões experimentadas no seu momento histórico situavam-se dentro de um novo contexto de dimensões planetárias: “não se trata mais de tensões de classes dentro das economias nacionais, mas de tensões de consequências incomparavelmente mais graves, entre povos desenvolvidos e subdesenvolvidos, disputando as disponibilidades e os recursos do planeta”.

Eis porque, conforme lecionado por Sarmiento (2002, p. 63-67), as Constituições Mexicana (1917) e a de Weimar (1919), passam a incorporar direitos sociais que exigem uma atuação positiva do Poder Público, a fim de garantir condições mínimas de vida à população (direto à saúde, à educação, ao trabalho), protegendo o homem de sua exploração não mais pelo Estado, mas pelo próprio homem, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais.

Também a partir do final do século XX, verifica-se que as Constituições também começam a tratar de direitos de natureza transindividual e de objeto indivisível.

São direitos relacionados à qualidade de vida do homem, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à preservação de valores culturais e espirituais, tais como os relacionados à proteção do patrimônio cultural e artístico, os quais afetam igualmente a compreensão da noção acerca da igualdade da pessoa humana.

Não obstante ao todo exposto, até este momento, verifica-se que é com base na elaboração teórica de Immanuel Kant (2000) que prevalece a concepção de dignidade da pessoa humana no moderno pensamento filosófico ocidental, com a sua conseqüente positivação em textos constitucionais.

Kant (2000) ressalta que tudo na natureza age segundo leis e que só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo representação* das leis, as quais resultam de sua vontade, ou seja, somente um ser racional tem autonomia de vontade, que o faculta a determinar-se a si mesmo. O pensador aduz que:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*. (KANT, 2000, p. 68).

Martins (2003, p. 27) observa que, pelo pensamento de Kant, ao se conceber que o homem tem um valor em si mesmo, tem-se que todas as ações que levem à coisificação do ser humano, como um instrumento de satisfação de outras vontades, são proibidas por absoluta afronta à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, em Kant, também pode ser vislumbrada quando o teórico expõe que o fato de se constituir em um ser racional, capaz de autodeterminar-se de acordo com a sua vontade, atribui ao homem um fim em si

mesmo e a designação de *peessoas*, ao contrário dos seres irracionais, que possuem um valor relativo como meio e são designados como *coisas* (KANT, 2000, p. 68).

Ao conceber o homem como o único ser racional, Kant entende que a dignidade é um valor interno da pessoa humana, que não admite substituto equivalente, não tendo, portanto, preço.

Assim, somente poderíamos falar em *preço*, quando tratássemos de *coisa*, que se entende por aquilo que pode ser substituído, ao contrário da pessoa humana, que sendo única e insubstituível, em virtude de sua racionalidade, teria *dignidade*, jamais *preço*.

A corroborar o acima exposto, a exata expressão de Kant (2000, p. 77):

A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da // *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Após esse breve passeio pela evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, constatamos que o referido princípio se caracteriza pela progressiva incorporação de novos direitos, assim como exige uma atuação firme e positiva por parte do Estado e de toda a sociedade, para que seja assegurado, visto que a História é fértil de exemplos que comprovam o maltratar, o descaso, senão por vezes o mais completo desprezo em relação a este princípio, cuja observância deveria ser o fundamento de todas as relações jurídico-política, social e econômica.

2.6.2 A dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional: tentativa de conceituação e sua correlação com o princípio da igualdade e as ações afirmativas

Em razão de seu extenso conteúdo axiológico e dado ainda o caráter evolutivo histórico que se verificou – e que por certo ainda se verificará - acerca da noção sobre dignidade da pessoa humana, torna-se mui difícil a tarefa de se conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se torna recomendável uma conceituação fixista sobre a dignidade da pessoa humana, para que não se perca o leque de possibilidades de sua atuação protetiva (MARTINS, 2003, p. 111).

Assim, toda razão assiste Philip Kuning (apud SARLET, 2007, p. 41), para quem é até mesmo mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é.

Em que pese as ressalvas acima expostas, reproduzimos as conceituações de dignidade da pessoa humana, segundo os magistérios de Sarlet (2007) e Moraes (2005).

De acordo com Sarlet (2007, p. 62), dignidade da pessoa humana deve ser entendida como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, caso venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além, de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Já para Moraes (2005, p. 48), a dignidade da pessoa humana é:

um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Ao constituir-se em um valor esculpido na Carta Magna de 1988 na forma de princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro (BRASIL, 1988 - art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana não apenas confere harmonia ao sistema constitucional, como igualmente determina que a aplicação e interpretação de todo seu texto se dê acordo com o papel central e prioritário que o homem, em todas as suas dimensões, passa a exercer doravante, em todas as suas relações, quer com o Estado quer privadas.

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, inserto na Constituição Federal de 1988, passa o homem a ser considerado o fim justificante de todo o ordenamento jurídico e de toda a atuação Estatal, voltadas que deverão ser à

criação e à garantia das condições que se fizerem necessárias à plena realização da pessoa humana, de seu bem-estar.

Senão, vejamos as palavras de Martins (2003, p. 72):

Com efeito, enquanto valor incorporado ao sistema jurídico constitucional sob a forma de princípio – nos moldes previstos no art. 1º, inc. III, da Constituição de 1988 – a dignidade da pessoa humana sinaliza para uma inversão na prioridade política, social, econômica e jurídica, até então existente, do Estado brasileiro constitucionalmente idealizado. Passa-se, a partir do texto de 1988, a ter consciência constitucional de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões como fonte de sua inspiração e fim último.

Não por outra razão é que os direitos fundamentais previstos nas constituições da maioria absoluta dos países, inclusive na Carta Magna brasileira de 1988, são entendidos como a concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de forma que, tanto mais será legítimo um Estado na ordem internacional, quanto mais torná-los eficazes (FARIAS, 2000, p. 19).

Nesse sentido, discorre também Viera de Andrade (apud SARLET, 2004, p. 107), para quem:

os direitos fundamentais podem ser identificados por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, que, conforme sustentado pelo professor lusitano, é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais.

Assim, tanto mais será legítima a existência e a atuação do Estado, quanto mais forem efetivados os direitos fundamentais, podendo ser eles de primeira, segunda ou terceira geração, ou mesmo de quarta geração (para os teóricos que entendem já existir essa geração de direitos³⁵), o que importará, indiscutivelmente,

³⁵ Como é o caso de Paulo Bonavides (2003a, p. 571-572), que sustenta que ante a globalização política ora em desenvolvimento, radicada na teoria dos direitos fundamentais, foram introduzidos os direitos da quarta geração, que diziam respeito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, sendo que deles dependeria a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Para Bonavides, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, sendo direitos infra-estruturais, pois formariam a pirâmide, cujo ápice seria o direito à democracia, coroamento da globalização política. Entendendo que os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, não viriam a constituir uma quarta geração de direitos, pois já estariam inseridos no direito à informação e à opinião e nos direitos políticos, todos já reconhecidos como direitos individuais, constituindo-se, portanto, apenas uma outra faceta ou mesmo aperfeiçoamento de direitos fundamentais políticos já reconhecidos, não descarta Brega Filho (2002, p. 25) que outros direitos possam existir e serem chamados de quarta ou quinta geração, devido ao grande progresso tecnológico verificado na humanidade, o que diz respeito à própria evolução da humanidade.

em adoção, por parte do Estado, de uma postura diferente diante de cada situação fática que se verifique e perante a qual terá que se concretizar o direito fundamental em questão.

Dessa maneira, por vezes, não bastará que o Estado se abstenha de atuar para que o direito fundamental se concretize, como é o caso dos direitos de primeira geração, que correspondem aos direitos individuais ou direitos civis e políticos, também chamados de liberdades públicas, por meio dos quais é limitada a atuação do poder estatal.

De fato, em determinadas situações, o Estado deverá atuar de forma incisiva para que a efetivação do direito fundamental seja garantida. É o caso, por exemplo, dos direitos sociais, correspondentes aos direitos de segunda geração, que reclamam uma prestação positiva, uma intervenção direta do Estado para a sua concretude.

Nesse passo, deverá o Estado verificar se bastará, para que o direito fundamental social se realize, sua atuação por meio de políticas públicas de cunho universalista.

Se a resposta for negativa, se for constatado que em relação ao homem *in concreto*, ao homem considerado em sua especificidade, integrante de grupo minoritário, não se garantiu a efetivação do direito fundamental que se pretendia realizar, por razões outras que não sejam aquelas decorrentes de sua livre e consciente vontade, deverá o Estado, neste caso, adotar conduta condizente à efetivação pretendida, para ser respeitada a dignidade da pessoa humana.

Essa é a posição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo (apud NUNES, 2007, p. 51), que comenta:

[...] para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Nessas hipóteses, quando se faz necessária uma postura ativa do Estado, cremos que a adoção das ações afirmativas venha a garantir ao Estado a concretização de sua grande finalidade, qual seja, a de promover o bem comum a

todos, assegurando não apenas as condições mínimas necessárias para uma existência digna, como também aquelas apresentadas como indispensáveis para que todos possam desenvolver suas potencialidades, na medida em que cada um queira autodeterminar o seu modo de viver, em uma sociedade pluralista, que respeite a sua particular forma de ser.

No sentido de que cabe ao Estado oferecer os recursos necessários ao homem para o desenvolvimento de suas potencialidades, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, expõe Farias (2000, p. 63):

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecido os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.

Verificamos, assim, que as ações afirmativas têm o cunho de conferir o reconhecimento da dignidade que é inerente a toda pessoa humana, prestando, por parte do Estado e de toda a comunidade, o devido respeito e consideração que lhes são devidos, em atendimento ao princípio isonômico, ao assegurar a efetivação de direitos³⁶ tais como educação, saúde, trabalho, previdência social, entre outros, que até então, só constavam como realidade (ou pretensa realidade) em uma *folha de papel*³⁷.

Ou seja, as ações afirmativas, concebendo o princípio da igualdade em suas acepções formal e material, fundam e orientam sua atuação sob os auspícios do princípio da dignidade da pessoa humana, legitimando, assim, a atuação estatal nesse sentido.

Verifica-se, portanto, com as ações afirmativas, uma perfeita harmonia entre o princípio da igualdade e o valor fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, qual seja, o da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988 - art. 1º, inc.

³⁶ Para fins didáticos, traçamos aqui a diferenciação proposta por Sarlet (2004, p. 36) do que sejam: a) direitos do homem: seriam os direitos naturais ainda não positivados; b) direitos humanos: seriam os direitos humanos positivados na esfera do direito internacional, e c) direitos fundamentais: que seriam os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

³⁷ Utilizamos-nos da expressão usada por Ferdinand Lassale (2003), em sua obra *O que é uma Constituição*, para o fim de identificar uma Constituição que não corresponde aos valores, aos anseios, aos ideários dos fatores reais de poder, que seria aquele conjunto de forças da sociedade que teria atuação política decisiva em um país.

III), ao qual, por sinal, encontram-se umbilicalmente ligados os objetivos fundamentais de nossa República (BRASIL, 1988 - art. 3º).

Ademais, considerada a Constituição como uma ordem objetiva e sistêmica de valores, haveremos de raciocinar no sentido de que alguns valores se sobrepõem a outros, se considerada a sua carga axiológica³⁸.

De certo, para uma sociedade política, como é o caso do Estado, alguns valores são mais representativos que outros.

Seguindo essa ordem de pensamento, temos que o princípio da igualdade é o norte, o ponto de equilíbrio que deve ser perseguido por quase todos os demais princípios que se encontram no texto constitucional, subordinando-se, contudo, a um só princípio, ou melhor, a um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (NUNES, 2007, p. 50-51).

Esse entendimento sobre a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos demais princípios constitucionais, inclusive quanto ao princípio da igualdade, verifica-se também em Rocha (1996, p. 91), assim exposto:

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras 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).

Eis a razão pela qual o direito de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Declaração da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidades e direitos (SARLET, 2007, p. 89).

³⁸ A despeito de qual seria o direito mais importante, se o direito à dignidade ou o direito à vida, interessante a resposta formulada por Miguel Ekmekdjian (apud NUNES, 2007, p. 52), nos seguintes termos: “Se realizarmos uma enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea. Implica uma transposição de lugares. De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade em um ser inerte, em uma pedra, ou em um vegetal. Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente de um enfoque biológico), nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era vida a dos escravos tratados como animais que servem para trabalhar e reproduzir-se? Biologicamente sim, mas eticamente não”.

Diante do exposto, cremos que as ações afirmativas, pelos fins que se destinam e que foram parcialmente expostos até o presente momento, neste trabalho, encontram total respaldo nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Breve Resumo Histórico

No decorrer do século XX, nos Estados Unidos, em uma sociedade notabilizada pelo racismo, pelo preconceito e pelas práticas discriminatórias, os programas afirmativos foram instituídos, a partir da década de 60, como tentativa de combate a tais comportamentos sociais que fomentavam as desigualdades e as tensões sociais.

Frente ao elevado grau de racismo que vigorava por longa data nos Estados Unidos da América – inclusive após a libertação da escravidão, ocorrida em 1º de janeiro de 1863, por meio da promulgação da denominada *Emancipation Proclamation*, pelo Presidente Abraham Lincoln –, Kaufmann (2007, p. 217) enfatiza que a segregação racial naquele país não fora promovida apenas por organizações privadas, mas também pelo próprio Estado, razão pela qual seria chamada de segregação institucionalizada.

De fato, em especial nos Estados-membros do sul dos Estados Unidos, a segregação racial prevaleceu de forma institucionalizada, pois, por meio do sistema de leis *Jim Crow*³⁹, as práticas segregacionistas eram tidas como legais e legítimas.

A título de exemplificar algumas ementas de leis segregacionistas, que vigoravam nos EUA, até boa parte do século XX, Kaufmann (2007, p. 138) cita:

No Estado do Alabama: *Restaurantes* – Será ilegal conduzir um restaurante ou outro lugar que sirva comida na cidade no qual brancos e pessoas de cor sejam servidos no mesmo cômodo, a não ser que os brancos e as pessoas de cor estejam efetivamente separados por uma sólida divisão estendida desde o chão até a distância de 2 metros ou mais e a não ser que seja providenciada uma entrada separada na rua para cada compartimento.

[...] na Flórida: *Casamentos entre Raças* – Todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro ou então entre uma pessoa branca e um negro descendente até a quarta geração, inclusive, são por meio desta lei para sempre proibidos; *Educação* – As escolas para crianças brancas e as escolas para crianças negras devem ser administradas separadamente.

³⁹ Do exposto por Kaufmann (2007, p. 137), observa-se que o sistema *Jim Crown* de leis corresponde a todo o sistema de segregação oficial estadunidense.

Por seu turno, decisões da Suprema Corte⁴⁰ prolatadas no sentido de julgarem constitucionais referidas leis, reforçavam a idéia de legalidade e legitimidade de referidas normas, de maneira que a segregação se encontrava em qualquer atividade social.

Para que tenhamos uma idéia melhor do grau de segregação racial então existente, em particular nos estados sulistas, reproduzimos o relato de Shuker (1987, p. 15):

Em todas as estações de trem do Sul existiam salas de espera para negros e salas de espera para brancos, lavatórios para negros e lavatórios para brancos, até mesmo bebedouros para negros e bebedouros para brancos. Nas salas de cinema que tinham um setor separado para negros – geralmente na última fileira do balcão superior –, estes eram obrigados a entrar por uma porta lateral.

[...]

Se uma família negra sulista resolvesse fazer uma viagem de carro para outra cidade, tinha que planejar cuidadosamente seus roteiros, a fim de que suas paradas coincidisse com os lugares onde tivessem amigos ou parentes, pois nenhum hotel, ou motel, em todo o sul dos Estados Unidos, aceitava negros.

Nesse cenário de negação de direitos aos negros e seus descendentes, de verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana, negros norte-americanos e simpatizantes às causas que defendiam os direitos dos negros, foram organizando-se, resultando em organizações, tais como a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor (*National Association for the Advancement of Colored* ou

⁴⁰ A título de exemplo, podemos mencionar a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), que declarando a constitucionalidade do Estatuto da Louisiana de 1890, deu início à doutrina denominada “iguais, mas separados”. A norma legal, julgada constitucional, determinava que o transporte por estradas de ferro deveria ser feito por meio de acomodações *iguais, mas separadas* para os brancos e para as pessoas de cor; ou seja, o entendimento da Suprema Corte, à época, era no sentido de que o princípio da igualdade não importava que raças diversas devessem compartilhar o mesmo espaço físico, e a distinção somente ocorreria para estabelecer maior conforto para as pessoas, no sentido de que a segregação racial terminaria por preservar a paz, além de promover a ordem pública. Voto destoante foi o do Ministro Harlan, já que, em sua opinião, com as Emendas 13ª e 14ª, a Constituição norte-americana passou a ser cega à cor dos cidadãos e não mais tolerava classificações entre eles (KAUFMANN, 2007, p. 142-143).

NAACP), as *Panteras Negras*; além de líderes de expressão nacional, tais como Malcolm X, líder dos muçulmanos negros (*Black Muslims*) e James Farmer, que liderou o Congresso de Igualdade Racial (*Congress of Racial Equality*), e Martin Luther King.

Seria o próprio Martin Luther King quem lideraria a marcha pelo emprego e pela liberdade⁴¹, ocorrida em 28 de agosto de 1963, em Washington, que acabou por reunir aproximadamente 250.000 mil pessoas, entre negros e brancos, e na qual foram cobradas do Presidente John Kennedy as promessas que ele teria feito quando de sua campanha à Presidência, sobre a adoção de medidas anti-segregação (KAUFMANN, 2007, p. 151-156).

O Presidente John Kennedy, ciente do grave panorama social que vigorava, com apenas dois meses de mandato expediu a *Executive Order nº 10.925*, criando órgão específico para fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho (*President's Committee on Equal Employment Opportunity*), tendo, nessa oportunidade, empregado pela primeira vez em um texto oficial, ainda que numa conotação restrita, o termo *affirmative action* (MENEZES, 2001, p. 88).

Por meio da *Executive Order nº 10.925*, conforme exposto por Menezes (2001, p. 88), nos contratos celebrados com o governo federal, o contratante não poderia discriminar nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade, além do que deveria adotar ação afirmativa para assegurar que os candidatos fossem empregados, assim como também tratados durante o emprego, para qualquer efeito de promoção, rebaixamento, transferência,

⁴¹ Foi nessa mesma marcha que Martin L. King proferiu seu célebre discurso "Eu tenho um sonho", o qual, em virtude da grande importância conferida à época e que se perpetua nos tempos atuais, permite-nos reproduzi-lo, ainda que parcialmente: "Eu digo a vocês hoje, meus amigos, que embora nós enfrentemos as dificuldades de hoje e amanhã. Eu ainda tenho um sonho. É um sonho profundamente enraizado no sonho americano. Eu tenho um sonho que um dia esta nação se levantará e viverá o verdadeiro significado de sua crença – nós celebraremos estas verdades e elas serão claras para todos, que os homens são criados iguais. Eu tenho um sonho que um dia nas colinas vermelhas da Geórgia os filhos dos descendentes de escravos e os filhos dos descendentes dos donos de escravos poderão se sentar junto à mesa da fraternidade. Eu tenho um sonho que um dia, até mesmo no estado de Mississippi, um estado que transpira com o calor da injustiça, que transpira com o calor de opressão, será transformado em um oásis de liberdade e justiça. Eu tenho um sonho que minhas quatro pequenas crianças vão um dia viver em uma nação onde elas não serão julgadas pela cor da pele, mas pelo conteúdo de seu caráter. Eu tenho um sonho hoje! [...] Ouvirei o sino da liberdade em todas as colinas do Mississippi. Em todas as montanhas, ouvirei o sino da liberdade. E quando isto acontecer, quando nós permitirmos o sino da liberdade soar, quando nós deixarmos ele soar em toda moradia e todo vilarejo, em todo estado e em toda cidade, nós poderemos acelerar aquele dia quando todas as crianças de Deus, homens pretos e homens brancos, judeus e gentios, protestantes e católicos, poderão unir mãos e cantar nas palavras do velho espiritual negro: 'Livre afinal, livre afinal. Agradeço ao Deus todo-poderoso, nós somos livres afinal'." (KING, 1963).

entre outros acontecimentos trabalhistas, sem levar em consideração sua raça, credo, cor ou nacionalidade.

Com o assassinato do Presidente John Kennedy, em 22 de novembro de 1963, assumiu o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson, que prosseguiu no empenho de aprovar vários projetos legislativos no sentido de se combater a discriminação e de serem adotadas medidas efetivas em favor de grupos minoritários.

Em 02 de julho de 1964, passou a vigorar o Estatuto dos Direitos Civis (*Civil Right Act*), que impôs a proibição de discriminação ou segregação, tanto no plano público quanto privado, destacando-se, entre outras disposições, a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II), e a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos e programas monitorados pelo governo federal (Título VI) (MENEZES, 2001, p. 90).

Apercebendo-se que ainda assim foram poucos os resultados obtidos, o Presidente Johnson passou a adotar medidas mais contundentes no combate à discriminação e, nesse sentido, editou a *Executive Order nº 11.246*, que condicionava a celebração de contratos administrativos com a União ao fato da parte contratante admitir em seu quadro percentuais razoáveis de minorias.

Menezes (2001, p. 92) ressalta que, independentemente do fato de não terem sido plenamente satisfatórios os resultados obtidos pela *Executive Order nº 11.246*, o fato é que ela se reveste de grande importância histórica, pois é a partir de sua edição que começa a ser sedimentado o conceito de *ação afirmativa*, uma vez que os programas voltados ao combate das desigualdades sociais com base em condutas *positivas* passaram a ser vistos sob a ótica de *políticas governamentais*.

Sucedendo Lyndon Johnson na Presidência, Richard Nixon determinou a elaboração de projeto para efetivar as previsões constantes no *Civil Right Act* de 1964.

Segundo Menezes (2001, p. 93), referido trabalho, denominado *Philadelphia Plan*, fora introduzido no ordenamento jurídico em dezembro de 1971, determinando que os contratantes com a União deveriam desenvolver, anualmente, *programas de ação afirmativa*, para fins de identificação e correção de deficiências existentes em relação às mulheres e aos grupos minoritários, observando-se determinadas metas (*goals*) na admissão de empregados, as quais deveriam considerar a participação dessas mesmas minorias no mercado de trabalho.

A partir de então, disseminam-se as legislações que objetivam o combate à discriminação e ao preconceito.

Com base nas previsões estipuladas no trabalho *Philadelphia Plan*, Menezes ressalta que foi possível a correção de certas distorções, ainda que no plano judicial. O autor destaca que:

Em janeiro de 1972, por exemplo, a NAACP⁴² (*National Association for the Advancement of Colored People*) processou a polícia estadual do Alabama, que não tinha um único negro entre os seus membros. Chamado a se pronunciar, o juiz federal Frank M. Johnson Jr. determinou que, para cada policial branco contratado, deveria ser empregado um policial negro, até que 25% (vinte e cinco por cento) da tropa fosse composta por indivíduos negros. Doze anos depois, o mencionado Estado tinha a força policial que apresentava a maior integração racial do país (MENEZES, 2001, p. 93).

Do teor da decisão acima mencionada, constata-se o acerto do ressaltado por Rocha (1996, p. 88), no sentido de ser correta a ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, em grande parte, graças à atuação da Suprema Corte que, especialmente no período pós-2ª Grande Guerra, por meio de suas decisões, resultou no repensar e no refazer do conteúdo dos direitos fundamentais, em especial em relação ao princípio jurídico da igualdade.

Aduz ainda Rocha (1996, p. 89) que, principalmente do período pós-guerra até o início da década de 70, passou-se a ter a consciência de que os litígios constitucionais, mesmo que versassem sobre interesses individuais, constituíam-se em fonte de reconhecimento de direitos fundamentais para todos na sociedade.

Rocha (1996, p. 90) enfatiza que, dessa forma,

[...] 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. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente: a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentimento próprio a ela atribuído pela sociedade.

À vista do exposto, sobre a origem das ações afirmativas, podemos concluir que sua criação, sua conquista, está estreitamente interligada às respostas que se fizeram necessárias aos reclamos daqueles que se encontravam à margem da

⁴² Trata-se do caso *United States vs. Paradise*, ajuizado em 1972.

sociedade, que não tendo seus direitos efetivamente reconhecidos, acabaram por ter negada a dignidade que lhes era inerente.

Assim, para encontrar as soluções que resolvessem e/ou minimizassem as situações descritas, foi necessária, dentro de uma sociedade que se dizia democrática, uma releitura do papel do homem na sociedade, independentemente de sua cor, sexo, raça, entre outros fatores passíveis de discriminação.

Também se tornou inevitável uma nova concepção sobre o papel do Estado, dos limites de sua atuação, ainda que esse mesmo ente estatal fosse reconhecido como um Estado Liberal.

Mostrou-se, portanto, imprescindível a atuação do Estado, assim como de entidades privadas, para que fossem combatidos o preconceito e a discriminação, e se reduzissem as desigualdades sociais.

De igual sorte, se mostrou necessária uma nova ótica sobre a igualdade, pois o princípio isonômico, em sua concepção meramente formal, proibindo a discriminação e garantindo a todos a igualdade perante a lei, mostrou-se ineficiente para tolher a segregação racial, diminuir as desigualdades sociais e extinguir os graves conflitos sociais que se apresentavam.

Guardadas as respectivas proporções, com a observação das condições sociais e históricas que se verificaram e ainda se verificam quanto à conformação da realidade norte-americana e a brasileira, acreditamos que as ações afirmativas, no caso brasileiro, encontram respaldo na ordem constitucional vigente, em especial quanto ao princípio da igualdade, constituindo-se em um dos instrumentos efetivos mais hábeis à concretização dos objetivos fundamentais da República Brasileira e ao atendimento à dignidade da pessoa humana.

3.2 Racismo, Preconceito e Discriminação: conceituação

Antes de adentrarmos no estudo sobre o que são as ações afirmativas e os objetivos que almejam, entendemos ser necessária, ainda que de forma sintética e genérica, uma exposição sobre o que seja racismo, discriminação e preconceito.

Deveras, todas as formas discriminatórias anteriormente mencionadas importam na negação do outro como titular de direitos que, em regra, são gozados por aqueles que discriminam.

É essa negação do outro como semelhante, como titular de iguais direitos e obrigações, que, por sua vez, que faz resultar em desigualdades sociais, em ofensa a uma ordem social justa, fraternal, democrática, que visa combater as ações afirmativas.

Portanto, há mister de estudarmos, ainda que de passagem, o conceito de comportamentos transgressores da igualdade e da dignidade da pessoa humana, para que, posteriormente, possamos melhor conceber a adoção de políticas taxadas como antidiscriminatórias.

3.2.1 Racismo

Para conceituarmos adequadamente racismo, urge que, preliminarmente, dispensemos algumas palavras sobre o que seja raça. Para tanto, valer-nos-emos do magistério de Guimarães (2005, p. 23-37) sobre o assunto.

Raça é um conceito recente, pois antes de adquirir qualquer conotação biológica, significava grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum, conforme ensina o *Dictionary of Race and Ethnic Relations*.

Michael Banton (apud GUIMARÃES, 2005, p. 23), por sua vez, aduz que somente a partir do século XIX é que o termo raça passou a ser usado no sentido de tipo, para designar espécies de seres humanos distintas, tanto *fisicamente* quanto em termos de capacidade mental, na esteira do pensamento das teorias poligenistas.

No período pós 2ª Grande Guerra Mundial, entretanto, o conceito de raça para designar espécies distintas de seres humanos passa a ser negado pela Biologia.

Entre os estudos que reforçaram a tese de que o conceito de raça não poderia ser compreendido sob a ótica biológica, devemos ressaltar os resultados obtidos por biólogos, geneticistas e cientistas sociais, em três pesquisas diferentes realizadas por determinação da UNESCO, cuja finalidade consistia em avaliar o estado das artes no campo dos estudos sobre raças e relações sociais.

Em relação às diferenças fenotípicas entre indivíduos e grupos humanos, assim como diferenças intelectuais, morais e culturais, esses trabalhos concluíram que tais aspectos não poderiam estar relacionados a diferenças biológicas, mas sim a construções socioculturais e a condicionantes ambientais.

Para corroborar o exposto acima, citamos os resultados verificados em outras duas pesquisas recentes, descritas assim por Cruz (2005, p. 114):

Recente pesquisa do biólogo Alan Templeton comprovou, cientificamente, a inexistência de diferenças raciais significativas no genoma humano. Ao comparar mais de 8000 amostras genéticas, o pesquisador constatava que “as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes. Para que o conceito de raça tivesse validade científica, essas diferenças teriam de ser muito maiores”.

Em 2002, uma equipe de pesquisadores americanos, franceses e russos comparou 377 pares de DNA de 1056 indivíduos de 52 populações de todos os continentes. O resultado foi o seguinte: entre 93 e 95 por cento da diferença genética entre humanos é encontrada nos indivíduos de um mesmo grupamento humano. Entre estes, as diferenças ficam entre 3 e 5% das distinções encontradas. O estudo deixou claro que não existem genes exclusivos de uma mesma população.

Os estudos e respectivos resultados ora demonstrados levam-nos a concluir que o entendimento acerca de raça não se justifica por fundamentos ligados à ciência da Biologia, a qualquer realidade biológica, mas sim a concepções histórica, política e social.

Nesse mesmo sentido, Guimarães (2005, p. 30-31) ressalta que raça:

No seu emprego científico, não se trata de conceito que explique fenômenos ou fatos sociais de ordem institucional, mas de conceito que ajude o pesquisador a compreender certas ações subjetivamente intencionadas, ou o sentido subjetivo que orienta certas ações sociais.

Tal conceito é plenamente sociológico apenas por isso, porque não precisa estar referido a um sistema de causação que requeria um realismo ontológico. Não é necessário reivindicar nenhuma realidade biológica das “raças” para fundamentar a utilização do conceito em estudos sociológicos.

Nesse passo também foi o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 82.424-2-RS, de 17 de setembro de 2003, interposto por Siegfried Ellwanger, tendo, na ocasião, decidido a Suprema Corte que a despeito da subdivisão da raça humana não ter se comprovado cientificamente, inexistiriam diferenças biológicas entre os seres humanos, se poderia aduzir que, na essência, todos os homens são iguais, motivo pelo qual a divisão de seres humanos defluiria

de processo de conteúdo meramente político-social, que acaba por gerar a discriminação e o preconceito segregacionista (BRASIL, 2003).

Em nosso entender, portanto, outro fato não é o racismo senão a construção de uma ideologia que objetiva negar direitos a membros de determinados grupos humanos, por integrantes de outros grupos sociais que se reputam superiores por razões biológicas, culturais, religiosas, entre outras que possam servir de suporte a um enganoso sistema de idéias.

É uma lógica de negação de direitos e de dignidade, pela qual ao diferente não cabe exercer outro papel que não seja o de inferioridade, de dominado.

Silva (1995, p. 21) abaliza tal entendimento ao aduzir que:

Assim, é meta do racismo – como sistema ideológico dos que se consideram superiores – “destruir” e “eliminar”, amplamente, toda uma condição étnico-cultural de um outro povo, operando, então, se se deseja uma definição, como a interrupção violenta, a destruição e a distorção histórica da sociedade, da cultura, das aspirações e das realizações de um povo dominado. É a desumanização que justifica a dominação, por incrível que pareça.

Por seu turno, advertindo Guimarães (2004, p. 17) sobre os vários significados que possui a palavra racismo⁴³, discorre que, em primeiro plano, tal termo vem a significar:

[...] como sendo a doutrina, quer se queira científica, quer não, que prega a existência de raças humanas, com diferentes qualidades e habilidades, ordenadas de tal modo que as raças formem um gradiente hierárquico de qualidades morais, psicológicas, físicas e intelectuais.

Podendo igualmente ser entendida como:

O sistema de desigualdades de oportunidades, inscritas na estrutura de uma sociedade, que podem ser verificadas apenas estatisticamente através da estrutura de *desigualdades raciais*, seja na educação, na saúde pública, no emprego, na renda, na moradia etc. (GUIMARÃES, 2004, p. 18).

Arremata ainda Guimarães (2004, p. 18-19) que uma pessoa, para ocupar uma posição de inferioridade social, não necessita usufruir na vida de menos

⁴³ Guimarães (2004, p. 178) adverte que entre aqueles que aceitam racismo como doutrina, pode-se, ainda, distinguir aqueles para quem a simples crença em raças humanas já constitui racismo e aqueles para quem tal crença é tida apenas como *racismo*, chamando estes últimos de racismo tão-somente as doutrinas que pregam a superioridade ou a inferioridade das raças.

oportunidades, que venha a ser vítima de preconceito e discriminação, pois o próprio sistema de desigualdades se encarrega de reproduzir a inferioridade social de fato, daquele que nasce e se socializa em uma família típica de sua situação racial.

É um sistema que se alimenta, se reproduz e se mantém de suas próprias mazelas, que por sinal, ironicamente, acabam por vezes a justificar o pensamento de que são naturais, de que não decorrem de uma criação humana, as sensíveis diferenças que se verificam entre os homens quanto às oportunidades de usufruto dos bens que são produzidos na sociedade.

3.2.2 Preconceito

O preconceito, para Cruz (2005, p. 29), se traduz em uma opinião preestabelecida, ou um senso imposto pela cultura, educação, religião, ou seja, pelas tradições de um povo, manifestando-se por um julgamento prévio, negativo, estigmatizando pessoas ou coletividades por meio de estereótipos⁴⁴.

Vieira Júnior (2006, p. 27) expõe que o preconceito, originário de pré-compreensões intuitivas da realidade, sem qualquer respaldo científico, é sempre a motivação e o fundamento de práticas discriminatórias.

Em relação às conceituações supracitadas, acrescentamos a observação feita por Guimarães (2004, p. 18), de que o preconceito pode manifestar-se, seja de modo verbal, reservado ou público, seja de modo comportamental, e que só neste caso é referido como *discriminação*.

3.2.3 Discriminação

Considerando as várias acepções atribuídas ao termo discriminar⁴⁵ e que nem em todos os sentidos “discriminar” corresponda à ofensa à ordem jurídica,

⁴⁴ Shestakov (apud CRUZ, 2005, p. 29, nota de rodapé n. 1) informa que estereótipo é um conceito muito próximo do preconceito e pode ser definido como ‘uma tendência à padronização com a eliminação das qualidades individuais e das diferenças com a ausência total do espírito crítico nas opiniões sustentadas’. Por sua vez, Diniz (1998, v. 2, p. 424), em dicionário jurídico, no verbete estereótipo, ressalta ser em seu sentido sociológico, a imagem mental padronizada de um grupo, refletindo uma opinião, um juízo a respeito de um acontecimento, pessoa, raça, classe ou grupo social.

⁴⁵ O Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa (1999, p. 327), indica que o verbo transitivo discriminar poderá significar: 1. Diferençar, distinguir; 2. Separar, especificar.

ressaltamos que as discriminações adotadas como objeto de estudo neste trabalho são aquelas que importam em lesão ao princípio constitucional isonômico, bem como aquelas que se amparam, se ancoram em referido princípio, conforme veremos adiante.

A discriminação, segundo Gomes (2001, p. 18), constitui:

A valorização generalizada e definitiva de diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.

Ou seja, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros (GOMES, 2003, p. 91).

De fato, acreditamos que a discriminação tem o papel precípuo de negação de direitos a uns em benefício de outros, para que sejam perpetuadas as relações de poder, de subordinação, de exploração em uma sociedade desigual.

A partir de falsos fundamentos, a classe dominante acredita que a sua supremacia sobre as demais classes esteja alicerçada em motivos tais como gênero, raça, religião, orientação sexual, entre outros, que legitimem sua posição no mais alto patamar da pirâmide social.

Para aqueles que se encontram no topo da pirâmide social e que têm suas crenças, explícitas ou não, em critérios discriminatórios sociais, o mérito de pertencerem a essa classe dominante, a qual os torna melhores moral, física, intelectualmente, em relação àqueles pertencentes aos estratos sociais mais desfavorecidos, é o mesmo mérito que os legitima a um maior gozo efetivo de direitos e a um melhor aproveitamento de oportunidades.

É dizer: no discurso discriminatório, o simples fato de pertencer a uma classe social, que, conforme veremos, motivada por conceitos equivocados, não sustentáveis cientificamente, faz com que alguns se sintam titulares da prerrogativa de serem mais iguais do que outros.

Dentre as várias espécies de discriminação, consideramos por bem ressaltar a discriminação racial e a discriminação de gênero.

Para tanto, valer-nos-emos das definições constantes nas Convenções Internacionais sobre a "Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial" (1965) e sobre a "Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher"

(1979), uma vez que a primeira Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e a segunda em 01 de fevereiro de 1984.

Assim, com na base na Convenção Internacional sobre a “Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”, em seu art. 1º, temos que:

"discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Por sua vez, também em seu artigo 1º, a Convenção sobre a “Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, conceitua a discriminação contra as mulheres como:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Cabe ressaltarmos que, em ambas as Convenções, ratificadas pelo Brasil, deverá o Estado adotar tanto as medidas necessárias ao combate à discriminação quanto aquelas que digam respeito à igualação de oportunidades.

Vejam, pois o disposto no artigo II, item 2, da Convenção Internacional sobre a “Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial” (1965):

Os Estados-partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos.

De igual maneira, vislumbremos o disposto no artigo 4º da Convenção sobre a “Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” (1979):

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.

Concluimos, assim, que, em ambos os casos, o Estado brasileiro assumiu, na condição de signatário de ambas as Convenções, a obrigação frente à ordem internacional de agir positivamente para assegurar a igualdade de oportunidades em nosso país.

Tal fato reforça o argumento de possibilidade de adoção pelo Estado Brasileiro de ações afirmativas à igualação de oportunidades para fruição de direitos em relação ao mercado de trabalho, na área da educação, no tocante à participação política, dentre outras nas quais se possa verificar uma desigualdade ilegítima.

Desse modo, constatamos que nem toda forma de discriminação é ilícita, negativa. Por certo, há discriminações que são legítimas.

O primeiro caso de diferenciação considerado legítimo juridicamente é aquele que ocorre sem que haja ofensa ao princípio da isonomia. E para que isso não aconteça, deverão ser observados três requisitos, assim esclarecidos por Mello (2004, p. 21-22):

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Acerca da segunda hipótese de discriminação juridicamente válida, valemos da lição registrada por Gomes (2001, p. 22), conforme segue:

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “*mainstream*”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade.

Vê-se, portanto, que nem toda discriminação é *negativa*, no sentido de contrariar os valores que se acham inscritos na Constituição. Ao contrário, por vezes a discriminação, o ato de desequiparar, além de não representar ofensa ao princípio

isonômico, servirá à concretização dos objetivos fundamentais da República, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendo como norte, para tanto, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3.3 A Discriminação no Brasil

Este tópico visa demonstrar, brevemente, por meio de dados estatísticos, os efeitos nefastos produzidos pela discriminação, prática essa que se perpetua em nossa Nação e que somente contribui para o aprofundamento das desigualdades sociais e a manutenção de um ambiente social onde se tem a certeza, por parte das minorias, de que as instituições da sociedade, do poder público, favorecem tão somente aqueles que se encontram nos estratos sociais mais elevados.

Dessa maneira, pensamos estar a reforçar a idéia de que as ações afirmativas constituem um dos instrumentos mais eficazes para que seja quebrada tal estrutura, que outra denominação não pode receber senão a de uma estrutura de dominação que deslegitima a ordem constitucional, que fere valores basilares da Constituição de 1988, entre eles o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Os números aqui apresentados, ainda que poucos, servirão também para rechaçar a idéia de que no Brasil não há discriminação em virtude de raça, até porque a história da formação de nosso país estaria inexoravelmente vinculada à mistura de três raças (branca, negra e vermelha), que manteriam suas relações sociais de forma harmônica⁴⁶, a justificar o mito da democracia racial⁴⁷.

⁴⁶ Tal concepção acerca da formação da história do Brasil, já se encontra desde o século XIX, pois em 1844, o recém-criado Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro realizou seu primeiro concurso com o seguinte desafio: “Como escrever a História do Brasil”. O vencedor foi o naturalista estrangeiro Von Martius, defensor da tese de que a trajetória brasileira seria construída pela mistura de suas três raças (branca, negra e vermelha), de uma maneira desconhecida na história antiga e que deveria servir mutuamente de meio e fim. O país seria, portanto, o resultado futuro e promissor da convergência de três afluentes diferentes, que faziam as vezes das raças (SCHWARCZ, 2001, p. 21-22).

⁴⁷ A criação do mito da democracia racial, entendida como “a lenda de que no País o preconceito racial não existe e que as relações entre as raças são perfeitas e harmônicas”, é creditada a Gilberto Freyre, quando da publicação de sua obra *Casa-Grande e Senzala*. Todavia, conforme observado por Kaufmann (2007, p. 102), em nenhuma passagem do referido livro Gilberto Freyre utilizara a expressão *democracia racial*, fato esse reconhecido por Antonio Sérgio Guimarães, que, ao analisar as origens de aludida expressão, acabou por creditar a Roger Bastide a primeira alusão ao termo.

Como o levantamento de dados estatísticos não é o objeto central deste estudo sobre as desigualdades sociais verificadas no Brasil, nossa amostragem se cingirá, portanto, a alguns dados numéricos, em especial quanto à discriminação por gênero e por raça, com predomínio à discriminação racial, uma vez que esse tipo de discriminação por vezes ainda se mescla à discriminação por gênero, principalmente nas relações de trabalho.

Abramo (2006), com base em dados verificados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2003, observa que, não obstante o fato das mulheres representarem 43% da População Economicamente Ativa (PEA) do Brasil e os negros de ambos os sexos somarem 46% do PEA (as mulheres negras corresponderiam a 18% do PEA, o equivalente a mais de 15 milhões de pessoas), continuariam as mulheres e os negros a serem objeto de discriminação nas relações de trabalho, sendo certo que, em relação às mulheres negras, estas seriam alvo de uma dupla discriminação – de gênero e de raça.

São apontados, também, por Abramo (2006, p. 40-41), alguns dados quanto à participação no mercado de trabalho:

A taxa de participação das mulheres mais pobres e com menos escolaridade ainda é muito inferior à taxa de participação das mulheres mais escolarizadas, o que indica a existência de diferenças importantes entre as mulheres relacionadas aos diferentes estratos de renda aos quais elas pertencem, e a dificuldade adicional de inserção das mulheres pobres no mercado de trabalho.

[...]

A taxa de desemprego de mulheres e negros é sistematicamente superior à de homens e brancos e a taxa de desemprego das mulheres negras é quase o dobro da dos homens brancos.

No tocante à remuneração no mercado de trabalho, Abramo (2006) ressalta a persistência de discrepâncias relativas ao sexo e à cor das pessoas, conforme se observa em seus estudos:

[...] Por hora trabalhada, as mulheres recebem, em média, 79% da remuneração média dos homens (ou seja, 21% a menos) e os trabalhadores negros de ambos os sexos recebem em média a metade (50%) do que recebem o conjunto dos trabalhadores brancos de ambos os sexos, enquanto que as mulheres negras recebem apenas 39% do que recebem os homens brancos (ou seja, 61% a menos). Por mês, essas diferenças são ainda mais acentuadas: as mulheres recebem em média 66% do que recebem os homens, os negros 50% do que recebem os brancos, e as mulheres negras apenas 32% do que recebem os homens brancos.

Os rendimentos dos negros são sistematicamente inferiores aos dos brancos, inclusive entre aqueles que têm o mesmo nível de escolaridade. Em cada uma das faixas consideradas, inclusive entre aqueles que têm estudos pós-secundários (11 a 14 e 15 anos e mais), os negros recebem aproximadamente 30% a menos que os brancos. Se compararmos mulheres negras com homens brancos (ambos na faixa de 11 anos e mais de estudo), elas recebem apenas 46% do que recebem os homens brancos por hora trabalhada. (ABRAMO, 2006, p. 41).

Quanto ao tipo de ocupação verificada no mercado de trabalho, Abramo (2006) realça persistirem as desigualdades, uma vez que a população feminina estaria concentrada nos segmentos mais precários do mercado de trabalho, tais como: trabalhadores por conta própria (com exceção dos profissionais ou técnicos), serviços domésticos e funções sem remuneração. Entre os índices mais altos verificados nos países latino-americanos, o pesquisador destaca:

[...] A porcentagem de mulheres ocupadas no serviço doméstico (18%) está entre as mais altas entre os países latino-americanos. Se somamos a isso a porcentagem de ocupadas sem remuneração (15%), chegamos a uma cifra de 33%. Isso significa que um terço das mulheres que trabalham no Brasil ou não recebem nenhuma remuneração pelo seu trabalho ou estão ocupadas no serviço doméstico. Além disso, do total de ocupadas no serviço doméstico, apenas 27% têm carteira assinada (ou seja, mais de 2/3 delas não estão registradas e não gozam dos benefícios previstos na legislação do trabalho). (ABRAMO, 2006, p. 41).

Acerca da distribuição da riqueza e da pobreza no país, em estudo direcionado à evolução das condições de vida na década de 90, e com base em análise de informações obtidas nas Pesquisas Nacionais por Amostragem de Domicílios (PNAD), de 1999, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Henriques (2001) explica que se a pobreza é um dos mais agudos problemas econômicos do país, a desigualdade é a principal determinante da pobreza.

Por conta disso, Henriques (2001) disserta que a priorização de políticas públicas que visem à questão da desigualdade social deverá levar em conta, necessariamente, o problema da desigualdade racial.

A fim de corroborar suas assertivas, Henriques (2001, p. 9) verificou que: a) enquanto os negros em 1999 representavam 45% da população brasileira, acabavam por corresponder a 64% da população pobre e 69% da população indigente; b) os brancos, por sua vez, muito embora representassem 54% da população total, correspondiam a apenas 36% dos pobres e 31% dos indigentes; e

c) dos 53 milhões de brasileiros pobres, 19 milhões seriam brancos, 30,1 milhões pardos e 3,6 milhões, pretos.

Em outras palavras: os negros brasileiros encontravam-se, durante a década de 90, sobre-representados na pobreza. O pesquisador observou, ainda, que durante o início daquela década a pobreza encontrava-se em 40%, decaindo em 1995 para 34%, permanecendo até o final da década.

Ainda que os índices de pobreza tenham decaído, Henriques (2001) constatou que a comunidade negra sempre se encontrava sobre-representada na pobreza, de maneira que, independentemente dos patamares de pobreza apurados na década, a população negra sempre representou 63% da população pobre em todo o país.

Analisando a relação existente entre as populações de cada raça e a incidência da pobreza e da indigência em cada grupo racial, Henriques (2001, p. 11) concluiu que: a) considerada somente a população branca, tinha-se, em 1999, 22,6% de pobres e 8,1% de indigentes; b) entre a população parda, verificava-se 48,4% de pobres e 22,3% de indigentes; e c) considerada a população negra, constata-se 42,9% de pobres e 18,3% de indigentes.

Henriques (2001) apurou, ainda, que os negros representavam 70% dos 10% mais pobres da população, enquanto que, entre o décimo mais rico da renda nacional, somente 15% pertencia à população negra.

Em uma análise mais minuciosa, o autor verificou que, de cada dez pessoas no segmento mais pobre da distribuição de renda, oito eram negros, o que o levou a aduzir que “a constatação incontornável que se apresenta é que nascer de cor parda ou de cor preta aumenta de forma significativa a probabilidade de um brasileiro ser pobre” (Henriques, 2001, p. 11).

Sobre o fato da alegação de que no Brasil o problema da discriminação não se baseia em critério racial, mas sim na classe social, cumpre observarmos alguns dos resultados expostos por Almeida (2007, p. 215-232) em relação à população brasileira ter ou não preconceito racial.

Esses dados foram verificados por Almeida (2007) com base nos resultados divulgados pela Pesquisa Social Brasileira (PESB), empreendida pelo DATAUFF, da Universidade Federal Fluminense, financiada pela Fundação Ford, e se encontram parcialmente reproduzidos em sua obra *A cabeça do Brasileiro*.

A Pesquisa Social Brasileira, utilizando-se da classificação do IBGE – que divide a população brasileira entre brancos, pretos e pardos, excetuando-se amarelo e índio –, e de metodologia indireta, apresentou aos entrevistados um cartão com oito fotos de pessoas diferentes, formando uma escala de cores. Nos dois extremos do cartão, foram apostas as fotografias de um branco e um preto, e entre eles seis fotos intermediárias, em uma seqüência que vai do homem mais branco para o mais preto, assim classificadas a partir de um conjunto de características físicas, tais como: textura do cabelo, cor dos olhos, cor da pele, grossura dos lábios e formato do nariz.

A primeira pergunta feita aos entrevistados, foi para indicarem qual era a cor de cada uma das pessoas constantes nas fotos, se branco, preto ou pardo.

Foi perguntado, também, aos entrevistados, se entre as pessoas fotografadas quais pareceriam nordestina.

Apurou-se, então, que a cor predominante do nordestino seria o pardo, e que quanto mais branca ou mais negra fosse a pessoa, menos ela seria identificada com o nordestino.

Classificadas as fotos pelos entrevistados em branco, preto ou pardo, foram feitas 17 (dezessete) perguntas, das quais selecionamos parte delas e seus respectivos resultados, à vista do âmbito deste trabalho, que não nos permite alongar tal descrição.

Os entrevistados foram, então, questionados sobre quais pessoas: a) seriam mais inteligentes; b) seriam mais honestas; c) teriam mais estudo; e d) teriam modos mais educados. Verificou-se que, com exceção do quesito mais honesto, para o qual foi eleito um branco e um negro, para todos os demais quesitos positivos foram eleitas as duas pessoas mais brancas.

Para as perguntas formuladas no sentido de indicar quais pessoas fotografadas: e) pareceriam criminosas; f) pareceriam ter menos oportunidades, e g) pareceriam mais pobres; foram obtidos os resultados abaixo descritos.

A condição de criminoso foi associada mais aos pardos do que aos pretos. Particularmente nesse quesito cabe ressaltar que o número de brasileiros que acham que o pardo é o que mais se assemelha à figura do criminoso é de três vezes mais daqueles que associam à pessoa de cor branca. Os pretos, em absoluta maioria, seguidos dos pardos, foram vinculados como resposta à questão sobre quais pessoas pareceriam ter menos oportunidades. E os pretos e os pardos

também dominaram as respostas quanto ao questionamento acerca daqueles que pareceriam mais pobres.

Em relação às perguntas formuladas quanto à profissão que seria exercida por cada uma das pessoas fotografadas: h) advogado; i) professor de ensino médio; j) motorista de táxi; l) porteiro; m) lixeiro/varredor de rua; n) carregador; e o) engraxate; foram obtidas as respostas abaixo reproduzidas.

Para as duas profissões de maior prestígio (advogado e professor médio), os dois brancos não-nordestinos foram os que apresentaram maior votação, de maneira que profissão de prestígio é associada a pessoas brancas. Por sua vez, motorista de táxi seria a profissão mais indicada ao pardo e ao branco-nordestino; porteiro seria a profissão do branco nordestino, do pardo e também do preto, enquanto que lixeiro, carregador e engraxate estão mais para os pardos e os pretos.

Ressaltamos, também, que entre as ocupações de menor prestígio (engraxate), entre as analisadas, foi majoritariamente associada ao preto.

Tais resultados permitiram que Almeida (2007, p. 227) concluísse que o preconceito baseado na cor existe, é muito difundido e está enraizado entre nós. O que reforça seu argumento inicial de que não há “nada melhor no Brasil do que ser homem e branco” (ALMEIDA, 2007, p. 39).

A partir do exposto, podemos argumentar que se é certo que a desigualdade no Brasil pode ser explicada em parte por uma má distribuição de renda, um baixo crescimento econômico que não permite a geração de riqueza suficiente para ser partilhada por todos, por uma má distribuição da carga tributária, não podemos deixar de citar que a desigualdade social em nosso país tem também uma forte conotação racial, haja vista que os negros e seus descendentes ocupam os níveis mais baixos da sociedade, inclusive em seu plano imaginário.

Sendo assim, entendemos que a adoção das ações afirmativas revestem-se não só de legalidade constitucional, como também legitimam-se como instrumentos de transformação social.

3.4 Conceituação

Segundo Gomes (2003, p. 94), 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.

Em caminho semelhante segue a definição de ações afirmativas apontada por Kaufmann (2007, p. 220):

Instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social.

Não podemos deixar de ressaltar que se é verdade que a noção e o desenvolvimento de ação afirmativa tenha se dado nos Estados Unidos, no Direito europeu a igualação pela desigualação também se faz presente sob uma nova denominação, qual seja, a de discriminação positiva.

É Mélin-Soucramanien (apud SILVA, 2003, p. 68), quem define a discriminação positiva 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.

A se encaixar como uma luva sobre o que se pretende com as discriminações positivas, são as palavras de Bobbio (1997, p. 32), que considera que, “desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.

Quanto às definições acima descritas, não podemos deixar de ressaltar quatro observações de suma importância.

A primeira, diz respeito ao fato de que não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas⁴⁸, pequenas empresas, empresas de propriedade de grupos minoritários étnicos ou raciais, discriminados de uma forma geral, podem ser sujeito da ação afirmativa (SILVA, 2003, p. 64).

A segunda, consiste na circunstância de as ações afirmativas não se resumirem às cotas^{49,50}.

Decerto, as ações afirmativas incluem diferentes tipos de estratégias e práticas, com as quais se pretende promover a igualação de oportunidades de acesso a bens e direitos, possibilitando, assim, a todos, sem qualquer discriminação, o oferecimento de plenas condições para o seu pleno desenvolvimento.

Nesse passo, Wania Sant'Anna e Marcello Paixão Gomes (apud GOMES, 2003, p. 114), discorrem no sentido de que:

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 frequentemente 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 estabelecimento de um percentual a ser preenchido por 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

⁴⁸ Encontramos caso típico de ação afirmativa em benefício de pessoa jurídica, disposto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que assim determina: "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁴⁹ O sistema de cotas já é conhecido no Brasil desde a aprovação do Decreto nº 20.291, de 19 de agosto de 1931, que regulamentava a execução do Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930, mais conhecido como Lei dos 2/3, por assegurar a presença de um mínimo de dois terços de brasileiros natos, entre todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo Federal ou dos Governos Estaduais e Municipais, ou que com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras. Também a "Lei do Boi" (Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968), que criou reserva de vagas, anual, nos cursos de ensino médio agrícola e superiores de veterinária e agronomia, mantidos pela União, para os candidatos que fossem agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, e que residissem na zona rural ou mesmo urbana.

⁵⁰ Conforme referido por Gomes (2001, p. 40), por volta do final da década de 60 e início dos anos 70, provavelmente por se ter verificado a 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 por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais.

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.

Na esteira desse pensamento, leciona Menezes (2001, p. 30) que o próprio governo federal norte-americano, ao adotar as ações afirmativas, acaba por se valer de outros mecanismos que não se utilizam do sistema de quotas. É o caso, por exemplo:

Da oferta de treinamentos específicos para membros de certos grupos, quando tendentes a corrigir os desequilíbrios existentes, e da reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados, levando-se em conta fatores que estão associados aos grupos que se pretende beneficiar (v.g. prestigiar os indivíduos bilíngües, de modo a favorecer os grupos sociais de origem hispânica).

Destaca, ainda, Menezes (2001, p. 31), que, atualmente, praticamente não seria mais utilizado o sistema de *quotas* nos Estados Unidos, já que importaria um tratamento discriminatório contra certas pessoas, que não integrariam o grupo favorecido pelas ações afirmativas, com base em critérios vedados pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a raça⁵¹.

A terceira observação, bem lembrada por Menezes (2001, p. 32) refere-se ao freqüente equívoco no sentido de que o conceito de ações afirmativas abrangeria somente iniciativas oficiais ou programas previstos em lei, quando é plenamente concebível a elaboração de ações afirmativas voluntárias, espontaneamente pelas empresas de acordo com sua política interna de recursos humanos.

⁵¹ Christopher Edley Jr. Menezes (apud MENEZES, 2001, p. 31) destaca que: “quotas – significando camisas-de-força numéricas rígidas são absolutamente vedadas (*illegal*) pela Constituição e pela legislação relativa aos direitos individuais (*civil rights statutes*), exceto em sentenças judiciais bastante incomuns e limitadas quando um juiz considera ter sido o acusado renitente ou hostil e parece não haver nenhuma outra solução disponível para corrigir uma discriminação duradoura e comprovada”.

No Brasil, não obstante o art. 93 da Lei nº 8.213/91⁵² ter impulsionado a contratação de pessoas deficientes pelas empresas, estabelecendo percentuais mínimos de ocupação de cargos por deficientes em relação ao montante de empregados mantidos pela empresa, verificamos diversos casos de empresas que mantêm programas próprios de ações afirmativas, como é, por exemplo, o caso da SERASA em São Paulo.

A referida empresa mantém programa próprio de empregabilidade, que não se limita à contratação de empregados deficientes, haja vista promover cursos de adequação dos demais trabalhadores àqueles com necessidades especiais, como o curso de aprendizagem de Língua Brasileira de Sinais (Libras), e o convênio assinado com a Universidade de Santo Amaro (UNISA), por meio do qual o profissional com necessidades especiais que for aprovado no exame vestibular passará a gozar de bolsa de 80% da mensalidade, sendo-lhe ainda facultado o direito de assistir às aulas na própria empresa (ZANELLI, 2007).

A quarta e última observação, cinge-se ao fato de que as ações afirmativas são políticas que devem ser realizadas apenas e tão somente durante o prazo que se fizer necessário para serem sanados ou mitigados os efeitos da discriminação impingida às minorias desfavorecidas.

Temos assim que as ações afirmativas como instrumento de equilíbrio nas relações sociais, em favor de minorias que se acham à margem do gozo ou das oportunidades de fruição de direitos e bens produzidos pela sociedade e pelo Estado, devem somente perdurar temporariamente, posto que, uma vez atingidos os objetivos desejados, devem ser extintas, sob pena de criarem novas formas de discriminações injustas frente à ordem constitucional.

⁵² Dispõe o art. 93 da Lei 8.213/91: "A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

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

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

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados".

3.5 Embasamento das Ações Afirmativas: justiça compensatória ou distributiva?

Dissertar sobre qual seria o fundamento das ações afirmativas, importa em conceber qual o critério de justiça que será levado em consideração ao serem formuladas tais ações.

Já estivemos, anteriormente, a expor sobre o princípio da igualdade como critério de justiça (item 2.3), de forma a sinalizar a direção deste estudo, sem que, contudo, naquele momento, fosse possível ampliar a discussão a respeito das ações afirmativas em si.

Para muitos, as ações afirmativas devem ser entendidas como medidas de justiça de natureza compensatória, enquanto que, para outros, seriam de natureza distributiva.

Essas são as duas principais correntes teóricas, acerca do fundamento das ações afirmativas, sobre as quais passaremos a expor melhor.

Justiça compensatória: para os filiados a essa corrente, as ações afirmativas se prestariam a compensar, a reparar grupos minoritários em relação aos quais foram sonogados ou ao menos de sobremaneira dificultados o acesso a iguais direitos e bens, em virtude de discriminação que se prolongou no tempo.

A esse pretexto, as ações afirmativas teriam uma natureza restauradora segundo Jules Coleman (apud GOMES, 2001, p. 62), na medida em que seriam postos em prática os postulados da Justiça, <<não porque se promova justiça na distribuição de bens, mas porque se remediam injustiças no ponto de partida inicial>> da distribuição de vantagens e benesses.

Verifica-se, portanto, que as ações afirmativas fundadas em princípios próprios à justiça compensatória, serviriam para expungir uma situação de injustiça verificada, ainda que involuntariamente, mas que resultou em um desequilíbrio social no tocante à distribuição de direitos e benesses, haja vista que alguns acabaram por ser privilegiados em detrimento de uma minoria discriminada.

Gomes (2001, p. 63) ressalta que um dos mais nefastos da discriminação, especialmente quando a mesma se dá em razão da raça, se faz sentir no acesso à educação de qualidade, instrumento esse de grande valia na competição pela

obtenção de empregos e posições, escassos no mercado de trabalho, privando-se, assim, os grupos discriminados, de uma igualdade de oportunidades.

Não por outra razão que Michel Rosenfeld (apud Gomes, 2001, p. 63-64), expõe no sentido de que:

Para a teoria da justiça compensatória, a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação.

O fundamento de uma justiça compensatória também se deixa ver na formulação do conceito de ações afirmativas elaborado pelo extinto Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a Valorização da População Negra, criado à época do governo Fernando Henrique Cardoso, e que ora reproduzimos:

As ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado. (SANTOS, 2003, p. 96).

A teoria sobre a natureza compensatória das ações afirmativas, contudo, sofreu e ainda sofre duríssimas críticas, já que a idéia de reparação está vinculada diretamente à obrigação de ser efetuada por quem deu causa ao dano ilícito, para o prejudicado pelo ato lesivo, não antes de ser verificada a conexão entre o ato danoso e o dano suportado.

Ou seja, a reparação somente poderá ser exigida pelo lesado em relação àquele que provocou o dano.

A questão que se coloca, portanto, é essa: no caso das discriminações que se perpetuaram no tempo, como identificar, sem com isso praticar outras injustiças, a figura daquele que lesou e daquele que foi lesado?

A resposta para essa questão, no pensamento de Cruz (2005, p. 138), não pode ser dada no sentido de que toda a sociedade seria culpada pela discriminação,

pois esse seria um argumento apenas de ordem moral, destituído de qualquer pretensão jurídica⁵³.

Justiça Distributiva: conforme citado por Gomes (2001, p. 66), é com base nos princípios da justiça distributiva que melhor se justificam as ações afirmativas, pois por essa por essa espécie de Justiça, que remontaria aos tempos de Aristóteles, haveria a necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade.

É dizer: todos os integrantes de certa sociedade teriam o direito de pleitear certas vantagens, riquezas, entre outras benesses produzidas por aquela sociedade, ou pelo menos de ter acesso a elas, no mesmo patamar de igualdade, o qual se verificaria se as condições sociais para tanto fossem justas (GOMES, 2001, p. 66).

Lembra-nos, ainda, o teórico que uma importante vertente da teoria distributivista teria como premissa básica a idéia de “igualdade de nascer”, que seria o ponto de partida de qualquer consideração séria no campo do direito à igualdade, haja vista que no momento do nascimento inexisteriam fatores relevantes de distinção entre as pessoas, a não ser aqueles de ordem natural, inerentes à raça e ao sexo, que por sua própria natureza não se prestariam para efeito de aferição de futura inteligência ou capacitação.

Assim, as diferenças somente iriam surgir ao longo da vida, sendo impostas pela sociedade, pelos valores prevalentes nesta.

Para efeito de mitigar tais diferenças, as ações afirmativas, ancoradas na concepção da justiça distributivista, nada mais seriam do que:

[...] a outorga aos grupos marginalizados, de maneira eqüitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de [redistribuição] de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional. (GOMES, 2001, p. 67-68).

⁵³ Vieira Júnior (2006, p. 205-206) menciona que após a aprovação da Declaração e do Plano de Ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Intolerâncias Correlatas, em Durban, na África do Sul, em setembro de 2001, adquire força no mundo o movimento pelo qual se objetiva a responsabilização dos Estados que adotaram a escravidão pelos danos gerados aos descendentes das populações escravizadas, destacando que a necessidade de reparação de tais danos acaba por legitimar as ações afirmativas no continente americano.

Comparato (2001, p. 461-462), sob o argumento de que se todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, conforme proclamado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, enfatiza que a vida social deverá organizar-se sob os fundamentos da justiça proporcional ou distributiva discorrida por Aristóteles, haja vista que seria objetivo da justiça proporcional ou distributiva instaurar a igualdade substancial de condições de vida, o que somente pode se realizar por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental.

Declara, por fim, Gomes (2001, p. 72-73), que aqueles que se opõem à tese da justiça distributiva, avalizam seus argumentos no sentido de que nem sempre é possível identificar, dentre as diversas iniquidades sociais, quais seriam aquelas decorrentes da discriminação racial ou sexual, e aquelas que seriam resultantes de outros fatores.

Na doutrina nacional, o pensamento de Cruz (2005, p. 140-141) merece igualmente destaque. Para o autor, as ações afirmativas não se legitimariam por meio das teorias compensatórias e distributivistas, mas sim nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para embasar sua teoria, expõe que a necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades.

Nesse passo, as ações afirmativas seriam:

[...] discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitirmos acesso a cargos e empregos públicos e privados, mandatos políticos, garantir-lhes acesso à saúde, à educação, à liberdade religiosa e de expressão compõe um substrato essencial de democracia atual. (CRUZ, 2005, p. 141).

Com a devida vênia ao autor ora em apreço, entendemos que a adoção das ações afirmativas sob os fundamentos do pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana, não substituem de melhor forma a razão de serem realizadas as ações afirmativas sob os auspícios da justiça distributiva, até porque estamos a nos referir à concepção de tais ações em um ambiente também democrático, no qual se torna obrigatória a observância às especificidades de cada um, bem como de cada grupo, assim como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, ainda que concluamos que as ações afirmativas encontrem seu melhor fundamento junto à justiça distributiva, comungamos do entendimento manifestado por Madrugá (2005, p. 97), no sentido de que, por vezes, pode se verificar o entrelaçamento das teorias compensatórias e distributivistas, de maneira que uma estaria a complementar a outra.

Da mesma forma, o incremento de políticas de discriminação positiva, observados os princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de considerar as injustiças havidas no passado, que se traduziriam ainda nos dias atuais, em desvantagens socioeconômicas e, tampouco se deixaria de considerar as necessidades de uma distribuição mais equânime de oportunidades entre os mais desfavorecidos socialmente.

3.6 Objetivos das Ações Afirmativas no Estado Democrático de Direito Brasileiro

Tratando-se de instrumentos utilizados por entidades públicas e privadas, com vistas à realização do princípio constitucional da igualdade em sua acepção material e à construção de uma sociedade mais justa no tocante à distribuição de bens, direitos e ônus, temos por óbvio, que os fins pretendidos pelas ações afirmativas deverão guardar perfeita consonância com os objetivos a serem perseguidos pela República brasileira, que se acham devidamente consignados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Deveras, conforme bem observado por Gomes (2003, p. 96), as ações afirmativas têm como objetivo precípua o combate às desigualdades sociais que se verificam principalmente como resultado de práticas sociais discriminatórias, e quando ainda se mostram como ineficazes, para tanto, a mera instituição de normas proibitivas de discriminação.

Nesse sentido, caminha também o pensamento de Menezes (2001, p. 29), para quem:

Releva destacar, inicialmente, que a ação afirmativa tem por *finalidade* implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar.

[...] Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais.

Os objetivos das ações afirmativas, entretanto, não se limitam ao enfrentamento das desigualdades sociais por meio da efetivação da igualdade de oportunidades.

Prestam-se igualmente as ações afirmativas a auxiliar no “desmonte” das estruturas sociais que, até então, beneficiaram primordialmente aqueles que se encontravam no alto da pirâmide social.

Essas estruturas sociais que perpetuam e fomentam as desigualdades sociais, se encontram espalhadas em todos os âmbitos de relações desenvolvidas na sociedade, quer se tratem de relações de trabalho, de educação, de habitação, de saúde, de aplicação de lei ao caso em concreto.

A título de exemplo, citamos a crítica feita à seletividade do sistema penal brasileiro⁵⁴.

De fato, segundo Zaffaroni e Batista (2003, p. 47), a maioria dos delitos que são processados e apenados, resultando inclusive, em algumas oportunidades, no aprisionamento de seus autores, se refere às infrações penais que dizem respeito à obra tosca da criminalidade, aos delitos grosseiros, com fins lucrativos tais como as infrações penais contra a propriedade (furto e roubo) e o pequeno tráfico de tóxicos, que são cometidos, na maioria das vezes, por pessoas de educação primitiva, oriundas das classes mais baixas.

Ainda sobre o fato de as ações afirmativas objetivarem impedir a *discriminação estrutural*, Dworkin (apud MENEZES, 2001, p. 39) disserta na defesa das ações afirmativas verificadas nos Estados Unidos, em razão de sua natureza de utilidade social, que bem se adapta ao cenário constitucional e infraconstitucional brasileiro:

O princípio da igualdade, assegurado pela Constituição e pela legislação federal, impede não apenas a discriminação *subjética* (discriminação declarada e deliberada contra determinados grupos ou indivíduos), mas também a discriminação *estrutural* (padrões sociais e econômicos arraigados na sociedade norte-americana, em função de injustiças praticadas durante gerações, de baixas expectativas, de educação

⁵⁴ Sobre uma visão crítica do sistema penal, indicamos a leitura de Zaffaroni e Batista (2003) e de Baratta (2002).

deficiente e de preconceitos instintivos, que influenciam as perspectivas de vida das pessoas). Dessa forma, a erradicação das duas formas de discriminação, além de ser moralmente legítima, é admitida juridicamente como uma *meta pública cogente (compelling public goal)*. A ação afirmativa, nesse contexto, consistiria, principalmente, em um mecanismo para combater a discriminação estrutural.

Por outro lado, não podemos deixar de consignar que as ações afirmativas têm também como objetivos tanto a reparação de injustiças passadas, como a prevenção de futuros atos discriminatórios.

De fato, políticas discriminatórias positivas, ao garantirem a igualdade de oportunidade quanto à fruição de bens e direitos, impedem que fatores discriminatórios atuem em desfavor da ascensão social de grupos minoritários.

Em definição elaborada por Silvério (2002, p. 91-92), bem se verifica essa dupla objetividade das ações afirmativas:

Ações afirmativas são um conjunto de ações e orientações do governo para proteger minorias e grupos que tenham sido discriminados no passado. Em termos práticos, as organizações devem agir positiva, afirmativa e agressivamente para remover todas as barreiras, mesmo que informais ou sutis. Como as leis antidiscriminação – que oferecem possibilidades de recursos a, por exemplo, trabalhadores que sofreram discriminação –, as políticas de ação afirmativa têm por objetivo fazer realidade o princípio de igual oportunidade. E, diferentemente dessas leis, as políticas de ação afirmativa têm por objetivo prevenir a ocorrência de discriminação.

Para aqueles que defendem as ações afirmativas a partir de uma ética política, como é o caso de Duncan Kennedy (apud GUIMARÃES, 2005, p. 179), tem-se que o objetivo de tais ações seja político, prévio, portanto, à realização de ilustração ou à recompensa de mérito, já que o valor supremo a ser perseguido é a representação da diversidade cultural e comunitária, em todos os âmbitos da vida pública.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que as desigualdades entre os seres humanos são, hoje, produtos de formas de subordinação política e cultural, motivo pelo qual se acredita que apenas a ampliação do âmbito das ações afirmativas poderia sugerir a preservação e o desenvolvimento da diversidade cultural.

As ações afirmativas também teriam como objetivo possibilitar a convivência com a diversidade, além de maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos segmentos sociais, quer públicos, quer privados, que até então se

mostravam inatingíveis ou de difícil acesso em virtude da configuração de uma estrutura social discriminatória preexistente.

Dessa maneira, posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, viriam a ser ocupadas em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade (GOMES, 2003, p. 97).

Ademais, por meio dessa convivência entre diversos, as condições para se romperem os preconceitos acabam por serem propiciadas, já que, em virtude de uma convivência forçada juridicamente, tem-se que 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. (ROCHA, 1996, p. 88).

Objetiva-se, igualmente assim, por meio das políticas discriminatórias positivas, o rompimento com idéias preconcebidas com base em fundamentos inverídicos, sejam eles de ordem biológica, cultural, religiosa, etc., que se encontram enraizados no imaginário da sociedade, fonte do preconceito e do sentimento de superioridade de uns em relação a outros.

Por conseguinte, no escólio de Rocha (1996, p. 99) tem-se que:

A ação afirmativa reconstrói o tecido social introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito então apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna.

De outra feita, as ações afirmativas também cumpririam o papel de criar personalidades emblemáticas, ou seja, criariam exemplos vivos de ascensão social, por conta de representantes de minorias terem alcançado posições de prestígio e poder, de sorte que seria assim sinalizado aos mais jovens que, quando chegada a sua vez, não se verificariam obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos (GOMES, 2003, p. 97-98).

Esse papel assumido pelas ações afirmativas é de suma importância, pois atua na interiorização de imagens que haverão de aumentar a auto-estima dos indivíduos pertencentes às classes mais desfavorecidas, desmistificando as justificativas que fundamentam atitudes discriminatórias.

Não podemos ignorar que os efeitos da discriminação também se fazem presentes no plano psicológico das pessoas, determinando seu comportamento na sociedade e as expectativas de realização que possuem em seu âmbito.

Jodelet (1999, p. 63), descrevendo importante pesquisa feita nos Estados Unidos, cujos resultados orientaram decisões do Congresso americano, relata que “crianças negras, convidadas a escolher entre bonecas negras ou brancas, exprimiram maciçamente sua preferência e identificação pelas bonecas brancas”.

Outras pesquisas igualmente foram realizadas sobre as conseqüências da discriminação racial até os anos setenta, sendo que esses últimos estudos:

[...] mostraram sentimentos de insegurança e de inferioridade imputáveis a um status marginalizado, privado de prestígio e de poder e à interiorização das imagens negativas veiculadas pela sociedade, tanto quanto de uma patologia social ligada à imbricação de múltiplos fatores: a exclusão, limitando as chances sociais, provocaria a desorganização familiar e comunitária, socialização defeituosa, perda dos sinais identificatórios, desmoralização, etc. (JODELET, 1999, p. 63).

Cumpre ressaltarmos que as ações afirmativas ainda possuem um objetivo que nos remete a uma conclusão que parece ser óbvia, se não fosse tão rejeitada pela população brasileira: formamos uma sociedade preconceituosa, que efetivamente discrimina e que precisa passar por profundas transformações para ser adjetivada como uma sociedade justa, livre e solidária.

Parece-nos que preferimos negar o nosso *status* de preconceituosos, pois como bem exposto por Schwarcz (2001, p. 77-78):

Seja da parte de quem preconceitua, seja da parte de quem é preconceituado, o difícil é reconhecer a discriminação, e não o ato de discriminar. Além disso, o problema parece se resumir a afirmar oficialmente o preconceito, e não a reconhecê-lo na intimidade. Esse conjunto de argumentos demonstra como estamos diante de um tipo particular de racismo; um racismo sem cara, que se esconde por trás de uma suposta garantia da universalidade das leis e que lança para o terreno do privado o jogo da discriminação.

A sustentar tais argumentos, Schwarcz (2001, p. 76-77), descreve duas pesquisas realizadas para entender como os brasileiros definiam o racismo vigente no Brasil.

A primeira pesquisa, realizada em 1988, cem anos após a Abolição, apresentou os seguintes resultados:

[...] enquanto 97% dos entrevistados afirmaram não ter preconceito, 98% disseram conhecer, sim, pessoas e situações que revelavam a existência de discriminação racial no país. Ao mesmo tempo, quando inquiridos sobre o grau de relação com aqueles que denominaram racistas, os entrevistados indicaram com frequência parentes próximos, namorados e amigos íntimos. A conclusão informal da pesquisa era, assim, que todo brasileiro parece se sentir como uma “ilha de democracia racial”, cercado de racistas por todos os lados.

A segunda pesquisa, efetivada em 1995, pelo jornal *Folha de S. Paulo*, apurou números finais semelhantes: enquanto 89% dos brasileiros afirmaram haver preconceito contra negros no país, só 10% reconheceram ter preconceito.

No entanto, na mesma pesquisa, verificou-se ainda, de forma indireta, que 87% revelaram possuir algum preconceito, ao enunciarem ou concordarem com frases e ditos de conteúdo racista.

Assim, posicionamo-nos no sentido de que devemos primeiramente admitir que formamos uma sociedade, na qual se encontra arraigada uma cultura discriminatória, que por motivo de gênero, raça, deficiência física, entre outros, subjuga indivíduos ou grupos minoritários, dificultando-lhes sobremaneira a percepção de direitos, bens, riquezas a que fazem jus.

Uma vez admitida nossa cultura discriminatória, deverá a sociedade e o Estado brasileiro, se valerem de todos os meios legais e legítimos (entre eles a adoção de políticas discriminatórias positivas), para se opor à discriminação e seus efeitos, uma vez que são fatos sociais que tanto não se ajustam a um ambiente democrático, quanto à meta de se construir uma sociedade justa e solidária.

Constatação nesse sentido também se verificou na fala do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1987, em seminário realizado para debater o racismo no país, bem como para formular políticas públicas de combate à discriminação racial, entre as quais as ações afirmativas. Eis o discurso do Presidente:

Nós, no Brasil, de fato convivemos com a discriminação e convivemos com o preconceito, mas ‘as aves que aqui gorjeiam, não gorjeiam como lá’, o que significa que a discriminação e o preconceito que aqui temos não são iguais aos de outras formações culturais. Portanto, nas soluções para esses problemas, não devemos simplesmente imitar.

[...] É melhor, portanto, buscarmos uma solução mais imaginativa. [...], a discriminação parece se consolidar como alguma coisa que se repete, que se reproduz. Não se pode esmorecer na hipocrisia e dizer que o nosso jeito não é esse. Não, o nosso jeito está errado mesmo, há uma repetição de discriminações e há a inaceitabilidade do preconceito. Isso tem de ser desmascarado, tem de ser, realmente, contra-atacado, não só verbalmente, como também em termos de mecanismos e processos que possam levar a uma transformação, no sentido de uma relação mais democrática, entre as raças, entre os grupos sociais e entre as classes. (SANTOS, 2003, p. 94-95).

De fato, se a discriminação que se reproduz em nosso país não é a mesma que se verifica nos Estados Unidos da América, se são distintos os fatores que motivaram a discriminação racial aqui e lá, não é menos verdade que a prática de ato discriminatório contradiz a dignidade do homem, negando-lhe a condição de cidadão, devendo ser enfaticamente combatida, mediante normas que punam a discriminação, o preconceito, o racismo, e também por intermédio de políticas pró-ativas a serem adotadas pelo Estado e por toda a sociedade, por meio das quais sejam oferecidas igualdade no tratamento dispensado, quer seja na prescrição de tais direitos, quer seja em seu gozo efetivo.

3.7 As Ações Afirmativas em Espécie: um recorte sobre o sistema de cotas para reserva de vagas para as universidades

Em consonância com os objetivos fundamentais perseguidos por nossa República, na busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, que perpassa por um entendimento do princípio da igualdade sob os aspectos formal e material, a legislação infraconstitucional tem sido farta na implementação de ações afirmativas.

Dessa maneira, neste tópico de nosso trabalho, não temos a pretensão de esgotar o estudo sobre as mais diversas modalidades de ações afirmativas que se vislumbram no cenário infraconstitucional pátrio, até porque tal tema compreende por si só objeto de trabalho específico para tanto.

Somente a título de exemplo, dentre uma vasta gama de ações afirmativas que atualmente vigoram no cenário infraconstitucional brasileiro, podemos citar: a) a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e assegura em seu art. 5º,

parágrafo 2º, às pessoas portadoras de deficiência, a reserva em até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso, desde que as atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; b) a Lei nº 9.504/97, que estabelece normas sobre a eleição e determina em seu artigo 10º, parágrafo 3º, a reserva de vagas de candidatos em no mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo; c) a Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, determinando, em relação às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população (art. 1º, inc. I), preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas (art. 1º, inc. II) e prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda (art. 1º, inc. IX).

Assim, à vista da extensão do tema – espécies de ações afirmativas –, propomos, nesta parte de nosso estudo, um recorte desse gênero de ação política, haja vista que poucas ações afirmativas suscitam tantas discussões como essa, além de encerrar grande parte dos argumentos dos quais se valem tanto os adeptos quanto os detratores das ações discriminatórias positivas.

3.7.1 A reserva de vagas no ensino superior por meio do sistema de cotas

Em que pese toda a controvérsia que se atesta nas discussões sobre a constitucionalidade ou não, sobre os critérios de justiça ou de injustiça que se acham presentes quando o assunto é, principalmente, a destinação de cotas a negros para preenchimento de vagas no ensino superior, já verificamos anteriormente que o sistema de reserva de vagas por cotas não é nenhuma novidade no Brasil.

De toda a maneira, os debates sempre se mostram muito mais acalorados especialmente quando o cerne da questão versa sobre a reserva mínima de vagas nas universidades a negros (pretos e pardos).

Os argumentos mais utilizados pelos opositores da adoção de reserva de vagas nas universidades a candidatos negros são aqueles empregados também, em regra, para refutar as ações afirmativas em geral.

Referidos argumentos, expostos independentemente do grau de sua importância para aqueles que deles se utilizam em desfavor ao sistema de cotas, são da seguinte ordem:

- 1º) as cotas não levam em conta o mérito, que deveria ser o único critério para a seleção de candidatos à universidade, de maneira que acabariam por nivelar para baixo o nível de ensino verificado nas universidades;
- 2º) as cotas acabariam por resultar em uma discriminação reversa, passando a ser discriminados aqueles que foram preteridos no processo de seleção, em virtude de não pertencerem a grupos vulneráveis;
- 3º) as cotas teriam o efeito de estigmatizar os negros contemplados com a reserva racial de vagas nas universidades, levando-os a serem vistos como inaptos, pois tiveram que se valer de critérios discriminatórios para alcançarem lugares nas graduações das universidades;
- 4º) seria preferível a adoção de cotas sociais ao invés de cotas raciais, pois a adoção de tais políticas atingiriam um número muito maior de pessoas, além de combater com maior amplitude o problema das desigualdades sociais, independentemente da cor da pessoa;
- 5º) a dificuldade de se dizer quem é negro no Brasil, por não haver uma classificação racial no país, havendo a séria possibilidade de ocorrerem fraudes, quando a pessoa declarar falsamente ser negra ou descendente de negro, com o intuito de gozar do privilégio resultante da reserva de vagas a negros nas universidades; e
- 6º) a inconstitucionalidade da efetivação de reserva de cotas no vestibular, pelo fato de ferir o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Passemos a refutá-los, haja vista a tese que adotamos neste trabalho, no sentido de ser totalmente compatível a adoção das ações afirmativas com o sistema constitucional pátrio, em especial com o princípio constitucional da igualdade.

Quanto ao primeiro argumento utilizado pelos detratores das reservas de cotas nas universidades e das ações afirmativas em geral, não procede o mesmo, à vista dos fundamentos a seguir expostos.

Primeiramente porque, para que possamos invocar o mérito como único critério possível a ser adotado nos processos de seleção de vagas nas universidades, torna-se necessário que primeiro façamos a seguinte pergunta: De

que mérito estamos a tratar? Devemos somente considerar o mérito de chegada, isto é, aquele que se traduz na aprovação de um processo de seleção que, atualmente, no Brasil, e em regra, se resume apenas nas notas obtidas em provas de vestibulares, sem levar em consideração quaisquer outros fatores, tais como participações em atividades extracurriculares que denotem a aptidão para o exercício da profissão almejada, ou mesmo a realização de entrevistas com os candidatos pré-classificados, para que se verifique, por exemplo, a trajetória que o mesmo teve que cumprir para chegar até aquele momento em que pleiteia uma vaga na universidade?

Parece-nos, por conseguinte, que se invocamos como critério de justiça o mérito individual para assunção a uma vaga ao ensino superior, não podemos esquecer que a dificuldade para ser aprovado no vestibular é muito maior por parte daqueles advindos das camadas sociais mais baixas (integradas em grande parte por negros e pardos, conforme já frisado anteriormente neste trabalho), e que freqüentaram a escola pública, do que por parte dos alunos de escolas particulares.

A situação se agrava ainda mais, quando essas pessoas são negras, em virtude da existência de toda uma estrutura discriminatória existente em nossa sociedade, que se reproduz inclusive no imaginário popular, em adágios tais como “preto quando não faz na entrada, faz na saída”, “preto parado é suspeito, correndo é ladrão”, vou embora agora para descansar, pois preciso trabalhar, já que “amanhã é dia de branco”.

Em segundo lugar, porque não existe um mérito que possa ser tido como estritamente individual, exclusivo daquele que o ostenta, pois, decerto outros fatores, tais como família, condições econômicas favoráveis, pertencer a um grupo social não discriminado, entre outros, acabam por contribuir ao efetivo acesso de uma pessoa a bens produzidos pela sociedade.

Sob essa perspectiva, constitui um engodo acreditarmos que todos somos iguais em nossas potencialidades, até porque as diferenças naturais são inevitáveis, e que a todos concorrem as mesmas condições de oportunidade.

Para abalizar esse pensamento, valemo-nos do raciocínio de Dworkin (2005, p. 308-309):

No mundo real, porém, as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal e informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada. A sorte desempenha um papel adicional, muitas vezes devastador, na

decisão de quem obtém ou mantém empregos que todos desejam. Além dessas desigualdades inequívocas, as pessoas não são iguais em habilidade, inteligência ou outras capacidades inatas; pelo contrário, divergem muito, não por escolha própria, nas várias capacidades que o mercado tende a recompensar.

[...]

Isso significa que as distribuições do mercado devem ser corrigidas para que algumas pessoas se aproximem mais da parcela de recursos que teriam tido, não fossem essas várias diferenças iniciais de vantagem, sorte e capacidade inerente.

E em terceiro lugar, porque, conforme bem asseverado por Munanga (2003, p. 127-128), as cotas não são distribuídas ou meramente sorteadas. Isto é, os alunos que se beneficiam das cotas submetem-se às mesmas provas de vestibulares que os demais candidatos, sendo somente classificados aqueles que obtiverem a nota de aprovação prevista para todos.

A única diferença, portanto, estaria na circunstância do candidato à vaga, ou seja, identificar-se como negro ou afro-descendente no ato de inscrição, fazendo com que sua prova seja classificada separadamente, para efeito daqueles que obtiverem notas de aprovação acabarem por ocupar as cotas estabelecidas.

Dessa maneira, somente alunos qualificados virão a ocupar as vagas nas universidades, motivo pelo qual não procede a afirmação de que haveria, com o sistema de cotas, um nivelamento por baixo no ensino de nível superior.

Expostos nossos argumentos, acreditamos que tanto as reservas sob a forma de cotas nas universidades em específico, quanto as ações afirmativas em geral, teriam o papel não de afastar o mérito individual, pois ao contrário, teriam o efeito de realçá-lo, já que haveria um nivelamento nas oportunidades de acesso a bens e direitos, de forma que somente viriam, efetivamente, usufruir de tais direitos e bens, aqueles que tivessem realmente mérito para tanto, não havendo ainda prejuízo do nível de ensino nas universidades.

É dizer que as reservas de cotas, em específico, e as ações afirmativas no genérico, teriam o efeito de aperfeiçoar processos de seleção que levassem em conta o mérito, e não eliminá-los.

Quanto ao segundo argumento, reputamos também como inverídico o fato de que as reservas de cotas às universidades, assim como as ações afirmativas resultariam em uma discriminação reversa, em uma discriminação às avessas.

Imputamos como não válido tal argumento, pois enfatizamos que a diferenciação prevista na reserva de cotas, assim como nas ações afirmativas,

atende a um reclamo constitucional, qual seja, o de dar efetividade ao princípio da igualdade previsto em nossa Carta Magna, de forma a concebê-lo tanto em seu aspecto formal quanto material.

Conforme bem assinalado por Madrugá (2005, p. 211):

O princípio da igualdade material, como visto, autoriza a adoção de discriminações positivas, em busca de uma efetiva igualdade real para todos. Ao igual um tratamento idêntico; ao desigual, um tratamento desigual, ou preferencial, o que não se confunde com arbítrio.

Temos, ainda, que a adoção de cotas pelas universidades não agrava o quadro de discriminações já existentes em uma sociedade, pois, ao contrário, vem a desigualar para poder igualar aqueles que são diferentes, inclusive em sua trajetória, até chegar aos exames de vestibular e aos bancos acadêmicos, procurando, assim, nivelar as oportunidades que até então se faziam presentes, quase que com exclusividade, apenas nas classes dominantes.

Nesse passo, destacamos o escólio de Dworkin (2005b, p. 607), para quem:

A ação afirmativa nas universidades, desse modo, não transforma em mais artificial a estrutura econômica e social da comunidade, porém em menos artificial; não produz a balcanização, mas ajuda a dissolver a balcanização que hoje, infelizmente, está em vigor.

Daí porque depreendemos que o sistema de reserva de cotas e as demais espécies legítimas de ações afirmativas não violam o princípio da igualdade, e tão menos criam uma desigualdade às avessas, justamente porque seu fim é o de corrigir o efeito de discriminações injustas anteriores, com o objetivo de criar uma sociedade justa, livre e solidária.

Com referência ao terceiro argumento, no sentido de que as cotas raciais poderiam estigmatizar ainda mais os negros, ao emprestar-lhes o adjetivo de incompetentes, tendo em vista que tiveram que se valer de reserva de vagas para alcançarem lugar nas graduações das universidades, cabe bem uma palavra: estranheza.

Sim, de fato causa estranheza tamanha preocupação por parte daqueles que são avessos ao sistema de cotas para o ensino superior, quando sabemos, tanto quanto o constituinte de 1987/1988, que a sociedade brasileira é discriminatória e que, mesmo após mais de um século passado desde a abolição da escravidão em

no Brasil, o negro raramente ocupa papéis de destaque em nosso país, a não ser no esporte e na música.

Queremos dizer com isso que tal efeito até poderá ocorrer, mas somente, em regra, pela participação daqueles que, mesmo inconscientemente, discriminam de forma negativa, pois, para aqueles que compreendem que é próprio de um ambiente democrático a convivência com a diferença, com a pluralidade, além do que é critério de justiça uma eqüitativa distribuição de bens e direitos entre todos da sociedade, não nos convence a concepção de que tal efeito se verificará.

Ademais, acreditamos que, se não for impossível deixar de existir tal percepção por parte de alunos universitários que não necessitaram da diferenciação estabelecida pelas cotas para ocupar uma vaga no ensino superior, ainda assim será de extrema valia, superando em muito o custo imposto, a adoção do sistema de cotas para forçar a convivência entre os diferentes, para se distribuir de forma mais equânime os bens concebidos em uma sociedade, para se dismantelar aos poucos as estruturas que favorecem a manutenção de uma sociedade desigual e, conseqüentemente, para se criar uma sociedade mais justa, objetivo fundante de nossa República.

Quanto ao quarto argumento, de que seria preferível a adoção de cotas sociais ao invés de cotas raciais, nos vemos, a partir de tal embate, no centro de uma discussão que envolve a preferência pela adoção de políticas universalistas, preterindo-se, portanto, a adoção de políticas diferencialistas (particularistas).

Conforme explicitado por Madrugá (2005, p. 238), as políticas universalistas, teriam uma perspectiva socioeconômica mais ampla, que não levaria em consideração qualquer tipo de distinção racial, de gênero, etc, motivo pelo qual seria de maior aceitabilidade.

Os adeptos das políticas universalistas, que também seriam adeptos das cotas sociais, defendem um maior investimento na área de ensino básico e médio, uma vez que é patente a baixa qualidade de ensino no Brasil, além de um aumento no número de vagas nas universidades, obtendo-se assim mais igualdade de oportunidades.

Preconizam ainda, os afiliados às políticas universalistas, que o cerne do combate às desigualdades sociais estaria em ações voltadas ao crescimento econômico e à desconcentração de renda (MADRUGA, 2005, p. 239).

Entre essas ações, podemos citar o programa Bolsa Família, regido pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, criado para unificar todos os benefícios sociais, anteriormente estabelecidos pelo governo federal (Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e o Auxílio Gás) num único programa.

O programa ora em comento objetiva combater a fome, a miséria e promover a emancipação das famílias mais pobres do país, por meio do fornecimento mensal de benefícios em dinheiro, pelo Governo Federal, para as famílias que se encontrem mais necessitadas, desde que cumpridas certas condições que lhes favorece o acesso a direitos sociais, tais como saúde, alimentação, educação e assistência social.

Essas condições que deverão ser observadas pela família beneficiada pelo Bolsa Família, acham-se no artigo 3º da Lei nº 10.836/2004, de seguinte teor:

A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento. (BRASIL, 2004).

Muito embora o cumprimento dessas condições possa vir a representar, a médio e longo prazos, o aumento da autonomia dessas famílias carentes, assim como o acesso a bens sociais, temos que o Bolsa Família não pode vir a ser categorizado como uma típica ação afirmativa, basicamente por quatro razões.

A primeira, que se cinge ao fato de o programa Bolsa Família não objetivar o acesso ao seu beneficiado de qualquer bem havido em particular na sociedade, como, por exemplo, o acesso à educação ou ao trabalho em específico.

A segunda, refere-se ao fato de que por meio do Bolsa Família, não se objetiva igualmente conferir a qualquer 'minorities by will', a adoção de medidas especiais que não somente venham a isentá-las de tratamento discriminatório negativo, como também lhes preserve as suas características próprias.

A terceira, porque não leva objetivamente em consideração a necessidade de ser transposta qualquer barreira criada em virtude de uma prática cultural discriminatória havida na sociedade. As barreiras a serem aqui transpostas, a fim de que os favorecidos pelo Bolsa Família possam ter acesso a benefícios como saúde, educação e alimentação, são aquelas impostas precipuamente pela pobreza.

A quarta, pelo fato de que o Bolsa Família seria um típico programa de transferência de renda, de natureza assistencialista, com fulcro no artigo 203 da Constituição Federal de 1988, uma vez que a sua concessão e a sua manutenção depende tão somente do preenchimento dos requisitos previstos na Lei 10.836/2004, assim como o cumprimento das condições ali previstas, sem que seja necessário a qualquer dos componentes da família beneficiária efetuar qualquer contribuição à seguridade social, podendo inclusive ser suprimido no caso da mesma família vir a deixar de se enquadrar nas hipóteses previstas para a sua concessão (art. 2º da sobredita lei).

Feito o recorte necessário à exemplificação daquilo que consideramos típico do programa de redistribuição de renda, inserido, portanto, no conceito de política denominada de cunho universalista, voltamos nossa atenção para as particularidades das políticas diferencialistas.

Os adeptos das políticas diferencialistas (particularistas) pugnam que não basta o combate a pobreza, a melhora na distribuição de renda e do ensino médio e fundamental, pois seria necessário diferenciar e beneficiar certos grupos vulneráveis, garantindo-lhes o acesso ao ensino superior (MADRUGA, 2005, p. 239).

De nossa parte, pensamos que, frente a uma situação concreta de desigualdade, tanto poderá ser adotada uma ação política tipicamente universalista, quanto uma ação política de perfil diferencialista, desde que uma se mostre mais efetiva do que a outra no combate em relação àquela desigualdade social que se afigure e que se queira debelar.

De igual sorte, consideramos que, por vezes, longe de as ações políticas universalistas e diferencialistas se excluírem, acabam por se completar.

Assim, estamos de acordo com Madrugá (2005, p. 243), ao aduzir que a subdivisão das cotas em raciais e sociais carrega uma impropriedade, visto que a questão racial no Brasil passa necessariamente pela questão social, pela inclusão social do negro, que ocupa, em regra, conforme já exposto ao longo desse trabalho, as camadas socioeconômicas mais baixas da sociedade brasileira.

Com isso, contudo, não estamos afirmando que, com relação à reserva de vagas nas universidades brasileiras, basta a adoção das cotas sociais, haja vista que defendemos o entendimento de que a sociedade brasileira é do tipo que discrimina não apenas com base em dados socioeconômicos, mas também considera a cor da pessoa.

Por conseguinte, defendemos o posicionamento de que é necessária, igualmente, a adoção do critério racial para a reserva de vagas nas universidades, a fim de que, com maior rapidez, possam ser mitigadas as desigualdades sociais que são produzidas por causa, também, das discriminações raciais que se reproduzem em nossa sociedade.

A respaldar esse raciocínio, expomos o entendimento de Madrugá (2005, p. 242), para quem as medidas preconizadas pelas políticas universalistas, sozinhas, demandarão muito tempo para, quem sabe, minimizar o tratamento desigual que tem sido dispensado aos afro-descendentes.

Ademais, temos que o Executivo Federal já se firmou favoravelmente quanto ao caráter de complementaridade que se verifica entre as políticas universalistas e diferencialistas, ao encaminhar o Projeto de Lei nº 3.627/2004, que em regime de tramitação de prioridade na Câmara dos Deputados, institui o sistema especial de reservas de vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior, dispondo em seus dois primeiros artigos:

Art. 1º As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 2º Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do **caput**, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (BRASIL, 2004).

Outro exemplo nesse sentido é que são complementadas as políticas universalistas com as diferencialistas, é a instituição pelo Governo Federal do Programa Universidade para Todos - PROUNI, criado por meio da Medida Provisória nº 213/04, posteriormente convertida na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

O referido programa prevê sua adoção de forma voluntária por instituições privadas de ensino superior, que se beneficiarão de incentivos fiscais, mediante o cumprimento de regras específicas e compulsórias voltadas às entidades beneficentes de assistência social que atuem no ensino superior.

Por meio do PROUNI, são concedidas bolsas de estudo integrais ou parciais, no importe de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos (art. 1º da Lei nº 11.096/2005).

Conforme disposto no artigo 1º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 11.096/2005, o percentual da bolsa de estudo está condicionado à renda familiar per capita, pois será integral se essa não exceder o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio), e as bolsas de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

Verifica-se, ainda, que por força do estatuído no art. 7º, inc. II, parágrafo 2º, da Lei 11.096/2005, haverá ainda a destinação de determinado percentual de bolsas aos portadores de deficiência e aos autodeclarados indígenas e negros, percentual esse que deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos declarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Vê-se, assim, que torna-se totalmente compatível a conjugação em uma única ação de políticas de cunho universalista e de natureza diferencialista.

Essa conjugação se tornará cada vez mais imperiosa, quanto maior for a necessidade de serem obtidos resultados que não possam ser verificados a longo prazo, ou ainda quando for preciso vencer barreiras impostas por uma cultura discriminatória, em relação às quais as ações universalistas não se prestam a remover, haja vista primarem pela generalidade e não pela particularidade das situações e das pessoas que se encontram envolvidas.

Referente ao quinto argumento, que se traduz pela dificuldade de se dizer quem é negro no Brasil, por não haver uma classificação racial no país, temos que o mesmo não deverá prevalecer, ainda mais quando se pretender atribuir a essa dificuldade de classificação de raças em nosso país por conta do processo de mestiçagem nacional.

Ora, se a nossa sociedade sabe muito bem diferenciar o negro, o pardo e o branco, à vista de sua aparência física vislumbrada tão somente por meio de fotografias, consoante exposto na Pesquisa Social Brasileira (PESB), empreendida

pelo DATAUFF, da Universidade Federal Fluminense, devidamente mencionada no item 3.3 deste trabalho, acreditamos que não deva prevalecer tal argumento.

Nesse mesmo sentido, podemos aduzir que se não nos é possível classificarmos as raças humanas pelo emprego de critérios exclusivamente biológicos, assim o podemos fazer por meio das construções culturais que nos permitiram categorizar nossos semelhantes, em uma demonstração evidente de que o critério raça trata-se, na verdade, de uma construção sociológica.

Nesse contexto, a condição de ser negro ou afro-descendente poderá ocorrer mediante autodeclaração.

Ressalte-se que a autodeclaração é instrumento de identificação racial já previsto em norma federal, como é o caso do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É de se ver que o art. 2º, do decreto ora em comento, considera como remanescente das comunidades dos quilombos, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição.

Também é de se ressaltar que, na classificação do IBGE, as pessoas já são instadas a se categorizar em um dos cinco grupos: branco, preto, pardo, amarelo e indígena.

Quanto ao receio de que a autodeclaração possa levar a fraudes, a fim de que alguns poucos possam gozar das conseqüências das discriminações positivas que venham a favorecer integrantes de grupos vulneráveis, cremos que tal tipo de ilicitude poderá ser evitada com a adoção de algumas poucas e simples atitudes.

Uma dessas propostas é apresentada por Guimarães (2005, p. 208), no sentido de que bastaria reintroduzir em todos os registros do Estado a identificação da cor, sob a ótica de que se ser negro é realmente desvantajoso, quem gostaria de sê-lo?

Segundo a proposta deduzida por Madruga (2005, p. 233), outra atitude que pode ser contemplada, com vistas a combater autodeclarações fraudulentas, trata-se da pesquisa em banco de dados de identificação do declarante, averiguando-se as informações constantes em certidão de nascimento, fichas de matrículas

anteriores e oriundas de instituições de ensino, certificados de alistamento, fotografias, etc.

Outra solução nos é fornecida pela Universidade Federal do Paraná, que em seu processo de seleção 2008/2009, fez constar em seu edital de seleção que o candidato que concorresse às vagas de inclusão racial (20% das vagas oferecidas para os cursos), uma vez aprovado, deveria auto-declarar a sua cor como negra ou parda, possuindo os traços fenotípicos que o caracterizassem como pertencente ao grupo racial negro, estando ciente ainda de que seria submetido a entrevista pela Banca de Validação e Orientação da Auto-Declaração, designada pelo Reitor da UFPR, a fim de decidir se o candidato atenderia ao critério racial.

Nota-se, por conseguinte, que não há como sair vitorioso o argumento de que as cotas raciais não podem abalizar ações afirmativas, em específico a reserva de vagas para acesso à universidade, pois tanto há meios que podem se prestar à categorização dos integrantes de uma sociedade por raça, quanto se verificam instrumentos que possam ser mais bem trabalhados, com o objetivo de se combater as falsas declarações de identidade racial.

No tocante ao sexto e último motivo argüido por aqueles que se opõem ao sistema de cotas para acesso às universidades, acha-se aquele que se prende à alegação de ser inconstitucional a efetivação de reserva de cotas no vestibular, por ofensa ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Sobredita fundamentação foi rebatida ao longo de todo este trabalho, já que a tese aqui comungada sempre se desenhou no sentido de haver a plena compatibilidade de efetivação das ações afirmativas com o princípio da igualdade que se acha lavrado em nossa Carta Política de 1988.

Assim, para não nos tornarmos redundantes, acrescentaremos apenas mais dois argumentos aos já expostos.

Em acréscimo, o primeiro argumento que legitima a discriminação positiva, para efeito de serem igualadas as desigualdades, de maneira que a todo cidadão seja possibilitada igual distribuição de bens, direitos e ônus que se perfazem em determinada sociedade, sem que seja vitimizado por uma cultura discriminatória, temos a abalizada lição de Dworkin (2005, p. 448), que expõe:

Todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo.

Por último, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.330-1, Distrito Federal, ajuizada pela Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino, já se manifestou, por meio de seu Relator, Excelentíssimo Ministro Carlos Britto, favoravelmente à constitucionalidade das discriminações positivas, como se constata no excerto abaixo:

30. O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), **é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização**. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

31. Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou *desvalor*, ali).

[...]

35. Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por conseqüência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um povo.

36. Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações.

[...] E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, **como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.**

[...]

41. Nessa vertente de idéias, anoto que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de uma *descrímen* que acompanha a *toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade (BRASIL, 2004).

Assim sendo, constituindo-se as ações afirmativas, das quais a reserva de cotas é uma das espécies possíveis, uma das melhores reduções práticas do princípio constitucional isonômico, dando-lhe efetividade, concretizando a vontade da Constituição em edificar uma sociedade mais justa e igualitária, firmamo-nos no entendimento de que o sistema de cotas no ensino superior não afronta os ditames constitucionais.

Ressalvamos, apenas, que seus resultados devem ser mensurados periodicamente, assim como toda e qualquer ação afirmativa, para que possamos verificar se está sendo atingido o objetivo a que se propôs a discriminação positiva adotada, tendo em vista que entre o resultado apurado e a vontade que se expressa em nossa Constituição, por meio de seus princípios e objetivos fundantes ali talhados, deverá haver uma perfeita congruência.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, podemos afirmar que no Brasil não vivemos uma cortês democracia racial, onde não se promove a segregação racial e para todos são oferecidas as mesmas condições para alcance e gozo de bens e direitos, na mesma medida em que são suportados idênticos e proporcionais deveres.

Isso porque, ao contrário do que se prega, enormes são as desigualdades e as situações de injustiças que se verificam em nossa sociedade, de maneira que a adoção pelo Estado e pela iniciativa privada de políticas públicas afirmativas, longe de virem a ofender o princípio constitucional isonômico, estariam a encontrar pleno respaldo constitucional, sobretudo no próprio princípio da igualdade e no da dignidade da pessoa humana.

Assim não estariam as ações afirmativas a criar uma discriminação reversa, pois antes estariam a perfazer o princípio constitucional da isonomia que reclama por vezes a adoção de políticas de cunho individualista e não de caráter universalista, de maneira que em relação a certos grupos minoritários seja oferecida uma igualdade no tocante à oportunidade de fruição de determinados bens que, sem a adoção de tais políticas, se tornaria sobremaneira difícil, senão praticamente impossível, o acesso a tais direitos e bens.

De fato, entendemos que as ações afirmativas, concebidas como instrumento de transformação social, se coadunam com os objetivos perseguidos pela República brasileira, entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, art. 3º).

Mas, para que essas metas sejam alcançadas, afigura-nos como absolutamente necessária a concretização da igualdade no maior grau possível, pois, conforme observamos ao longo desta pesquisa, somente a igualdade sob o aspecto formal, com a igualdade de todos perante a lei, e a proibição de atitudes discriminatórias, não foi possível dismantelar a cultura discriminatória que vigora em nossa sociedade, como também as estruturas sociais que as fomentam e as perpetuam e que, por conseguinte, reproduzem e mantêm o quadro de desigualdades sociais.

Tal quadro se afigura como injustificável e intolerável em um ambiente democrático, pois ao negar-se a igualdade entre os homens, e, por reflexo, a dignidade que lhes é inerente, corrói-se o tecido social, coloca-se em xeque a legitimidade das instituições mantidas pela sociedade e pelo Estado, deslegitima-se, portanto, a Constituição.

Nesse compasso, é preciso entender que a igualdade, tida como critério de justiça na distribuição de ônus, direitos, bens e riquezas na sociedade, somente pode ser realizada se verificada a máxima Aristotélica, de maneira que os iguais sejam tratados de forma igual, e os desiguais de forma desigual.

Para tanto, deverá o Estado e a sociedade, em conjunto, adotarem uma postura ativa, no combate à discriminação e na adoção de políticas discriminatórias positivas que confirmem eficácia ao princípio isonômico.

Somente assim, poderemos construir uma Nação mais justa, na qual a discriminação, uma vez banida, possibilite-nos enxergar no outro, no diferente, a condição humana que também lhe é própria, a dignidade que cabe a todos nós.

REFERÊNCIAS

ABAL, Rafael Peixoto. O pensamento político de John Locke. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Introdução à História do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-164.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAMO, Laís. Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 58, n. 4, p. 40-41, out. dez. 2006. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n4/a20v58n4.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Instituições políticas*. São Paulo: Atlas, 1982.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Teoria geral do estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

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

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.

BEMFICA, Francisco Vani. *Curso de teoria do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 10. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. (Coord.). Tradução de João Ferreira; Revisão Geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORNHEIM, Gerd. Natureza do estado moderno. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 207-227.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967/1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 jan. 2008.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal do Brasil. ADI /3330 – Ação Direta de Inconstitucionalidade, de 21 de outubro de 2004. Brasília, 2004a. Requerente: Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requerido: Presidente da República, Relator Ministro Carlos Britto, Plenário 02 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3330&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Habeas Corpus* 82.424-2-RS, de 17 de setembro de 2003, DJ 19.03.2004, paciente Siegfried Ellwanger e autoridade coatora Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário Min. Moreira Alves. Brasília, 2004b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 fev. 2008.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 02 jul. 2008.

_____. Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 27 set. 2008.

_____. Projeto de Lei nº 3.627, de 20 de maio de 2004. Brasília, 2004c. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/223523.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2008.

_____. Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 27 set. 2008.

_____. Universidade Federal do Paraná. Pró-Reitoria de Graduação e Ensino Profissionalizante: Núcleo de Concursos. Processo Seletivo para ingresso nos cursos de graduação da UFPR no ano de 2009. Disponível em: <http://www.nc.ufpr.br/concursos_institucionais/ufpr/ps2009/documentos/edital042008.pdf>. Acesso em: 25 set. 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. Classificação dos Direitos Fundamentais. In: _____. *Direitos Fundamentais na constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 21-30.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal, Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CASSIER, Ernest. *O mito do estado*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Conex, 2003.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Estados Unidos da América, 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html>. Acesso em: 18 fev. 2008.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html. Acesso em: 18 fev. 2008.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Adotada e proclamada pela Resolução 217 (A) III da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legisintern/ddhibinteruniversal.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: RT; USP, 1973.

FARIAS, Edilsom Pereira de Farias. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCIA, Vinícius Gaspar. *Questões de raça e gênero na desigualdade social brasileira recente*. 2005. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000377003>>. Acesso em: 03 set. 2008.

GOIS, Antonio. Provão revela barreira racial no ensino. *Folha de S. Paulo*, 14 jan. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u19271.shtml>>. Acesso em 15 fev. 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio da igualdade (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*. Brasília: Conselho Especial de Justiça, 2003. p. 86-153. (Série Cadernos do CEJ, n. 24).

GRANDE Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito e discriminação*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2005.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Brasília: IPEA, 2001. 49 p. (Texto para discussão, n. 807). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td0807.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. 38. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD*. 2003. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/sintesePNAD2003.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 1996. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JODELET, Denise. Os processos psicossociais da exclusão. In: BADER, Sawaia (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 53-65.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira necessidade ou mito: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KING, Martin Luther. *Discurso: Eu tive um sonho*. EUA: Washington, 1963.
Disponível em: <<http://www.mundonegro.com.br/noticias/?noticiaID=479>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

LANZONI, Augusto. *Iniciação às ideologias políticas*. São Paulo: Ícone, 1986.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Claret, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do povo, poder do estado. In: NOVAES, Adalberto (Org.). *A Crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 229-256.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, v. 25, p. 79-100, out./dez. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.

MILL, John Stuart. *Da liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 1. ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRÀNDOLA, Giovanni Pico Della. *A dignidade do homem*. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2006. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, 26).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social – interpretação dos atos de igualar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MUNANGA, Kabengele. Política de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. In: GONÇALVES E SILVA, Petronilha Beatriz; SILVÉRIO, Valter Roberto (Orgs.). *Educação e ações afirmativas: entre a justiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003. p. 115-128.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. Exclusão social e demografia: elementos para uma agenda. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (Org.). *Demografia da exclusão social*. Campinas: UNICAMP, 2001. p. 13-23.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. 1965. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Nova York, 1979. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

PAPA JOÃO XXIII. *Encíclica Pacem in Terris*, I, 58. Roma, 11 abr. 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em: 03 jan. 2008.

PAPA LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum*, Introdução, I, 30. Roma, 15 maio 1891. Disponível em: <<http://www.vatican.va/holyfather/leoxiii/encyclicals/documents/hflxiiienc15051891rerum-novarumpo.html>>. Acesso em: 03 jan. 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *A função social do estado contemporâneo*. Florianópolis: Do Autor, 1984.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

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

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, 2008. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/revolucaoindustrial.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2008.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 85-99, jul./set. 1996.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Coleção Os Pensadores, volume I).

_____. *A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, n. 7).

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Locke e a formação da racionalidade do estado moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 65-78.

SALVADOR, Evilásio. *A distribuição da carga tributária: quem paga a conta?* Disponível em: <http://www.rls.org.br/publique/media/Evilasio_Salvador.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2008.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Ação afirmativa e mérito individual*. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 83-125.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. (Coleção Folha Explica).

SHUKER, Nancy. *Martin Luther King*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Coleção Os Grandes Líderes).

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 18.12.2004, publicada em 31.12.2005). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marina Osmarina. Saindo da invisibilidade – a política nacional de povos e comunidades tradicionais. *Revista Inclusão Social*, Brasília, v. 2, p. 7-9, abr./set. 2007. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/91>>. Acesso em: 22 set. 2008.

SILVA, Martiniano José da. *Racismo à brasileira: raízes históricas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Anita Garibaldi, 1995.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Sons negros com ruídos brancos. In: ANPED, Ação Educativa; ABONG. (Org.). *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 89-103.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *Responsabilização objetiva do estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro - I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANELLI, Maria Lúcia. *Estado e empresas adotam programa de inclusão de pessoas com deficiência*. São Paulo, 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.sintoniasp.com/?acao=cidadania&id=39>>. Acesso em: 30 de jun. 2008.